مجلة علمية محكمة تعنى بالدراسات والأبحاث في القانون والأعمال، تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية (جامعة الحسن الأول - سطات)

إدارة التحرير: الدكتور رياض فخري المدير المسؤول : الدكتور مصطفى الفوركي الادارة الاكاديمية و النشر:الاستاذ محمد افقير

مجلة القانون والأعمال الدولية

الإصدار 55 دجنبر 2024

بمشاركة دكاترة وأساتذة وممارسين من 11 جنسيات مختلفة

بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com

اعتمادات مجلة القانون والأعمال الدولية

المجلة معتمدة من طرف العديد من المؤسسات الدولية ومنها

جامعة الحسن الأول بالمغرب

جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er

المعهد المغربي للاعلام العلمي و التقني

IMIST
Institut Marocain de l'Information Scientifique et Technique
المعهد المغربي للإعلام العلمي والتقني

منظمة isi indexing للأرشفة الدولية وحماية حقوق المؤلف

INTERNATIONAL Scientific Indexing
Fresh Ideas for Growing your Citations
Certificate
This is to certify that مجلة القانون والأعمال is indexed in International Scientific Indexing (ISI). The Journal has Impact Factor Value of 0.821 based on International Citation Report (ICR) for the year 2018-19. The URL for journal on our server is https://isindexing.com/isi/journaldetails.php?id=8664

معامل التأثير العربي التابع لجامعة الدول العربية - اتحاد الجامعات العربية

معامل التأثير العربي
مجلة القانون والأعمال الدولية
ISSN:2509-0291

مؤسسة ICI World of Journal أكبر قاعدة بيانات للمجلات الدولية المحكمة

INDEX COPERNICUS
INTERNATIONAL

مؤسسة SCIRP لتصنيف المجلات العلمية الدولي

Scientific Research
An Academic Publisher

تعتبر هذه القاعدة من أكبر وأوسع قواعد المعلومات للدوريات الالكترونية في المكتبات الأكاديمية ومراكز البحوث في العالم. ، والمنشورة منذ 1975 وحتى الآن

EBSCO

منظمة ISSN لترقيم المجلات الدولية المحكمة

ISSN
INTERNATIONAL STANDARD SERIAL NUMBER
INTERNATIONAL CENTRE

Arcif
Analytics

معامل التأثير والاستشهادات المرجعية العربي
Arab Citation & Impact Factor

Arcif
Analytics

منصة تساعد الباحثين وأعضاء هيئة التدريس والعلماء على اكتشاف المجلات المتعلقة بمجالات اهتمامهم

DRJI

تستخدم منصة ORCID لتوثيق الأنشطة البحثية والعلمية للأفراد على مستوى عالمي، ويتميز بالثبات والاعتراف في مجتمع البحث.

ORCID
Connecting Research and Researchers

يعمل على تسهيل العثور على كائنات البحث والاستشهاد بها وربطها وتقييمها وإعادة استخدامها.

Crossref
Content Registration

مجلة القانون والأعمال
مجلة علمية محكمة تعنى بالدراسات والأبحاث في القانون والأعمال تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة الحسن الأول - سطات
www.droitetentreprise.com ISSN : 2509-0291 2017-05 ملف الصحافة

ISSN:2509-0291

تم نشر هذا المؤلف بدعم من

جامعة الحسن الأول بسطات لأجل دعم البحث العلمي

مجلة القانون والأعمال الدولية

الإيداع القانوني	:	ISSN: 2509-0291- 2019 PE0018
ملف الصحافة	:	05 / 2017 ص
الطبع	:	دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع – الرباط شارع الحسن الثاني زنقة طونكان عمارة 23، رقم 2، ديور الجامع الرباط المغرب
المدير المسؤول	:	الدكتور مصطفى الفوركي
الهاتف	:	00212-6-87-40-65
البريد الإلكتروني	:	Mforki22@gmail.com
الموقع الرسمي للمجلة		www.droitetentreprise.com

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

جميع الحقوق محفوظة لمجلة القانون والأعمال الدولية 2024 ©

إدارة مجلة القانون والأعمال الدولية

إدارة هيئة التحرير

أ.د رياض فخري : مدير مختبر البحث قانون الأعمال جامعة الحسن الأول بسطات
أ.د طارق مصدق : أستاذ التعليم العالي بجامعة الحسن الأول بسطات

المدير المسؤول

أ.م مصطفى الفوركي : مختبر البحث قانون الأعمال جامعة الحسن الأول بسطات

نائبة المدير المسؤول

أ.د منى كامل تركي: أستاذة القانون الدولي بكليات الامارت - محكم دولي

الإدارة الاكاديمية والنشر

أ.م محمد أفقير : متخصص في القانون المالي و الضريبي جامعة الحسن الأول بسطات

الادارة التقنية

أ. محمد أمين اسماعيلي : باحث في العلوم القانونية - الادارة التقنية

روابط مهمة

الموقع الالكتروني : www.droitetentreprise.com
صفحة المجلة : www.facebook.com/droitetentreprise
البريد الالكتروني : MFORKI22@GMAIL.COM

قانون الأعمال

- أ.د : رياض فخري : مدير مختبر البحث قانون الأعمال جامعة الحسن الأول بسطات - المغرب
- أ.د : طارق مصدق : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات - المغرب
- أ.د : رشيد الطاهر : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- أ.د : منى مسلومي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- أ.د : عز الدين بنستي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء- المغرب
- أ.د : عبد الرحيم شميعة : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمكناس- المغرب
- أ.د : نادية قايدي : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- أ.د : نادية النحلي : أستاذة التعليم العالي بكلية الشريعة بفاس - المغرب
- أ.د : زينب الفاسي الفهري : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس - المغرب
- أ.د : المصطفى بوزمان : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية السويسي الرباط - المغرب
- أ.د : كريم أعراب: أستاذ التعليم العالي بمجموعة المعهد العالي للتجارة و ادارة المقاولات الرباط - المغرب
- د : ثاني بن علي ال ثاني : عضو محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ممثلاً دولة قطر - قطر
- د : عالي طوير : أستاذ التعليم العالي مؤهل بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية السويسي - المغرب
- د : سعد بهتي: أستاذ التعليم العالي مؤهل بجامعة ابن زهر اكادير - المغرب
- د : يونس الأزرق الحسوني: أستاذ التعليم العالي مؤهل بجامعة الحسن الأول بسطات- المغرب
- د : فاطمة برتاوش : أستاذة التعليم العالي مؤهلة بجامعة القاضي عياض مراكش - المغرب

القانون المدني

- أ.د : محمد بخنيف : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس – المغرب
- أ.د : منير مهدي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بالرباط – المغرب
- أ.د : زينب تاغيا: أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- أ.د : أمينة أيت حسين : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمراكش -المغرب
- أ.د : سعاد الزروالي : أستاذة القانون المدني بكلية الحقوق جامعة ظفار سلطنة عمان
- أ.د : ياسين المفقود: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الساسية سطات – المغرب
- د : محمد الحبيب بداغ: أستاذ التعليم العالي مؤهل بجامعة القاضي عياض – المغرب
- د :مريم خراج : أستاذة التعليم العالي مؤهلة بجامعة محمد بن عبد الله - المغرب
- د : نهله أحمد فوزى استاذ القانون المدني المساعد بكلية إدارة الاعمال قسم القانون جامعة الحدود الشمالية- المملكة العربية السعودية
- د : سيف هادي عبدالله الزويني : استاذ القانون المدني كلية الحقوق - جامعة النهرين - العراق
- د : أسماء مصطفى عبد القادر غنيمات : أستاذة بكلية الحقوق جامعة البلقاء التطبيقية - المملكة الاردنية الهاشمية
- د : احمد سمير الصوفي : أستاذ القانون المدني كلية القانون والعلوم السياسية /جامعة كركوك - العراق
- د : عبدالرازق وهبه سيداحمد : أستاذ القانون المدني المساعد كلية الدراسات الانسانية و الادارية كليات عنيزة - السعودية

قانون الشغل

- أ.د : عبد اللطيف الخالفي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمراكش – المغرب
- أ.د : فاطمة حداد : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسلا -المغرب
- د : أمينة رضوان : رئيسة مجلة الرائدة في العلوم القانوني – المغرب
- د : لطيفة جبران: أستاذة التعليم العالي مؤهلة بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمراكش -المغرب

القانون العقاري و الأسرة

- أ.د : ادريس الفاخوري: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب

- أ.د : ادريس بلحساني : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب

- أ.د : محمود ميسين: أستاذ التعليم العالي بجامعة ابن زهر أكادير - المغرب

- د : ياسين الكعيوش: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس- المغرب

- د : محمد بومدين: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمكناس - المغرب

- د : محمد خلوقي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات - المغرب

- د : يونس الحكيم : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمكناس - المغرب

- د : حسناء جبران: أستاذة التعليم العالي بجامعة محمد الخامس - الرباط - المغرب

القانون الجنائي

- أ.د : الرشيد سيد حسن محمد: عميد سابق بكلية القانون جامعة الخرطوم , أستاذ مشارك بنفس الجامعة - السودان

- أ.د : عبد الرحمان أسامة : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب

- أ.د : خدوج فلاح : أستاذة التعليم العالي بكلية القانون والعلوم السياسية - بسطات - المغرب

- أ.د : بناصر حاجي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب

- أ.د : أحمد العلالي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب

- أ.د : حسن الرحيبة : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس- المغرب

- أ.د : شعبان محمود محمد الهوارى : أستاذ القانون الجنائي المشارك كلية القانون – جامعة خليج السدرة - ليبيا

- أ.د : نعمان عطا الله الهيتي : أستاذ القانون بكلية القانون جامعة الشارقة - الامارات العربية المتحدة

- د : ابراهيم الغندور: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس- المغرب

- د : ابراهيم اشويعر: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية مراكش - المغرب

- د : فيصل كرمات : أستاذ التعليم العالي بجامعة المولى اسماعيل - مكناس - المغرب

- د : عبد الواحد الدافي : أستاذ التعليم العالي بجامعة شعيب الدكالي - المغرب

- د : عبير حمدي محمد حسن : أستاذة القانون الجنائي مساعد - جامعة الملك عبد العزيز - المملكة العربية السعودية

- د : عبداتي الزيوكاي : أستاذ التعليم العالي بجامعة المولى اسماعيل - مكناس - المغرب

- د : أحمد اسامل كامل حسنية : أستاذ قانون الاجراءات الجزائية المساعد بكلية الحقوق جامعة ظفار - سلطنة عمان

- د. علي بن خلفان بن علي الهنائي : أستاذ القانون الجنائي المساعد ورئيس قسم علوم الشرطة بكلية الشرطة بأكاديمية السلطان قابوس - سلطنة عمان

قانون المعاملات الإلكترونية

- أ.د : بشرى النية : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس- المغرب
- أ.د : هشام البخفاوي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية جامعة ابن زهر اكادير- المغرب
- أ.د : عبد الوهاب المعمري: أستاذ القانون / مساعد العميد لشؤون الجودة جامعة الاسراء - الاردن
- د: ضياء علي احمد نعمان : أستاذ زائر بكليات الحقوق بالمغرب
- د: محمد بومديان : أستاذ محاضر بجامعة المولى اسماعيل بمكناس - المغرب

القانون الضريبي

- أ.د : عبد القادر تيعلاتي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات-المغرب
- أ.د : أحمد العلالي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- أ.د : محمد السيد عطية بيبرس : أستاذ القانون بكلية العلوم و الدراسات الانسانية بالدوادمى جامعة شقراء الامارات العربية المتحدة
- أ.د : إبراهيم أحطاب : أستاذ التعليم العالي بجامعة ابن زهر - أكادير - المغرب
- أ.د : محمد محمد عبد اللطيف : أستاذ القانون العام كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر

القانون الإداري و الدستوري

- أ.د : ثامر محمد رخيص حسين : رئيس فرع القانون العام بكلية القانون جامعة الكوفة - العراق
- أ.د : عمر عبد الله عمر أمبارك : أستاذ مشارك بجامعة سرت - ليبيا
- أ.د : اكرامي بسيوني عبد الحي خطاب : أستاذ بجامعة شقراء – المملكة العربية السعودية
- أ.د : هالة علي : أستاذ مشارك في القانون الاداري - كلية الحقوق جامعة الاصالة - المملكة العربية السعودية
- أ.د : باسل علي عباس: استاذ القانون باللغة الانجليزية - جامعة القادسية - العراق
- أ.د : الميلود بوطريكي أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة -المغرب
- د : ميثم منفي كاظم العميدي : استاذ مساعد - جامعه الكاظم - العراق
- د : يونس مليح : استاذ التعليم العالي بالكلية المتعددة التخصصات الرشيدية - المغرب
- د : ليلى طوير: أستاذة القانون العام بجامعة الحسن الثاني الدار البيضاء
- د : ميثم منفي كاظم العميدي أستاذ مساعد في قسم القانون اقسام بابل جامعة الكاظم العراق

القانون الدولي

- -أ.د : العميد : وسام نعمت ابراهيم السعدي : عميد كلية الحقوق جامعة الموصل - العراق
- أ.د : : منى كامل تركي : أستاذ القانون بكليات الحقوق - بالإمارات العربية المتحدة
- أ.د : محمد بوبوش : أستاذ التعليم العالي بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور – المغرب
- أ.د : عبد الوهاب كريم : أستاذ التعليم العالي جامعة قابوس - سلطنة عمان
- أ.د : النذير صالح الخليفة عباس : استاذ القانون الدولي بكليات العنيزة الأهلية المملكة العربية السعودية

العلوم الأمنية و الاستراتيجية

- أ.د : عبد القادر تيعلاتي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب

الرقمنة و التدبير

- د : ضياء نعمان: أستاذ زائر بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمراكش - المغرب
- د : حنان الانصاري : أستاذة التدبير بجامعة القاضي عياض مراكش - المغرب
- د : مصطفى خياطي : أستاذ محاضر بجامعة الحسن الثاني الدار البيضاء - المغرب

الهيئة الأكاديمية والنشر

د. الحسن اليوسي : دكتور في الحقوق إطار بوزارة الاقتصاد و المالية

د. هشام بلخنفر : محام بهيئة اكادير - دكتور في الحقوق

د. أسماء مقاص : دكتورة في الحقوق – مسؤولة العلاقات العامة بالمجلة –

د. حكيمة مؤدن : دكتورة في العلوم القانونية والسياسية

د. محمد بلحاج الفحصي : دكتور في الحقوق

د. يوسف تملكوتان: دكتور في القانون الخاص

د. نبيل لبيب: دكتور في القانون الخاص

د. المهدي بوي : دكتور في الحقوق

دة. قمرية قباب : دكتورة في القانون الخاص

د.خالد هيدان : دكتور في القانون الخاص

د.يوسف كبيطي: دكتور في القانون الخاص

ذ.حيدا عز الدين : دكتور في القانون الخاص

د. معاذ الخيار : دكتور في القانون الخاص

ذ. محمد أوبالاك : محام بهيئة الرباط

ذ. نبيل سديري : دكتور في القانون الخاص

د. بيشا حسان : دكتور في القانون الخاص

دة. مريم زان : دكتورة في القانون العام

د. هودى لمخلخل : دكتورة في القانون الخاص

د. معاذ الخيار : دكتور في القانون العام

د. فضيل ناصري : دكتور في البلاغة و تحليل الخطاب

د. عبد المغيث الحاكمي : دكتور في القانون الخاص

د. عبد العزيز الهلالي : دكتور في القانون العام و العلوم السياسية

د. محمد عبد الجليل الشيخ القاضي : دكتور في الحقوق - رئيس مركز نواكشوط للدراسات القانونية و الإجتماعية

ذ. محمد يحظيه ولد البكاي : دكتور في الحقوق - ممثل المجلة في موريتانيا

ذ. يونس الصالحي : باحث بصف الدكتوراه

ذ.حمزة جابر : باحث بصف الدكتوراه بجامعة ابن زهر أكادير

ذ. محمد حفو : باحث في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق وجدة

ذة. وصال الشرقي : باحثة بصف الدكتوراه كلية الحقوق السويسي

ذ. دبنيشي يونس : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات

ذة. خديجة جليلي : باحثة بصف الدكتوراه بدار الحديث الحسنية

ذ.عبد الكريم بالهدى : باحث بصف الدكتوراه بجامعة محمد الأول

ذة. فاطمة أفقير : محامية بهيئة أكادير

ذ. التوزاني محمد : باحث بصف الدكتوراه

ذ. عمر الفطواكي: باحث بصف الدكتوراه

ذة. حليمي سعيدة : باحثة بصف الدكتوراه

ذة. أمال فكيكيس: باحثة بصف الدكتوراه

ذ. المهدي البوعزيزي : باحث بصف الدكتوراه

ذ الخضراوي عبد الهادي : باحث بصف الدكتوراه

ذة. ايمان مجدوب: باحثة بصف الدكتوراه

ذة.بسمة خروبي : باحثة بصف الدكتوراه

ذ. الريكاط لحسن : بحث بصف الدكتوراه

ذ. مجن محمد : باحث بصف الدكتوراه

ذة. هاجر جبور : باحثة بصف الدكتوراه

ذة.هاجر ماحي : باحثة بصف الدكتوراه

ذ.رشيد الدغور : باحث بصف الدكتوراه

ذ. صفاء خلوقي : باحثة بصف الدكتوراه

ذ. مصطفى رمضان عبد القادر - مدرس مساعد بجامعة دهوك التقنية - معهد ناكري - ممثل المجلة في العراق

ذ. عادل عبد الله عزيز : مدرس بجامعة التقنية الشمالية . الكلية التقنية الادارية الموصل العراق

ذ. باسل علي عباس : أستاذ بجامعة القادسية - العراق

د. محمد حمدي عبد العليم علام - كلية الحقوق جامعة طنطا مصر

ISSN:2509-0291

محتويات العدد

كلمة افتتاحية إدارة مجلة القانون والأعمال الدولية	18
محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية	
• **محور التشريعات الرقمية و الذكاء الاصطناعي**	23
حجية المحررات الرقمية كدليل إثبات في النظام الإجرائي السعودي	
- د.رناد سالم صالح الضمور- د.علي محمد قاسم الطلي - د.اسماء سعد الحديدي جامعه الحدود الشماليه المملكة العربية السعودية	
التشريع المغربي ومبدأ الأمن الرقمي	41
الدكتور: معاد اصويلح دكتوراه في العلوم القانونية والسياسية جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس	
الإشاعة الرقمية في ميزان القانون	53
الباحث : اقريرش جواد طالب باحث في سلك الدكتوراه مختبر الأبحاث القانونية، السياسية والاقتصادية. - جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس	
المسؤولية المدنية للوكيل الذكي على ضوء مستجدات قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي الجديد لسنة 2024	70
الباحثة : صفاء خلوقي طالبة باحث بسلك الدكتوراة - مركز دراسات الدكتوراة في العلوم القانونية الاقتصادية الاجتماعية والتدبير كلية العلوم القانونية والسياسية-جامعة ابن طفيل. القنيطرة	
المسؤولية التقصيرية الناشئة عن عقود الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية	80
الباحثة : فاطمة الزهراء الفضلي طالبة باحثة بسلك الدكتوراه مختبر قانون الأعمال كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الحسن الأول	
• **محور قانون المال و الأعمال**	92
الإشكاليات القانونية حول الملاحة البحرية في التجارة الدولية: **دراسة تحليلية مقارنة لعقود النقل متعدد الوسائط في الاتفاقيات الدولية والاقليمية لعقود النقل الدولي البحري للبضائع والنظام البحري التجاري السعودي وقانون نقل البضائع بحراً الأمريكي**	
الدكتورة : هاديه احمد بالخيور أستاذ مساعد في القانون التجاري وعقود التجارة الدولية كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية	
أثر مقصد عقد الخزينة الحديدية على انعقاد المسؤولية البنكية عند فقدان أمتعة العميل التاجر في البنوك السعودية	127
الدكتور: علاء بن عمر الصبه أستاذ القانون التجاري المساعد كلية الحقوق،جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية	
التزامات شركات الوساطة المالية اتجاه العميل دراسة قانونية مقارنة	145
الدكتور: عبد الحميد عيسى سليمان غو انمة أستاذ مشارك جامعة تبوك – كلية الشريعة والقانون – قسم القانون – المملكة العربية السعودية	

المحاور الجوهرية للعلامة التجارية (التعريف، الشروط، التسجيل، الأهداف، الآثار، التصرفات)	168
الدكتور: حافظ التاج مختار الحسن الجامعة السعودية الالكترونية – كلية العلوم والدراسات النظرية – قسم القانون الدكتور: محمد عبد الله حسن حمد الجامعة السعودية الالكترونية – كلية العلوم والدراسات النظرية – قسم القانون	
"الآثار القانونية لتحديد حالة التوقف عن الدفع ودور الدفاتر التجارية في إثباتها"	185
الدكتور محمد سعد المطيري، أستاذ القانون التجاري المساعد "قسم القانون بكلية العلوم والدراسات الإنسانية بالدوادمي، جامعة شقراء"	
تعزيز حماية الدائنين من خلال إحداث مؤسسة وكيل الضمانات	204
الباحث : أيمن الصباحي طالب باحث في سلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة جامعة عبد المالك السعدي	
مبدأ الحلول في قانون التّأمين الفلسطيني رقم 25 لسنة 2005م (دراسة مقارنة)	221
الباحث : عاصم عزت سعيد قادوس باحث في سلك الدكتوراة ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء	
الغرر وأثره في عقد التأمين التجاري	234
الباحث : حسين سعد سعيدان مهدي الأحبابي طالب دكتوراة بجامعة محمد بن زايد للعلوم الإنسانية- الامارات العربية المتحدة مساق الإجتهاد الشرعي والفتوى إشراف أ.د/محند إيدير مشنان	
خصوصيات عقد التأمين التكافلي في القانون المغربي	251
الباحث : عادل معاش باحث بسلك الدكتوراه جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية الحقوق فاس -مختبر القانون الخاص ورهانات التنمية	
متطلبات وتأثيرات الوساطة البنكية	273
الباحث : حسان أوعجين طالب باحث بسلك الدكتوراة كلية العلوم القانونية والسياسية بجامعة الحسن الأول بسطات	
محاربة التزييف ودوره في حماية المستهلك	295
الباحث: فهد علابوش باحث بصف الدكتوراه تحت إشراف الأستاذ: ابراهيم قادم استاذ التعليم العالي جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس	
• محور قانون العقار و التعمير الانتقال القانوني لحق الايجار في عقد الايجار السكني وفقاً لاحكام التشريع الاردني والعراقي	310
الباحث : باقر حيدر جلال الرسولي — الأستاذ الدكتور : علي الزعبي كلية الحقوق / جامعة الاسراء –الأردن — أستاذ القانون المدني كلية الحقوق /جامعة الاسراء – الأردن	

استغلال القطاع العقاري في عمليات غسل الأموال، أي دور للمهن القانونية والقضائية؟	327
الباحث : محمد الذهبي باحث بسلك الدكتوراه -مختبر الشريعة والقانون والمجتمع إشراف الدكتور: عمر الدريسي كلية الشريعة – جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس	
واقع وآفاق التأمين العقاري بالمغرب بين ثابت الاختيار وهاجس الإلزام	347
الباحث : محمد الرمل باحث بسلك الدكتوراه: مختبر تدبير النظم، قانون الأعمال والتنمية المستدامة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس– السويسي	
• محور القانون البيئي الانتقال الطاقي والتحديات البيئية. ملائمة الأدوات القانونية	355
الدكتورة : عائشة فضيل أستاذة جامعية. باحثة ومحاضرة جامعة الحسن الأول - سطات	
المسؤولية والعقاب عن الجرائم البيئية في الشريعة الاسلامية "دراسة تحليلية وتأصيلية"	368
الدكتورة : غزلان ناصح دكتورة باحثة في العلوم القانونية والشرعية	
المشاركة العامة في تشكيل ثقافة بيئية سليمة وواعية لتحقيق تنمية مستدامة بالمغرب	379
الدكتورة : إمحيجيبة لغزال دكتورة في القانون العام تخصص علوم سياسية واجتماعية من جامعة غازي _أنقرة تركيا_	
• محور المساطر الاجرائية الإجراءات القانونية المتخذة لمواجهة جائحة كورونا وآثارها الإقتصاد في سلطنة عمان	401
الباحث الأول الدكتور/ مسلم بن سالم بن محمد العو ائد أستاذ الإقتصاد المساعد – بقسم القانون العام كلية الحقوق – جامعة ظفار – سلطنة عمان الباحث الثاني الدكتور/ جابر بن علي قيطون الشحري أستاذ القانون المدني المساعد – بقسم القانون الخاص كلية الحقوق – جامعة ظفار – سلطنة عمان	
الطعن في الأحكام القضائية بين الآجال والآثار وفق مشروع قانون 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية	419
الدكتور: يوسف الشكر دكتور في الحقوق أستاذ زائر بكلية الحقوق أكدال– الرباط الباحث : براء هلالي باحث بسلك الدكتوراه أستاذ زائر بكلية الحقوق أكدال– الرباط	
قرينة البراءة وضمانات المحاكمة العادلة – دراسة تحليلية مقارنة بين التشريعين الفلسطيني والمغربي	433
الباحث : أنيس محمود أنيس شلطف طالب باحث في سلك الدكتوراه/ مختبر قانون الأعمال – جامعة الحسن الأول – المملكة المغربية. محامي مزاول بنقابة المحامين الفلسطينيين – فلسطين	

452	• محور القانون الجنائي **دور الابتكار الشرطي في مكافحة الخدمات الإلكترونية كأداة للجريمة "الاستراتيجيات لتحديات المستقبل"**
	الدكتورة / خلود محمد اللنجاوي عضو هيئة التدريس بكلية الشرطة / أبو ظبي
463	**تطبيق مبدأ شخصية العقوبة وتفريدها على المحاسب العمومي**
	الدكتورة : لبنى الحيمر حاصلة على الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية جامعة محمد الخامس
473	**ضابط العقوبة في القانون الجنائي للأعمال**
	الباحث: عبد الله أسعيد باحث بصف الدكتوراه جامعة الحسن الأول بسطات
489	**التلبس في الجريمة وفق قانون الإجراءات الجزائية في فلسطين**
	الباحث : محمد خليل محمد ذياب. طالب باحث في سلك الدكتوراه. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – اكدال- جامعة محمد الخامس الرباط – اكدال، المملكة المغربية
501	**اغلاق الحساب البنكي: جريمة عدم توفير مؤونة شيك أو نصب؟**
	الباحث : محمد العوفي طالب باحث في سلك الدكتوراه مختبر البحث في قانون العقار والتعمير ومتطلبات الحكامة الترابية جامعة محمد الأول – وجدة
527	• محور القانون الاداري **الاستقلال المادي للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة في ضوء المعايير الدولية للمنظمة الدولية (الإنتوساي) وأنظمة (قوانين) دول مجلس التعاون الخليجي**
	الدكتوره : نعيمة أحمد أوملود أستاذ القانون العام (سابقا) كلية الشريعة والقانون جامعة الجوف المملكة العربية السعودية
542	**إعادة تأطير المشكلات الشرطية لإنتاج أفكار إبداعية وابتكارية**
	العقيد / خالد راشد الزيودي عضو هيئة التدريس بكلية الشرطة / أبوظبي
552	**الترجيح والتوليف بين مبدأ الشرعية ومبدأ الأمن القانوني في إطار دعوى الإلغاء**
	الدكتور: اسماعيل رزوق دكتور في العلوم القانونية والسياسية
561	**هامشية الاختصاصات الجبائية الترابية**
	الباحثة : كوثر كويس باحثة في القانون المالي جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي

المسطرة القضائية لدعوى الاسترداد الضريبي على ضوء اجتهاد القضاء الإداري	569
الدكتورة سـنـاء نجـاح دكتورة في القانون العام والعلوم السياسية جامعة محمد الخامس بالرباط كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا	
الاختصاصات الأصيلة للبرلمان في المجال المالي	588
الباحثة : إيمان بنجيلاني باحثة بسلك الدكتوراه جامعة مولاي اسماعيل مكناس	
مظاهر التبعية في الوظيفة العمومية	602
الباحث : عبد الكريم بالهدى باحث في سلك الدكتوراه مختبر العقار والتعمير ومتطلبات الحكامة الترابية تحت إشراف الدكتورة صليحة حاجي الكلية المتعددة التخصصات بالناظور	
دور الوكالة المغربية للدم ومشتقاته في تطوير حوكمة الموارد الدموية: تحديات وآفاق"دراسة مقارنة	624
الباحثة : فدوى كنداوي باحثة في سلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس السويسي	
مسطرة الطعن في دعاوى الجماعات الترابية أمام القضاء الإداري	638
الباحثة : أمال بلكاملة باحثة بسلك الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية	
دور مؤسسة النيابة العامة في تخليق الحياة العامة - دراسة في ضوء تقارير رئاسة النيابة العامة	646
الباحث : محمد أمين الكادي طالب باحث في سلك الدكتوراه مختبر البحث في السياسة الجنائية والقانون المقارن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة القاضي عياض مراكش- المغرب	
• محور القانون الدولي والعلوم السياسية الآثار القانونية لاستخلاف المعاهدات الدولية	664
الدكتور: فتح الرحيم عبدالله سليمان حامد استاذ مساعد بقسم القانون العام كلية الشريعة والقانون جامعة الزعيم الازهري ، السودان	
قيام التّنازع الدّولي للإجراءات القضائيّة في القانون التّونسي	682
الباحث الأول: الدكتور فيصل محجوب أستاذ مساعد بكلية الحقوق بجامعة ظفار – سلطنة عمان الباحث الثاني: الدكتور محمد المدني الشريف، أستاذ مشارك بكلية الحقوق بجامعة ظفار – سلطنة عمان	

الأسرة في وثائق الأمم المتحدة بين مزاعم الحماية وتحديات الواقع	706
آسية الخليل الحدري دكتورة في القانون الخاص	
السياق الدولي والمحلي للمواثيق والأعراف الدولية المتعلقة بحقوق الأطفال المحتجزين	718
الباحثة : سناء محمود خليل زكارنه فلسطين / جنين	
العلاقة بين القاضي الوطني ومؤسسة النظام العام في مجال تنازع القوانين	734
الباحث : عزيز لبيب باحث في القانون الدولي الخاص مدير مجلة عالم القانون للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية	
الحدود المغربية خلال القرن التاسع عشر: "قراءة تاريخية وقانونية في تحديات السيادة والجغرافيا من خلال الأرشيفات الوطنية والأجنبية"	746
الباحث : فؤاد المستفيد طالب باحث في سلك الدكتوراه، تخصص: التاريخ المعاصر، كلية الآداب والعلوم الإنسانية فاس-سايس. وأستاذ الثانوي التأهيلي	
الفاعِلون في الدبلوماسية الحضارية: مُحاولة لاستشراف الأدوار المُنتظرة	767
الباحث : أيوب منصار باحث بسلك الدكتوراه القانون العام والعلوم السياسية كلية الحقوق أكدال الباحث : صلاح الدين جميلي باحث بسلك الدكتوراه القانون العام والعلوم السياسية كلية الحقوق أكدال.	
مجلس الأمن والقانون الدولي الإنساني: آليات وإكراهات التطبيق	777
الباحث: أيوب برمي باحث بسلك الدكتوراه جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال - الرباط	
الصعود الروسي وبداية الانتقال إلى عالم متعدد الاقطاب	787
الدكتور مصطفى الصوابي باحث في العلوم السياسية كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الحسن الأول بسطات	
العلاقات الصينية الإسرائيلية و انعكاسها على القضية الفلسطينية	797
الدكتور: عدنان نعيم محمد عبدالله مدير عام التدريب والتطوير الإعلامي وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية (وفا)	
الموقف الأمريكي لإدارة بايدن من الحرب على غزة في سياق الاستراتيجية الأمريكية تجاه الشرق الأوسط	817
الباحثة : ولاء خليل حسين قديمات باحثة دكتوراة جامعة سوسة/كلية الحقوق والعلوم السياسية	

• محور الفقه و الشريعة "لن أحل حراما ولن أحرم حلالا" من أجل مدونة من رحم الشرع الإسلامي والهوية المغربية	834
الدكتورة: نادية نحلي أستاذة بجامعة مولاي عبد الله بفاس	
الرسول والعقل دراسة تحليلية	842
الدكتور محمد لمقدم تخصص الفقه وأصوله	
المتواطئ معقد من معاقد الخلاف الكلامي بين السلفية المعاصرة و بين الأشاعرة."توصيف لا تصنيف"	859
الدكتور: عادل قيبال أستاذ محاضر مؤهل بجامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والسياسية، أستاذ محاضر مؤهل بمدرسة العلوم الإسلامية (جامعة القرويين)//خريج دار الحديث الحسنية. الدكتور: يوسف سبيعي أستاذ مادة التربية الإسلامية بالسلك الثانوي التأهيلي خريج جامعة القاضي عياض-مراكش كلية الآداب والعلوم الإنسانية	
المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ـ المتاجرة في العملات انموذجا	884
الباحث حسام حاوكش باحث في سلك الدكتوراه. الفقه المقارن بالقانون -كلية الشريعة. جامعة سيدي محمد بن عبد الله. فاس الدكتور إبراهيم أبا محمد أستاذ التعليم العالي بكلية الشريعة جامعة سيدي محمد بن عبد الله. فاس	
مبادئ واستراتيجيات ضمان الأمن المائي في الشريعة الإسلامية والمستجدات القانونية بالمغرب	896
الباحث محمد الحمداني باحث في سلك الدكتوراه- تخصص الفقه المقارن بالقانون مختبر الدراسات التطبيقية في الشريعة والقانون كلية الشريعة-جامعة سيدي محمد بن عبد الله-فاس الدكتورة مليكة نايت لشقر أستاذة بكلية الشريعة جامعة سيدي محمد بن عبد الله-فاس	
• محور التعليم و الابتكار التحفيز الابتكاري للتعلم في ظل الاستدامة الأمنية	910
الدكتورة بدرية علي الحوسني عضو هيئة تدريس في كلية الشرطة الامارات العربية المتحدة	
تقنية التعليم عن بعد كخيار استراتيجي لمواجهة الازمات والكوارث	926
الدكتور: محمد سالمين العرياني عضو الهيئة التدريسية- كلية الشرطة أبوظبي	

935	**تأثير الهيئات المانحة على السياسة التعليمية بالمغرب**
	الباحث : عبد الله وسخين مختبر الدراسات القانونية والسياسية جامعة السلطان مولاي سليمان **الدكتور: بوشعيب زيات** أستاذ باحث مختبر الدراسات القانونية والسياسية جامعة السلطان مولاي سليمان
946	**تفاوتات التعليم ومسألة الاندماج**
	الدكتور: سعيد انخيلي دكتور في القانون العام
	محور الدراسات والأبحاث باللغة الانجليزية
961	**The Impact of Chinese Government Policies on International Students' Experiences and Satisfaction in China**
	Hazem Mojahed Ammar School of Politics and International Relation, Lanzhou University, Lanzhou, 730000, China **Saeideh Zarrin Najafabad** Department of History, Fudan University, Shanghai, 200433, China **Corresponding Author:Fan Hongda.** Middle Eastern Institute, Shanghai International Studies University. Address: 550 Dalian West Road, Shanghai 200433, China
	محور الدراسات والأبحاث باللغة الاسبانية
978	**La eficiencia del respeto a los datos personales**
	SAIDI Bouchra Doctor en derecho privado
993	**Al-Ándalus: una seña de identidad marroquí en la Literatura Marroquí en Lengua Española (LMLE)**
	Abdellah Aghzaf, FLCH Ain Chok- Casablanca,Universidad Hassan II
	محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية
1003	**LE PARTICULARISME DE LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES**
	Pr. Mohamed EL MADANI FSJP, Université Ibn Tofail, Kénitra
1022	**LE CRIME D'EMPOISONNEMENT EN DROIT MAROCAIN : ENTRE SON « PASSE » ET SON AVENIR**
	Pr ASMAA BENMOUSSA, Enseignante chercheur à la Faculté Polydisciplinaire de Taroudant
1041	**L'arme nucléaire dans une optique humanitaire**
	Siham ELHANAFI Docteur en droit public
1054	**La preuve pénale contemporaine**
	Hamouti nadia Professeure à université sidi mohamed ben abdellah Fès **Safae el bakouhi** Doctorante chercheuse à université sidi mohamed ben abdellah Fès

La région au Maroc : vers une nouvelle action territoriale	1062
HAKIM NAHAL Docteur en droit public et sciences politiques Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales Rabat Agdal Université Mohammed V- RABAT.	
Sécurité et Intelligence artificielle : Du défi à l'alliance	1073
Karim SEFFAR Enseignant-chercheur F.S.J.E.S Ain Chock Université Hassan II de Casablanca **Soufiane MOUHSSINE** Doctorant en droit privé F.S.J.E.S Ain Chock Université Hassan II de Casablanca	
Le droit de la concurrence à l'ère de l'IA : impact et perspectives	1088
MEHDIOUI SARA Ph.D. candidate, F.S.J.E.S, Sidi Mohamed Ben Abdellah University- Fes	
Financement de la protection sociale au Maroc	1104
Nouhaida TOUFIK Doctorante Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales FSJES-SOUISSI **Bouchra NADIR** Enseignante chercheuse Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales FSJES-SOUISSI Université Mohammed V, Rabat L'Equipe Droit de l'Environnement, Politiques Publiques et Développement Durable Maroc	
La protection juridique de l'intérêt social de l'entreprise contre les abus des minorités à la lumière du travail judiciaire	1122
Nouzha EL GRAR, Chercheure en droit des affaires à la FSJES-Souissi- Rabat Sous la supervision du professeur : Mme **Saoussane OUDADSSI**	
L'essor d'une justice numérique : vers une meilleure accessibilité aux données judiciaires	1138
MAHI Hajar Doctorante monitrice chercheuse en sciences juridiques, Particulièrement en droit processuel, laboratoire des sciences juridiques et politiques, À la Faculté Polydisciplinaire de BENI MELLAL. **Encadrée par le professeur universitaire ESSILI Kamal**	
L'impact des nouvelles technologies sur l'arbitrage commercial international: modernisation du cadre juridique marocain à l'ère numérique	1147
Hajjer Moumene Doctorante en droit privé	
L'intégration des immigrés subsahariens au Maroc : défis socioéconomiques et perspectives langagières.	1164
Rachid OUAZIZ Doctorant en sciences du langage, laboratoire : langage et société CNRST-URAC56 FLLA-Université Ibn Tofail-Kenitra, Maroc **Hafida EL AMRANI** Professeur en sciences du langage Université Ibn Tofail, kenitra, Maroc	
LE MARQUAGE GENRE Un outil de la BSG en faveur de l'égalité des sexes au Maroc	1178
Hicham EL HANAFI Doctorant à la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales Souissi- Université Mohamed V -Rabat	

ISSN:2509-0291

كلمة افتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

الأعزاء قراء مجلة القانون والأعمال الدولية،

يسرنا أن نقدم لكم هذا العدد الجديد من **مجلة القانون والأعمال الدولية**، وهو امتداد لمسيرتنا العلمية الرامية إلى تقديم أبحاث قانونية متخصصة تسهم في معالجة القضايا المعاصرة وتطوير الفكر القانوني.

لقد حرصنا في هذا العدد على تسليط الضوء على موضوعات تعكس التحديات الراهنة التي تواجه المجتمع القانوني والاقتصادي، مع التركيز على المجالات التي تشهد تطوراً سريعاً في ظل التحولات الرقمية والعولمة. وتمثل القضايا المطروحة، بدءاً من حجية المحررات الرقمية كأدلة قانونية، وصولاً إلى التشريعات المنظمة للإشاعات الرقمية، مثالاً واضحاً على أهمية تحديث الفكر القانوني لمواكبة مستجدات العصر.

إن **مجلة القانون والأعمال الدولية** تسعى دائماً لأن تكون جسراً يربط بين الفكر الأكاديمي والممارسة العملية، وأن توفر منصة علمية لمناقشة القضايا القانونية من زوايا متعددة، تجمع بين التحليل العميق والرؤية الشمولية. نهدف من خلال هذا العدد إلى المساهمة في تطوير المعرفة القانونية وتعزيز الحوار البناء بين الباحثين والممارسين القانونيين.

ختاماً، نشكر كل من ساهم في إعداد هذا العدد من الباحثين والمحكمين، كما ندعو قراءنا الكرام إلى مواصلة دعمهم من خلال آرائهم واقتراحاتهم التي تعد دافعاً لنا نحو تحقيق المزيد من التميز.

مع خالص التحية والتقدير.

والله ولي التوفيق

إدارة مجلة القانون والأعمال الدولية

ISSN:2509-0291

--إحصائيات الاصدار 55 دجنبر 2024 من مجلة القانون والأعمال الدولية--

كعادتها مجلة القانون والأعمال الدولية تواصل ريادتها للمجلات القانونية العربية وقد شهد الإصدار الأخير منها الموافقة على نشر **76 بحثا** بمشاركة **100 مشارك** ما بين دكتور و أستاذ جامعي وممارس من **11 جنسيات مختلفة**.

هذه العصارة ناتجة بعد تحكيم اكثر من **218 بحثا** من طرف المحكمين المنضوين تحت لواء المجلة و من مختلف الجنسيات لأجل الوصول إلى أجود الأبحاث التي تستحق النشر

--إصدار شهر دجنبر 2024

يعتبر **الإصدار رقم 55 لمجلة القانون والأعمال الدولية** من اجود الاعمال القانونية المحكمة وقد شمل هذا الاصدار أبحاث من مختلف مشارب القانون:

--احصائيات العدد 55 -

شمل الإصدار رقم 55 (75 بحثا)			
60 باللغة العربية	13 باللغة الفرنسية	1 باللغة الإنجليزية	2 باللغة الاسبانية

الجنسيات المشاركة في هذا الإصدار					
المغرب 67	الامارات 6	السعودية 9	فلسطين 4	الأردن 2	تركيا 1
الصين 2	تونس 1	السودان 1	عمان 4	اليمن 1	

محاور الإصدار رقم 55	عدد الأبحاث
محور التشريعات الرقمية و الذكاء الاصطناعي	5
محور قانون المال و الأعمال	11
محور قانون العقار و التعمير	3
محور القانون البيئي	3
محور المساطر الإجرائية	3
محور القانون الجنائي	5
محور القانون الاداري	10
محور القانون الدولي و العلوم السياسية	11
محور الفقه والشريعة	5
محور الابتكار و التعليم	4
محور الدراسات و الأبحاث باللغة الإنجليزية	1
محور الدراسات و الأبحاث باللغة الاسبانية	2
محور الدراسات و الأبحاث باللغة الفرنسية	13
المجموع	76 بحثا

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com

محور الدراسات و الأبحاث باللغة العربية

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com

محور التشريعات الرقمية و الذكاء الاصطناعي

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

حجية المحررات الرقمية كدليل إثبات في النظام الإجرائي السعودي

validity of digital documents as evidence in the Saudi procedural system

د.رناد سالم صالح الضمور
جامعه الحدود الشماليه
المملكة العربية السعودية

د.علي محمد قاسم الطلي
جامعه الحدود الشماليه
المملكة العربية السعودية

د.اسماء سعد الحديدي
جامعه الحدود الشماليه
المملكة العربية السعودية

ملخص البحث

تناولت الدراسة موضوع حجية المحررات الرقمية كدليل إثبات في النظام الإجرائي السعودى.

ولقد حرص المنظم السعودي على تنظيم الأدلة الرقمية ضمن نصوص نظام الإثبات الجديد ولحداثة النظام، ولأهمية المحررات الرقمية في الإثبات فقد تناول هذا البحث الإجابة على إشكالية مفادها: مدى كفاية الأحكام القانونية المنظمة للمحررات الرقمية في النظام السعودي؟ والمنبثق عنها العديد من التساؤلات التي لا تخرج في مضمونها عن هذه الإشكالية. وقد أتبعت الباحثة للإجابة على تساؤل البحث المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال وصف وتحليل المواد المتعلقة بالمحررات الرقمية في نظام الإثبات السعودي والأنظمة ذات العلاقة، وقد توصلت الباحثة إلى عدد من النتائج أهمها أن المنظم السعودي قد نظم الأحكام الإجرائية المتعلقة بالمحررات الرقمية ضمن نصوص نظام الإثبات، وأحال الكثير من الأحكام الموضوعية المتعلقة بالمحررات الرقمية إلى نظام التعاملات الإلكترونية والأنظمة الأخرى ذات العلاقة. كما أن نظام التعاملات الإلكترونية ونظرًا لعدم حداثته قد خلط بين بعض الأدلة الرقمية، وترك بعض الأدلة الرقمية الأخرى دون تنظيم. لذلك وفي ضوء النتائج السابقة فإننا نوصي المنظم السعودي بإعادة تنظيم الأدلة الرقمية بشكل كامل في نظام الإثبات السعودي، أو إعادة تنظيم الأحكام المتعلقة بالأدلة الرقمية الواردة في نظام التعاملات الإلكترونية لتتوافق مع نظام الإثبات مع نظام الإثبات الجديد.

الكلمات المفتاحية: المحرر الرقمي، الأدلة الرقمية، الإثبات الرقمي، الحجية الرقمية، نظام الإثبات

Abstract:

The study addressed the subject of the validity of digital documents as evidence in the Saudi procedural system.

The Saudi regulator was keen to organize digital evidence within the texts of the new evidence system. Due to the modernity of the system, and the importance of digital documents in evidence, this research addressed the answer to the problem: How sufficient are the legal provisions regulating digital documents in the Saudi system? Many questions arise from it that do not go beyond this problem in their content. The researcher followed the descriptive analytical approach to answer the research question, by describing and analyzing the materials related to digital documents in the Saudi evidence system and related systems. The researcher reached a number of results, the most important of which is that the Saudi regulator has organized the procedural provisions related to digital documents within the texts of the evidence system, and referred many of the substantive provisions related to digital documents to the electronic transactions system and other related systems. In addition, the electronic transactions system, due to its lack of modernity, has mixed some digital evidence and left some other digital evidence without organization. Therefore, in light of the previous results, we recommend that the Saudi regulator completely reorganize digital evidence in the Saudi Evidence System, or reorganize the provisions related to digital evidence contained in the Electronic Transactions System to be consistent with the Evidence System with the new Evidence System.

Keywords: Digital Documents, Digital Evidence, Digital Evidence, Digital Authenticity, Evidence System

مقدمة:

إن قواعد الإثبات لها أهمية متميّزة في القانون عمومًا وفي تحقيق العدالة على وجه التحديد؛ إذ إنَّ الحق موضوع التقاضي يتجرَّد من كلّ قيمة إذا لم يقم الدليل على الواقعة التي يستند إليها، فالدليل هو عصب الواقعة أو هو النتيجة التي تحققت باستعمال وسائل الإثبات المختلفة، أي إنتاج الدليل.

ومع التقدم التكنولوجي الهائل الذى هو سمة العصر الحاضر أصبح وبحق العالم وكأنه قرية صغيرة، وقد ترك هذا التطور التكنولوجى بصمته على كافة مجالات وأنشطة الحياة والتي منها بالطبع المجال القانونى حيث صاحب ذلك التطور إثارة تساؤلات ومشاكل قانونية لم يكن لها وجود فى الزمن السابق.

ومن بين تلك المسائل التي تحتاج إلى البحث والدراسة بعناية ودقة فائقة المحررات الرقمية، حيث أنتشر في الآونة الأخيرة هذا النوع من المحررات فأصبح يتم إبرام الإتفاقيات والعقود التجارية بين الأفراد والمؤسسات عبر تلك المحررات، حيث أنه بعدما كان التوقيع يتم بخط اليد أو البصمة أو الختم ظهر مؤخراً التوقيع الرقمي، وكل هذا أدى لظهور ما يُعرف بالمحررات الرقمية وأمام هذا النوع من المحررات التي تعتمد على الكتابة الالكترونية أصبحت هناك ضرورة ألزمها التطور التكنولوجي لإدخال مثل هذه الوسائل في النظام القانوني للدولة والاعتراف به كوسيلة لإبرام التصرفات القانونية والاستناد لها كأدلة إثبات.

وتتعدد وسائل الإثبات في جُلّ الأنظمة والقوانين المدنية المعاصرة، فمنها ما هو متعلق بالإقرار أو الشهادة أو الكتابة، أو غيرها من وسائل الإثبات وقد أصبحت التعاملات الرقمية في وقتنا الحاضر جزءً لا يتجزأ من معاملاتنا اليومية، لذلك فإن الإثبات مثلما يمكن أن يكون بالوسائل التقليدية، قد يكون أيضا بالوسائل الرقمية على أثر ذلك، وحرصا من المنظم السعودي لمواكبة التطورات الحديثة؛ فقد نظم المنظم السعودي في نظام الإثبات السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/43) وتاريخ 1443/5/26هـ .الأدلة الرقمية كوسيلة من وسائل الإثبات.

وسوف يقتصر موضوع الدراسة على حجية المحررات الرقمية كدليل الإثبات في النظام الإجرائي السعودي.

أهمية الدراسة:

إن الإثبات الرقمي والمحررات الرقمية قد تتوافر بها القوة القانونية التي يستطيع الشخص من خلالها إثبات الحق الذي يدعيه، وذلك متى ما توافرت الشروط اللازمة لذلك الدليل، بل أن المحرر الرقمي أصبح في وقتنا الحاضر أكثر أهمية من غيره من وسائل الإثبات؛ وذلك بسبب ثورة التنقية التي يعاصرها العالم بأكمله.

إن لأهمية هذه الدراسة المتعلقة بالمحررات الرقمية جانبين، فأما الجانب الأول فيتمثل في الأهمية العلمية، وأما الجانب الآخر فيتمثل في الأهمية العملية.

فالأهمية العلمية تتمثل في كون الإثبات بشكل عام من أهم مواضيع القانون المدني الذي ينظم التعاملات المدنية بشتى صورها إضافة إلى ذلك فإن وسائل الإثبات أصبحت الآن في وقتنا الحاضر لها شكل مختلف حيث تتم من خلال التنقية والأجهزة الإلكترونية، مما يجعل لموضوع هذه الدراسة أهمية علمية كبيرة بدراسة النقلة النوعية للإثبات بالوسائل الرقمية بشكل عام وبالمحررات الرقمية بشكل خاص، وكذلك بالمساهمة في إثراء المكتبة القانونية السعودية والعربية بشكل عام.

كذلك وعلى صعيد آخر فإن موضوع البحث يعتبر من المواضيع المستحدثة بنظام الإثبات الصادر مؤخرًا؛ لذلك فإننا نسعى ومن خلال هذه الدراسة التعرف على الأحكام النظامية للمحررات الرقمية.

وأما الأهمية العملية فإنها تتضح في الجانب العملي والمهني، ذلك أن العمل القضائي في المملكة العربية السعودية أصبح يُدار مؤخرا بواسطة التقنية، ومن ذلك ما يقوم به أطراف الدعوى أمام القضاء بالإثبات الوسائل الرقمية. لذلك فإن الأهمية العملية تظهر من خلال تسليط الضوء على أهمية المحررات الرقمية لوسيلة من وسائل الإثبات ودراسة الأحكام النظامية لها، وذلك لتزويد رجال القضاء والباحثين وغيرهم بمرجع قانوني متخصص في المحررات الرقمية في النظام السعودي.

أهداف البحث:

نهدف من خلال ذلك البحث إلى عدة أمور وهي:

- تهدف هذه الدراسة إلى الإجابة على إشكالية البحث والتساؤلات المتفرعة عن هذه الإشكالية، وذلك من خلال دراسة وتبيان أهم الأحكام النظامية المنظمة للمحررات الرقمية، وذلك في النظام السعودي للاستفادة من الأحكام الواردة به ومن التطبيقات القضائية كذلك.
- جذب نظر الباحثين والطلاب والمتخصصين لمعرفة المحررات الرقمية وشروط اعتبارها حجة ودليل في الإثبات.
- تسليط الضوء على أهمية المحررات الرقمية وأهميتها في إثبات التعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت.
- معرفة موقف المنظم السعودى من اعتبار المحررات الرقمية حجة ودليلاً من أدلة الإثبات.

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية الدراسة حول الوقوف على الأحكام المنظمة للمحررات الرقمية كوسيلة من وسائل الإثبات وقوتها القانونية في الإثبات، الأمر الذي يدعونا إلى طرح عدد من التساؤلات لا تخرج في مضمونها عن التساؤل الآتي: هل الأحكام القانونية التي تنظم المحررات الرقمية في النظام السعودي نُظمت بشكل جيد وكاف، دون أن يكون هنالك فراغ تشريعي أو مجال للاجتهاد في وضع معيار أو ضابط لتمييز المحررات الرقمية ومدى حجيتها؟

ISSN:2509-0291

تساؤلات البحث:

يتفرع من الإشكالية السابقة عدد من التساؤلات التي سنسعى من خلال الدراسة -بإذن الله - الإجابة عليها، ومن تلك التساؤلات ما يلي:

- ما هو تعريف المحرر الرقمي؟
- ما هي أنواع المحررات الرقمية؟
- ما هي أهمية المحرر الرقمي؟
- ما هي حجية المحرر الرقمي في الإثبات؟
- ما هي أهم الأحكام النظامية المنظمة للمحرر الرقمي في النظام السعودي؟
- هل الأحكام النظامية المنظمة للأدلة الرقمية في النظام السعودي جاءت بشكل محكم أم أنه يعتريها بعض النقص؟

منهج الدراسة:

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال وصف وتحليل النصوص النظامية المنظمة للمحرر الرقمي، وذلك في نظام الإثبات السعودي، بالإضافة إلى ضوابط إجراءات الإثبات الإلكترونية التي أقرها وزير العدل مؤخرا ونظام التعاملات الإلكترونية، إضافة إلى التطبيقات القضائية الخاصة بموضوع هذا البحث.

حدود الدراسة:

مما سبق ومن خلال إشكالية وتساؤلات وأهداف الدراسة فإن حدود الدراسة تتمثل في الآتي:

إن نظام الإثبات السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/43) وتاريخ 1443/5/26هـ والمنشور في جريدة أم القرى في يوم الجمعة 1443/6/4هـ قد نظم الأدلة الرقمية كوسيلة من وسائل الإثبات والتي من بينها المحررات الرقمية، كما صدر مؤخرا قرار وزير العدل السعودي الذي أقر به ضوابط وإجراءات الإثبات الكترونيا بالقرار الوزاري رقم (921) وتاريخ 1444/3/16هـ بالإضافة إلى ذلك، فإن نظام التعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/18 وتاريخ 1428/3/8هـ قد نظم بعض المسائل المتعلقة بموضوع هذا البحث، بالإضافة إلى بعض التطبيقات القضائية في هذا المجال

الدراسات السابقة:

لا توجد دراسة علمية شاملة لجميع أنواع الأدلة الرقمية، ولكن هناك بعض الدراسات حول الإثبات وحجيته قبل صدور نظام الإثبات السعودي الجديد، والتي لم تتناول جميع مسائل الإثبات في النظام، وسوف أذكر البعض منها وهي كالتالي:

1- وسائل الإثبات الإلكترونية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بنظام الإثبات السعودي، خطة مقدمة لتسجيل أطروحة دكتوراه في الفقه إعداد سهيل بن حمد بن عبده طالب في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، لعام 1443هـ.

2- بحث بعنوان حجية الدليل الرقمي في الإثبات دراسة في نظام الإثبات السعودي، للباحث زياد ماجد العبدالجبار، وقد نشر هذا البحث بالمجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث - مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية المجلد السادس، العدد السادس والعشرين لعام 2022م ص132-144. وقد جاء البحث في مبحثين المبحث تناول الأول ماهية المحرر الرقمي، في حين تناول الثاني حجية المحرر الرقمي.

3- حجية الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي والنظام السعودي وضوابطه للدكتور محمد بن محمد بن أحمد سويلم، أستاذ القانون الخاص المساعد بقسم الأنظمة بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالأحساء، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الطبية تحت رعاية الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في الرياض عام 1434 - 1435هـ.

4- طرق الإثبات في القضاء التجاري وتطبيقاتها في المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية، رسالة مقدمة من الطالب أحمد بن صالح العبودي لنيل درجة الدكتوراه في قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء عام 1432 - 1433هـ.

وتتميز هذه الدراسة عن الدراسات السابقة أنها تعنى بدراسة المواد النظامية المتعلقة بالمحرر الرقمي في نظام الإثبات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي برقم 34 و تاريخ 1939/4/24هـ ، المتضمن 131 مادة نظامية، دراسة وصفية تحليلية، ليرسم منهجاً جديداً في نظام الإثبات السعودي، كما سأتناول في هذه البحث الحديث عن حجية المحررات الرقمية في نظام الإثبات من خلال تطبيقات قضائية.

خطة البحث:

وفقًا لما تقدم جميعه سوف تقسم الدراسة إلى مبحثين، وكل مبحث من مطلبين، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية المحررات الرقمية

المطلب الأول: تعريف المحرر الرقمي وأنواعه

المطلب الثاني: خصائص المحرر الرقمي وتمييزه عن غيره من المصطلحات

المبحث الثاني: حجية المحررات الرقمية في الإثبات ومدى سلطة القاضي التقديرية بشأنها

المطلب الأول: حجية المحرر الرقمي في الإثبات

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حجية الأدلة الرقمية بوجه عام

المبحث الأول : ماهية المحررات الرقمية

تمهيد وتقسيم:

تتنوع الأدلة الرقمية في النظام السعودي، فقد نص المنظم السعودي في نظام الإثبات على ست وسائل تشملها الأدلة الرقمية[1] ، وهذه الوسائل لم ترد على سبيل الحصر بل على سبيل المثال وذلك لما جاء في الفقرة السابعة من المادة الرابعة والخمسين منه والتي نصت على أنه يشمل الدليل الرقمي " أي دليل رقمي آخر"

والجدير بالذكر أن المنظم السعودي نص على تلك الأدلة في نظام الإثبات على شكل تعداد دون التطرق إلى التعريف بتلك الوسائل أو التمييز فيما بينها، ثم إنه تم بعد ذلك نص في الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات على أنه يرجع في مفهوم أنواع الدليل الرقمي المنصوص عليها في المادة الرابعة والخمسين من النظام للأنظمة ذات العلاقة، ومنها نظام التعاملات الإلكترونية[2]. لذلك يمكن القول بأن نظام الإثبات أقرب ما يكون إلى كونه نظام إجرائي، أما فيما يتعلق بالدليل الرقمي من الناحية الموضوعية فإن نظام التعاملات الإلكترونية - والأنظمة الأخرى ذات العلاقة - هو الحاكم عليها.

وما يهمنا بالنسبة لموضوع البحث هو التعرف على ماهية المحررات الرقمية.

ووفقًا لما تقدم سوف نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف المحرر الرقمي وأنواعه

المطلب الثاني: خصائص المحرر الرقمي وتمييزه عن غيره من المصطلحات

المطلب الأول : تعريف المحرر الرقمي و أنواعه

أولا- تعريف المحرر الرقمي:

لما كان المنظم السعودي لم يعرف المحرر الرقمي، وإنما جاء تعريفه من ضمن الأدلة الرقمية، وعلى ذلك سوف يعرف أولاً الدليل بصفة عامة، ثم الدليل الرقمي، ثم نعرج بعد ذلك لتعريف المحرر الرقمي:

الدليل لغة: مأخوذ من الدَّال ، وجمعها أدلة ودلائل، والدليل هو لغة: المرشد وما يتم الإرشاد به.[3]

(1) المادة الرابعة والخمسون من نظام الإثبات السعودي.

(2) المادة الستون من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات

(3) د. جميل صليبا، المعجم الفلسفي الجزء الأول ، دار الكتاب العالمي، الرياض، سنة 1994م، ص 564 .

ويُعرف الدليل اصطلاحاً بأنه هو توصل العقل إلى التصديق المفترض العلمي والمنطقي بما كان يُشك بصحته، بمعنى التوصل إلى معرفة الحقيقة.(4)

أما عن مفهوم الدليل وفقًا للفقه القانوني فيعرف بما يلي: الوسائل التي يستعين بها القاضي للوصول إلى الحقيقة مِنْ خلال ما يُقدم إليه مِنْ أدلة ووقائع مشروعة من أجل الوصول إلى حالة اليقين لدى القاضي بطريقة سائغة، ومقنعة لضمير القاضي.(5)

والمعروف أن الدليل عمومًا يعرف على أنه : أي شيء يميل منطقيًّا إلى إثبات أو دحض مسألة معينة في قضية أو خلاف معروض إمام القضاء.(6)

ويعرفه رأي آخر في الفقه(7) على أنه "الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول إلى الحقيقة التي ينشدها".

وتجدر الإشارة إلى أن "الدليل يعني إثبات لواقعة حقيقية أو حق مُعَيَّن، ويعرفه رأي في الفقه على أنه "ما يُقنع العقل بحقيقة ما"(8)

ويذهب رأي(9) أخير تؤيده الباحثة فيما ذهب إليه بالقول بأن الدليل هو : البرهان القائم على المنطق والعقل في إطار من الشرعية الإجرائية لإثبات صحة افتراض معين، أو لرفع درجة اليقين الاقتناعي أو حفظها في واقعة محل خلاف.

وخلافًا للقانون المدني الذي ينص على تكوين الدليل بالنسبة للالتزامات القانونية والتعاقدية يُكرس القانون الجنائي، حُرية نسبية في تقديم الدليل؛ أي إن إثبات واقعة أو حق في المسائل الجنائية يُمكن تقديمه بأية وسيلة دون أن يسود دليل على الآخر، أو أن يكون القاضي مُلزم بأحدهما بدلا من الآخر(10).

وعلى صعيد آخر عرفت المنظمة الدولية لأدلة الكمبيوتر أو الحاسوب IOCE - التي بدأت في عام 1995م في تقديم توصيات بشأن المعايير المتعلقة بهذا العلم الجديد - الدليل الرقمي بأنه: "المعلومات المخزنة والمتعلقة بشكل ثنائي، والتي يمكن الاعتماد عليها أمام المحكمة(11).

ويذهب إجمالا رأي في الفقه بتعريف الدليل الرقمي على أنه: "أي معلومات واردة في شيء لا يستطيع الإنسان فحصه من خلال الاستخدام المباشر لحواسه" (12)

لذلك ننتهي مع رأي في الفقه(13) إلى تعريف الدليل الرقمي على أنه: "ما يستخلصه أهل الخبرة من نتائج بنيت على تطبيقات علمية وأصول فنية أعقبت عدة مشاهدات وملاحظات حسية، وأمكن من خلالها الوصول إلى هذه النتائج الفنية عن طريق الاستنباط العقلي وتحكيم العلم ونظرياته".

وجاء تعريف الأدلة الرقمية في النظام السعودي – والتي من بينها المحرر الرقمي – بأنها كل دليل مستمد من أي بيانات تنشأ أو تصدر أو تسلم أو تحفظ أو تبلغ بوسيلة رقمية، وتكون قابلة للاسترجاع والحصول عليها بصورة يمكن فهمها(14).

---

(4) د. مسعود بن حميد المعمري، الدليل الإلكتروني لإثبات الجريمة الإلكترونية، مجلة القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد 6، 2018م، ص192.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968 ، ص 13.

(6) راجع، محمد عبد الحميد عرفة، مدى حجية الأدلة الإلكترونية الرقمية في الإثبات في المواد الجنائية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة ، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية المجلد الأول، 2018م، ص 413.

(7) راجع أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2006م، ص 418.

(8)J. Domat, "Les lois civiles dans leur ordre naturel", Paris, éd. Cavalier, t. 1, 1771, p. 204

(9) راجع في هذا التعريف سعيد عبد اللطيف حسن، إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999م، ص 35.

(10) Mahougnon Franc KAI, La preuve numérique à l'épreuve de la cybercriminalité, Master Droit pénal international et européen, Mémoire de stage, Sous la supervision de Monsieur Baptiste NICAUD, 2021, p. 10.

(11) مشار إليه لدى، عبد الله ذيب محمود أسامة إسماعيل دراج: الوجيز في الجرائم الإلكترونية "القواعد الموضوعية والإجرائية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2022م، ص201.

(12) D. Benichou, Le juge pénal, ses attentes, une preuve sûre et intelligible, in La preuve numérique à l'épreuve du litige, Actes de colloque du CNEJITA, 13 avril T+2010, p. 58.

(13) راجع في هذا التعريف عبد الحكم فودة: حجية الدليل الفني في المواد الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2014م، ص 7.

(14) المادة الثالثة والخمسين من نظام الإثبات السعودي، والصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ 43) وتاريخ 1443/5/26هـ، والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1443/6/4هـ والساري من تاريخ 1443/12/7هـ.

فالدليل الرقمي وفقاً لهذا التعريف يرتد في مصدره إلى بيانات إلكترونية قابلة للاسترجاع وتتميز هذه البيانات بإمكان فهمها فضلاً عن أن عمليات إنشاء هذه البيانات أو استلامها أو تصديرها أو إبلاغها أو حفظها وكذا عملية استرجاعها تتم عبر وسائل إلكترونية كالحواسيب والهواتف الرقمية وغيرها.

ولقد بينت المادة (54) من النظام ذاته بعض الصور للدليل الرقمي ومن بينها المحرر الرقمي بقولها : " **يشمل الدليل الرقمي الآتي: السجل الرقمي، المحرر الرقمي، التوقيع الرقمي، المراسلات الرقمية بما فيها البريد الرقمي، وسائل الاتصال، الوسائط الرقمية، أي دليل رقمي آخر**"

وجاء في الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات تعريف الوسيلة الرقمية المشاعة للعموم، وتعريف الوسيلة الرقمية الموثقة، وذلك لإماطة اللثام عن كل ما قد يشكل أو يسبب غموضا في هذا الجانب.

فعرف المنظم الوسيلة الرقمية المشاعة للعموم بأنها كل وسيلة أتيح استخدامها بشكل عام، أو للمتعاملين بنوع خاص من التعامل.[15]

وعرف الوسيلة الرقمية الموثقة بأنها كل وسيلة مرخصة من الجهة المختصة أتيح استخدامها للمتعاملين.[16]

أما عن التعريفات الفقهية للمحررات الرقمية فيذهب رأي[17] بأنها عبارة عن معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة إستخراجها فى المكان المستلمة فيه.

ويعرفها رأي آخر[18] بأنها عبارة عن مجموعة من الحروف أو الأرقام أو الرموز أو الأصوات أو أية علامات أخرى يمكن أن يتم تثبتها على دعامة إلكترونية تؤمن قراءتها وتضمن عدم العبث بمحتواها وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها وتاريخ ومكان إرسالها وتسلمها والاحتفاظ بكافة المعلومات الأخرى على نحو يتيح الرجوع إليها عند الحاجة إليها.

فالمحررات الرقمية هى عبارة عن مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة إلكترونية ويسهل قراءتها بصورة مباشرة عن طريق استخدام الحاسب الآلي.

ثانيًا- أنواع المحرر الرقمي:

أوضحت المادة (٦٤) من نظام الإثبات في المملكة العربية السعودية الدليل الرقمي - بما فيه المحررات الرقمية - الأحكام الواردة في الباب الثالث منه بما لا يتعارض مع طبيعته الرقمية فيما لم يرد بشأنه نص في الباب الرابع مما يعني امتداد تطبيق الأحكام المتعلقة بالكتابة بما فيها المحررات الرسمية والعادية المنصوص عليها في الباب الثالث على المحررات الرسمية والعادية الرقمية بما لا يتعارض مع طبيعتها وذلك بقولها : " فيما لم يرد فيه نص في هذا الباب، تسري على الدليل الرقمي الأحكام المنصوص عليها في الباب (الثالث) من هذا النظام، بما لا يتعارض مع طبيعته الرقمية".[19]

وينقسم المحرر الرقمي وفق هذا النظام إلى نوعين : الأول هو المحررات الرسمية والثاني المحررات العادية (العرفية) على الوجه الآتي:

أ - المحررات الرسمية الرقمية:

عرفت المادة (1/25) في الباب الثالث (الكتابة) المحرر الرسمي بأنه : " المحرر الرسمي هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقا للأوضاع النظامية، وفي حدود سلطته واختصاصه " وعلى ذلك يمكن القول أن كل محرر يتم عبر وسيلة إلكترونية يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه أو

(15) المادة الحادية والستون من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات، وضوابط إجراءات الإثبات إلكترونيًا ويزيله القواعد الخاصة بشؤون الخبرة أمام المحاكم، وثلاثتها صدرت بالقرار رقم (921) وتاريخ 1444/3/16هـ والصادرة من وزارة العدل، ونشرت في الجريدة الرسمية بتاريخ 1444/4/3هـ وجميعها يعمل بها من تاريخ العمل بالنظام.

(16) المادة الحادية والستون من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

(17) لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإليكترونى، الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، الطبعة الأولى 2005م، ص 78.

(18) سمير عبد السميع الأودن العقد الإلكتروني، الناشر منشأة المعارف للنشر والتوزيع بمصر، طبعة 2005م، ص 157.

(19) المادة الرابعة والستون من نظام الإثبات.

ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقا للأوضاع النظامية، وفي حدود سلطته واختصاصه هو محرراً رقميًا رسمياً يخضع لتطبيق القواعد والأحكام الواردة بنظام الإثبات[20].

ب- المحررات العادية (العرفية) الرقمية:

المحررات العادية (العرفية) الرقمية هي محررات صادرة عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ومن ثم فإنها لا تكون محررات إلكترونية رسمية، ولا تحاط بالضمات التي تحاط بها المحررات الرسمية[21] . ويعرفها البعض بأنها: " محررات إلكترونية غير رسمية محررة بمعرفة ذويها، وحاملة لتوقيعاتهم على نحو تصلح معه أن تكون دليلاً كتابياً دون تدخل موظفي الدولة وبعيداً عن جهات الدولة الرسمية "[22].

وتكون المحررات الرقمية العادية (العرفية) معدة للإثبات بين الأطراف فيما قد يثور بينهم من منازعات بشرط توافر الكتابة، حيث يجب تدوين البيانات المتفق عليها بين ذوي الشأن، فضلاً عن تذييلها بتوقيعهم عليها، ليسوغ الاستناد إليها في الإثبات وتصبح دليلاً له حجيته على أطرافها[23].

المطلب الثاني : خصائص المحرر الرقمي وتميزه عن غيره من المصطلحات

أولاً- خصائص المحرر الرقمي:

يتميز المحرر الرقمي بالعديد من الخصائص الهامة ومن بين تلك الخصائص ما يلي[24]:

أ- السرعة في إبرام التعاقد:

كما بينَّا آنفًا أن سبب ظهور نشأة المحررات الرقمية والإعتراف بها وبوجدها هو التقدم التكنولوجى الهائل الذى يعتمد فى المقام الأول على السرعة، فالمحررات الرقمية تتميز بالسرعة في إبرام التعاقدات حيث أنه يمكن التعاقد من خلالها عن طريق وسائل الإتصال بين طرفي العقد خلال ثواني معدودة، وعلى هذا نجد أن المحررات الرقمية توفر الجهد والوقت وتختصر المسافات خاصة في مجال التجارة الإلكترونية.

ب- الفعالية

تتميز المحررات الرقمية بالفعالية وذلك لأنها تسمح بحضور إفتراضي متعاصر بين الأفراد وبعضهم البعض وكذلك بين المؤسسات والشركات، أو بين الأفراد والمؤسسات والشركات، كما تتضح فعالية المحررات الإلكترونية في أنها تتيح تسليم بعض الأشياء أو أداء بعض الخدمات بصورة فورية، وذلك كالحصول على سلعة ما عن طريق شبكة الإنترنت ودفع الثمن إليكترونيًا عن طريق بطاقة الإئتمان أو غير ذلك من وسائل الدفع الإلكتروني.

ج- السرية والأمان

من أهم ما يميز المحررات الرقمية وجعلها تحظى بتلك المكانة والأهمية في التعاملات التجارية أنها تتمتع وتتميز بالسرية وذلك لأن تلك المحررات لا أحد يعرف ما فيها من بيانات أو معلومات غير من أرسلها، وذلك على خلاف المحررات التقليدية التي يمكن الإطلاع عليها بسهولة من الغير كما أن المحررات الرقمية تستخرج من تقنيات متطورة مما يجعل أمر المحافظة على السرية والأمان للبيانات والمعلومات الموجودة فيها مضموناً، كما أن في انعدام احتمال إعادة صياغتها ما يوفر الأمان لتلك المحررات، كما أنه لا يمكن إنكار هذه المحررات بعد المصادقة عليها، فكل هذه الأمور تجعل المحررات الرقمية تتمتع وتتميز بالسرية والأمان.

د- الدقة والإتقان والوضوح:

---

(20) المادة (1/25) من نظام الإثبات.

(21) هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2016، ص 64، 65.

(22) أ.د. عامر محمود الكسواني ، التجارة عبر الحاسوب ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى ، 2008، ص 136.

(23) أ.د محمد أحمد محمد حسانين ، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات ، وموقف النظام السعودي منها ، بحث منشور في المجلة القانونية ، 2021، ص 304. وانظر أيضًا المادة (1/29) من نظام الإثبات.

(24) عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الناشر دار الحلبي بلبنان الطبعة الأولى 2010م، ص 40.

المحررات الرقمية تتميز بالدقة والوضوح والإتقان وذلك لأنها تحقق العديد من الفوائد سواء للأفراد أو الشركات التى تقوم بإثبات عقودها عن طريق تلك المحررات وذلك لأن تلك المحررات يتم العمل على إعدادها قبل إرسالها لكي تكون خالية من الأخطاء، كما أنه لو حدثت أو وجدت أخطاء فإنه يتم تصحيحها وبالتالي تكون المحررات الرقمية واضحة ودقيقة ومتقنة، كما أنها توفر شفافية في التعاملات والمعاملات التي تتم بها وذلك لأنها تتيح سهولة الحصول على معلومات بصورة دقيقة وكاملة.

والمحررات الرقمية بذلك توفر نفقات الإتصال والوقت والنفقات اللازمة للتسوق والتنقل، فضلاً عن ظانها تكرس لمبدأ الشفافية فى المعاملات التجارية وذلك بما تتيحه من سهولة فى الحصول على معلومات دقيقة وكاملة.

ثانيًا- تمييز المحرر الرقمي عن غيره من المصطلحات:

أ- المحرر الرقمي والسجل الرقمي:

السجل الرقمي والمحرر الرقمي ليست وسيلة واحدة بل أوردها المنظم السعودي في فقرتين منفصلتين في نظام الإثبات، إلا أنه خلط بينهما في نظام المعاملات الإلكترونية، كما أن المنظم السعودي قد عرّف السجل الإلكتروني في نظام المعاملات الإلكترونية إلا أنه لم يكن موفقاً في تعريفه، فقد جمع بين كل من السجل الرقمي والمحرر الرقمي في تعريف واحد وأسماه السجل الإلكتروني(25).

لذلك فإن تعريف السند الإلكتروني قد خصص عام، فالعام هو السجل الرقمي والخاص هو المحرر الرقمي أو السند الإلكتروني.

لذا فإنه يبدو للباحثة أن الفرق بين السجل الرقمي والمحرر الرقمي يكمن في كيفية إنشائه، فمتى ما تم إنشاؤه بطريقة رقمية أصبح محرراً رقميا، ومتى تم إنشاؤه بأي طريقة تقليدية أخرى ولكنه حفظ بطريقة رقمية أصبح سجلاً رقمياً.

ب- المحرر الرقمي والمحرر التقليدي:

يجدر بالباحثة أن تميز أولاً بين الألة الرقمية والأدلة الإلكترونية بصفة عامة حتى يسهل التمييز بين المحرر الرقمي والمحرر التقليدي.

ولقد اختلف الفقه القانوني حول مفهوم الدليل الإلكتروني والدليل الرقمي، فالفريق الأول منهم يرى أن هذين اللفظين "الرقمي والإلكتروني" وجود فريق آخر يرى بأن الفرق بين اللفظين في مترادفان ويؤديان ذات المعنى. أما الفريق الآخر فقد فرّق بين اللفظين، فجعل مفهوم الرقمية أوسع وأعم من مفهوم الإلكترونية، إضافة إلى اعتبار الدليل إلكتروني أو رقمي يكمن في أصل الدليل أي المعيار هنا في وجود أصل ورقي من عدمه، فإن كان الدليل أصله ورقي أو تقليدي فإنه يكون دليلاً إلكترونياً، وإن لم يكن للدليل أصل ورقي أو تقليدي فإننا نكون أمام دليل رقمي وهو الذي ينشأ بطريقة رقمية(26).

أما فيما يتعلق بموقف النظام السعودي من هذا الخلاف فإنني أرى أنه يُفهم من نصوصه أنه لا يوجد خلاف بين اللفظين - وإن كان هنالك خلاف من الناحية التقنية- فالرقمية تدل على الإلكترونية، والإلكترونية تدل على الرقمية. ومما يؤكد ذلك ما جاء به نظام المحاكم التجارية السعوي والذي جاء بعنوان "الدليل الرقمي. في الفصل السابع منه والذي جاء بعنوان "الدليل الإلكتروني"، ويقابل هذا الفصل من نظام المحاكم التجارية الباب الرابع من نظام الإثبات.

إن نظام الإثبات السعودي وإن كان قد ألغى مع صدوره الفصل السابع من نظام المحاكم التجارية، إلا أن نظام المحاكم التجارية نظام حديث النشأة فقد صدر في عام 1441هـ، لذلك فلا مجال للقول بأن نظام المحاكم التجارية لم يكن متواكباً مع التطور التقني أو العلمي، وقد صدر نظام الإثبات لسد هذا الفراغ. ومن جانب آخر لا يوجد ما يدل على التفريق بين الرقمية والإلكترونية في أي نص من نصوص النظام السعودي. ومن جانب ثالث أيضاً فإن الأدلة الإلكترونية التي جاء بها نظام المحاكم التجارية هي ذاتها الأدلة الرقمية التي جاء بها نظام الإثبات السعودي مع الاختلاف اليسير فيما يتعلق بإضافة المراسلات الرقمية وإدراج البريد الإلكتروني من ضمنها لذلك فإنه يظهر لنا بأنه لا وجود لأي فارق بين كلا اللفظين.

(25) الفقرة 13 من المادة الثانية من نظام المعاملات الإلكترونية السعودي.

(26) مشار إلى هذا الخلاف لدى زياد ماجد العبد الجبار ، حجية الدليل الرقمي في الإثبات دراسة في نظام الإثبات السعودي مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلد 6. العدد 26، 2022م ، ص136.

لما كان المحرر الرقمي هو : " كل دعامة إلكترونية تكون قادرة على التخزين الثابت والدائم للبيانات التي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها من خلالها، وتعطي دلالة قابلة للإدراك على مضمونها، وأي شخص قام بالتوقيع عليها"[27]. ومع ذلك يتميز المحرر الرقمي على هذا النحو عن المحرر التقليدي بعدة خصائص هي:

(1) الكتابة : فالمحرر الرقمي مكتوب في شكل معادلات يتم تنفيذها في شكل عملية الإدخال والإخراج على شاشات الحاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أو رقمية أخرى، ويمكن تعديلها دون أن يتخلف عن ذلك ثمة أثر، بينما الكتابة في المحرر التقليدي عبارة عن مجموعة من الرموز مكتوبة على وسيط مادي وتدل على فكر معين، كما أن أية تعديلات تقع عليه تترك أثراً يمكن اكتشافه بمجرد النظر، ذلك إلى أن الدعامة التي يكتب علها المحرر التقليدي هي من طبيعة مادية يمكن إدراك محتواها لكونها وسائط ورقية، بينما هي في المحرر الرقمي لا يمكن إدراك محتواها لكونه مخفياً وغير محسوس.[28]

(2) الدعامة: هي في المحرر الرقمي وسيط لا يمكن إدراك محتواه لكونه مخفياً غير ظاهر وتتخذ الدعامة عدة أشكال منها : الأقراص الممغنطة والأشرطة أما الدعامة في المحررات التقليدية فتتخذ الأصل شكل الأوراق بيد أن هذا لا يمنع من الكتابة على وسائط مادية أخرى خلافها[29].

(3) التوقيع : يتم التوقيع على المحرر التقليدي أو الورقي بأداة مادية هي القلم أو بصمة الإصبع أو الختم أما التوقيع الرقمي فيتم عبر وسيط إليكتروني رقمي من خلال أجهزة رقمية كالحاسب الآلي[30].

(27) إيهاب سمير محمد صالح ، الإثبات بالمحررات الإلكترونية ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة الأزهر ، غزة ، 2015 ، ص 14

(28) أ.د محمد أحمد محمد حسانين ، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات ، وموقف النظام السعودي منها ، بحث منشور في المجلة القانونية ، ص 295، 296.

(29) د. إيهاب فوزي السقا، جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص17.

(30) د. سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، مصر، منشأة المعارف للنشر والتوزيع ، 2005، ص 157.

المبحث الثاني : حجية المحررات الرقمية في الإثبات ومدى سلطة القاضي التقديرية بشأنها

تمهيد وتقسيم:

يقصد بحجية المحرر الرقمي مدى إمكانية إثبات الحقوق أو الدعاوى من خلاله، ذلك أن أهمية الإثبات بشكل عام لا يمكن أن تخفى على أحد وللإثبات العديد من الوسائل القانونية التي يمكن للمدعي إثبات حقه بها ويعد الدليل الرقمي أو الوسائل الرقمية من الأمور المستحدثة والمنتشرة في شتى المجالات.

وفيما يتعلق بمدى حجية الدليل الرقمي في كونه معتبر لإثبات الحق في النظام السعودي فإنه لم يكن في السابق يرتقي لكونه دليلاً بمعناه الصحيح، بل كان في بداية الأمر قرينة للقاضي الاستئناس بها دون أن يرتقي إلى مرتبة الدليل التقليدي أو أن يكون القاضي ملزم بها، فقد كانت وسائل الإثبات محصورة بما حدده نظام المرافعات الشرعية.[31]

ثم بعد أن صدر نظام التعاملات الإلكترونية والذي أقر الوسائل الإلكترونية للتعاملات بين الأطراف، وأرتقى الدليل الرقمي ليصبح بإمكان الأشخاص إثبات حقوقهم من خلاله، إلا أنه أيضاً لم تكن له الحجية بمعناها الصحيح الكامل.[32]

ثم وقبل صدور نظام الإثبات السعودي الجديد، صدر قرار الهيئة العامة بالمحكمة العليا[33] والذي جعل من الدليل الرقمي حجة معتبرة في الإثبات متى ما سلم من العوارض إلا إنه لم ينص على أي شروط أو أي قواعد تخص الدليل الرقمي، بل جعل حجية الدليل الرقمي تختلف قوة وضعفاً حسب الواقعة وملابساتها وما يحيف بها من قرائن، لذلك فإن الدليل الرقمي حتى هذه اللحظة ليس له الحجية القانونية الكاملة بل هو خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

أخيراً وبصدور نظام المحاكم التجارية ونظام الإثبات السعودي الجديد واللذين نصا على الدليل الرقمي ونظما أحكامه في باب أو فصل مستقل، يمكننا القول بأن النظام السعودي أعترف بالدليل الرقمي وحجيته القانونية ومساواته بالدليل التقليدي، حيث نص نظام الإثبات على أنه يكون للإثبات بالدليل الرقمي حكم الإثبات بالكتابة الوارد في هذا النظام.[34]

لذلك وبعد النص على الدليل الرقمي في النظام السعودي بشكل صريح فإنه ينتقل من كونه قرينة قوية قد تصبح حجة معتبرة في حال انطباق الشروط إلى كونه وسيلة ودليلا مستقلا بذاته ويمتلك حجية الدليل الرقمي.[35]

ومع أن المنظم السعودي كان قد ساوى بين الدليل الرقمي والإثبات بالكتابة بشكل عام في المادة الرابعة والخمسين إلا أنه قد ميز بين الأدلة الرقمية وجعل لها أحكاماً مختلفة. فالدليل الرقمي قد يأخذ حكم الدليل الكتابي الرسمي تارة، وقد يأخذ حكم الدليل الكتابي غير الرسمي تارة أخرى[36]. لكل ما تقدم سوف نعرض لحجية المحرر الرقمي، وذلك من خلال مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: حجية المحرر الرقمي في الإثبات

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حجية الأدلة الرقمية بوجه عام

المطلب الأول : حجية المحرر الرقمي في الإثبات

أولاً- حجية المحرر الرسمي الرقمي في النظام:

أ- حجية أصل المحرر الرسمي الرقمي في النظام:

أسبغ نظام الإثبات الجديد في المملكة حجية أوسع نطاقاً في مداها على المحرر الرسمي الرقمي، إذ جعله بمقتضى نص المادة (1/26) منه حجة على الكافة بما دون فيه من أمور قام بها الموظف العام، أو الشخص المكلف بخدمة عامة، في حدود سلطة وظيفته

(31) زياد ماجد العبدالجبار، حجية الدليل الرقمي في الإثبات دراسة في نظام الإثبات السعودي، مرجع سابق، ص 141.

(32) المرجع السابق، ص 141

(33) قرار الهيئة العامة للمحكمة العليا رقم (34) وتاريخ 1439/4/24هـ.

(34) المادة الخامسة والخمسون من نظام الإثبات السعودي

(35) زياد ماجد العبد الجبار حجية الدليل الرقمي في الإثبات دراسة في نظام الإثبات السعودي، مرجع سابق، ص 141

(36) انظر نص المادة (1/26) من نظام الإثبات.

واختصاصه، أو ما تم من ذوي الشأن من أمور حدثت في حضوره، وذلك مشروط بعدم ثبوت تزوير المحرر بالطرق المقررة قانوناً لإثبات التزوير.[37]

وإضافة إلى ما قررته الفقرة (2) من ذات المادة من اعتدادها بمضمون ما ذكره أي من ذوي الشأن من أمور في المحرر الرسمي، واتخاذها حجة عليه، ومن ثم فإن حجية المحرر الرسمي الرقمي تمتد لتشمل أطراف المحرر بالإضافة إلى الغير ممن ليسوا أطرافاً فيه، حيث يحق الاحتجاج بهذا النوع من المحررات في مواجهة كافة الأشخاص ، بصرف النظر عما إذا كانوا أطرافاً في المحرر من عدمه ولعل الحكمة من ذلك ترتد إلى أن المحرر الرسمي الرقمي : إما أنه يحرر بمعرفة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود مهمته واختصاصه وسلطته الوظيفية، أو أنه يحرر بمعرفة ذوي الشأن في حضوره، فيتمتع المحرر بالثقة والجدية ويطمئن إليه الكافة من الأشخاص.[38]

وإذا افتقد المحرر الرسمي الرقمي عنصر تحريره بواسطة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، طبقاً للأوضاع النظامية، في حدود اختصاصه وسلطته الوظيفية، أو إذا حرره ذوي الشأن في غير وجود الموظف العام أو الشخص المكلف بالخدمة العامة، فإن ذلك يعني فقدانه حجيته في مواجهة الكافة، وقصرها على اعتباره حجة في مواجهة أطرافه فقط، دون الغير ما دام أطرافه قد ذيلوه بتوقيعهم، فالمحرر في هذه الحالة يفقد صفته الرسمية ويتحول لمحرر عادي أو عرفي، فينال حجية هذا النوع الأخير فقط، وقد بينت ذلك المادة (2/25) من النظام بقولها : **" إذا لم يستوف المحرر الشروط الواردة في الفقرة (1) من هذه المادة فتكون له حجية المحرر العادي؛ متى كان ذوو الشأن قد وقعوه "**.[39]

ب- حجية صورة المحرر الرسمي الرقمي في النظام :

أوضح النظام مدى حجية صورة المحرر الرسمي الإلكتروني في المادتين (27) ، (28) منه فميز بين حالتين:

الأولى: تضمنتها المادة (27) من نظام الإثبات وهي حالة مدى حجية صورة المحرر الرسمي الرقمي إذا كان أصل هذا المحرر موجوداً، فاعتبر أن الصورة الرسمية المأخوذة من هذا الأصل وفقاً للإجراءات المنظمة لذلك تعد حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وافترض المنظم أن الصورة الرسمية تكون مطابقة للأصل مادام لم ينازع في ذلك أي من ذوي الشأن.[40]

أما الثانية: فقد أوضحت حكمها المادة (28) من النظام ذاته حجية صورة المحرر الرسمي الإلكتروني عند عدم وجود أصله إذ اعتبر النظام أن هذه الصورة تتمتع بذات الحجية المقررة للأصل إذا كان مظهرها الخارجي لا يثير الشك في مطابقتها للأصل، فإن توافر هذا الشك افتقدت الصورة حجيتها ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس.[41]

ثانياً : حجية المحرر العادي (العرفي) الرقمي في النظام:

لا يتداخل المحرر العادي (العرفي) في تحريره موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ولا يحرر في حضور أياً منهما وفقاً للإجراءات المنظمة لذلك، ولا في حدود اختصاص أيا منهما وسلطته الوظيفية، فهذا النوع من المحررات يصدر ويوقع من ذوي الشأن ويعد حجة عليهما ما دام ذيل بتوقيعهما، لذا تقتصر حجيته على أطرافه الموقعين عليه دون الكافة من الغير، فحجيته أضيق نطاقاً من مثيله الرسمي.

وتوجب المادة (29) من نظام الإثبات شرطاً صريحاً للاعتداد بحجية المحرر العادي، وذلك بقولها : **" 1 - يعد المحرر العادي صادراً ممن وقعه وحجة عليه؛ ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو ينكر ذلك خلفه أو ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق "**.[42]

(37) المادة السادسة والخمسون والمادة السابعة والخمسون من نظام الإثبات السعودي.
(38) انظر نص المادة (2/26) من نظام الإثبات.
(39) انظر نص المادة (2/25) من نظام الإثبات.
(40) انظر نص المادة (27) من نظام الإثبات.
(41) انظر نص المادة (28) من نظام الإثبات.
(42) انظر نص المادة (1/29) من نظام الإثبات.

ISSN:2509-0291

ووفقًا لما تقدم، فإن هذا المحرر يستمد حجيته في مواجهة أحد أطرافه من توقيع ذلك الطرف عليه بإحدى وسائل التوقيع الواردة في النص، وعدم إنكاره – أو من يخلفه - لهذا التوقيع، ومن ثم فإن الإقرار بالتوقيع شرط للتمسك بالحجية في مواجهة الموقع.

وقد أوردت المادة ذاتها في فقرتها الثانية قولها : **" 2- من احتج عليه بمحرر عادي وناقش موضوعه أمام المحكمة، فلا يقبل منه أن ينكر بعد ذلك صحته، أو أن علمه بأنه صدر ممن تلقى عنه الحق"**[43] ويستفاد من ذلك أن حق من يحتج عليه بمحرر عادي في إنكار صحة هذا المحرر، أو التمسك صدر ممن تلقى عنه الحق، يسقط بقوة القانون في حالة مناقشته موضوع المحرر أمام المحكمة ، فهذه المناقشة قرينة على صدور المحرر منه، مادام التفت عن نسبته إليه وصدوره عنه، وخاض في مناقشة تفاصيل الحقوق والالتزامات الواردة في صلب المحرر .

ومن التطبيقات القضائية في المملكة في هذا المجال القضية الآتية والتي جاء بحيثياتها:

"بناء على ما تقدم ذكره ولما كان منشأ هذه الدعوى متعلق بين تاجرين، الأمر الذي يجعل الاختصاص بنظر الدعوى منعقد للمحاكم التجارية استنادًا على الفقرة (1) من المادة (16) من نظام المحاكم التجارية، أما ما يتعلق بموضوع الدعوى فإن المدعية تهدف من إقامة دعواها إلى إلزام المدعى عليها بدفع المبلغ المتبقي البالغ قدره (3,44,55) ثلاثة آلاف وأربع مئة وأربعة وأربعون ريالا وخمس وخمسون هللة، تمثل توريد المدعية للمدعى عليها مواد غذائية، بالإضافة إلى التعويض عن أضرار التقاضي بمبلغ قدره (٣٥٠) ثلاث مئة وخمسون ريال سعودي، وقدمت لإثبات دعواها الفاتورة ذات الرقم (122122369) وتاريخ 2022/12/29م بمبلغ وقدره (٧,٧١,٥٥ ريال وكشف الحساب ورسالة عبر تطبيق الواتس أب، وهو ما يثبت حقيقة التعامل بين الطرفين وتراه الدائرة حجة على المدعى عليها، ودليلا على ثبوت المبلغ في حقها، قال ابن فرحون: "وإن قال لفلان عندي أو قبلي كذا وكذا بخط يده قضى عليه؛ لأنه خرج مخرج الإقرار بالحقوق" تبصرة الحكام لابن فرحون 447/1) ، وبما أن نظام الإثبات نص على اعتبار المحرر العادي صادرًا ممن وقعه وحجة عليه ما لم ينكره وذلك حسب الفقرة (1) من المادة (29) وفق النص الآتي: « يعد المحرر العادي صادرًا ممن وقعه وحجة عليه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو ينكر ذلك خلفه أو ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق»، واعتبار النظام أيضًا الدليل الرقمي من أدلة الإثبات المعتبرة استنادًا لمواده ذوات الأرقام (53-54-55-57)[44].

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (30) من النظام ذاته قد أضفت حجية المحرر العادي على المراسلات الموقع عليها أو الثابت نسبتها إلى مرسلها ؛ مادام المرسل قد عجز عن إثبات أنه لم يرسل الرسالة ولم يكلف أحدا بإرسالها.[45]

وفي ذلك قضي "واستنادًا إلى المادة الثلاثين من ذات النظام، ونصها : تكون للمراسلات الموقع عليها أو الثابت نسبتها إلى مرسلها؛ حجية المحرر العادي في الإثبات ما لم يثبت المرسل أنه لم يرسل الرسالة»، والمادة الثالثة والخمسين، ونصها: «يعد دليلا رقميًّا كل دليل مستمد من أي بيانات تنشأ أو تصدر أو تسلم أو تحفظ أو تبلغ بوسيلة رقمية، وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بصورة يمكن فهمها والمادة الرابعة والخمسين ونصها: يشمل الدليل الرقمي الآتي: ١- وسائل الاتصال ... » ، والمادة الخامسة والخمسين، ونصها: «يكون للإثبات بالدليل الرقمي حكم الإثبات بالكتابة الوارد في هذا النظام» ولا ينال من ذلك ما قد يرد على دعوى المدعي من احتمال الاستيفاء ونحوه . لأن الأصل صحة المستندات وانشغال ذمة المدعى عليه بالمبلغ محل المطالبة والدفع بما يوجب العدول عن ذلك حق للمدعى عليه وقد أسقطه بتخلفه عن الحضور وعن تقديم الجواب رغم تبلغه الأمر الذي يتقرر به سلامة ما قدمه المدعي عما يعارضه ويتقرر به ثبوت المبلغ المطالب به في ذمة المدعى عليه"[46].

---

(43) انظر نص المادة (2/29) من نظام الإثبات.

(44) ينظر القضية رقم (4471158470) لعام 1444هـ، البوابة العلمية القضائية:)

https://sip.moj.gov.sa/filter/AnkAm details/

(45) انظر نص المادة (30) من نظام الإثبات.

(46) ينظر القضية رقم (4470411192) البوابة العلمية القضائية.

https://sip.moj.gov.sa/filter/AnkAm details/

كما قضي أيضًا " بناءً على ما سبق من الدعوى والإجراءات المتخذة فيها، وحيث ثبت للدائرة بعد عودة ملف القضية انتهاء تاريخ عقد الشراكة في 2022/8/12م، وحيث ثبت لدى الدائرة بموجب خطاب التعهد الصادر من المدعى عليه المتضمن إقراره بإعادة مبلغ 125,000 ريال للمدعية في أي وقت تشاء وذلك بطلب مسبق للمبلغ قبله بعام تقريبًا، فيصدق على هذا التعهد حجية الدليل الكتابي الوارد في المادة ٢٩ من نظام الإثبات، كما ثبت للدائرة تسلمه للذهب بقيمة 75 ألف ريال عبر محادثات رقمية ببرنامج (واتس أب) وهو دليل رقمي مكتسب وهو دليل رقمي مكتسب الحجية طبقا للمادة 3/57 من نظام الإثبات[47].

ويُلاحظ أن تسبيب هذا الحكم قد نص على أن (الواتس أب) مصنف ضمن المراسلات الرقمية.

أما دفاتر التجار الإلزامية المنتظمة، فقد قصرت المادة (1/31) حجيتها على التجار أنفسهم دون غيرهم واعتبرت رغم ذلك أن البيانات المثبتة فيها تصلح أساساً يجيز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لمن قوي جانبه من الطرفين، وذلك فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود وأضفت الفقرة الثانية من ذات المادة الحجية على الدفاتر التجارية الإلزامية المنتظمة لصاحبها التاجر ضد خصمه، على أن هذه الحجية تسقط عند إثبات العكس بكافة طرق الإثبات.[48]

وفي ذات الوقت تكون دفاتر التجار الإلزامية - منتظمة كانت أو غير منتظمة - حجة على صاحبها التاجر فيما استند إليه خصمه التاجر أو غير التاجر ؛ وفي هذه الحالة تعد القيود التي في مصلحة صاحب الدفاتر حجة له أيضاً، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من ذات المادة.

وفيما يخص الدفاتر والأوراق الخاصة فقد نفت عنهما المادة (32) الحجية في مواجهة من صدرت منه باستثناء الحالتين اللتين أوردتهما . وبالنسبة لتأشير الدائن على سند الدين بخطه دون توقيع منه، بما يفيد براءة ذمة المدين، فقد اعتدت به المادة (33) ، واعتبرته حجة على الدائن، ولو لم يكن بخطه ولا موقعا منه؛ ما دام السند لم يخرج قط من حيازته.[49]

المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير حجية الأدلة الرقمية بوجه عام

يتبين مما سبق أن نظام الإثبات رفع من قيمة الدليل الرقمي في الإثبات، فقد جعل قيمته تتساوى مع قيمة الأدلة الكتابية، كما أن هذه المساواة لم تقتصر على المحررات الرقمية فقط، بل شملت كل الأدلة الرقمية الأخرى بكافة أنواعها وصورها، ولعل من أبرز الأسباب التي دعت المنظم لإعطاء الدليل الرقمي هذه المكانة، كونه أصبح لغة العصر نتيجة لانتشاره في الكثير من التعاملات فمنحه القوة في الإثبات، وفي ذلك قضي "فيما عدا ما نصت عليه المادتان (السادسة والخمسين) و(السابعة والخمسين) من هذا النظام يكون للدليل الرقمي الحجية المقررة للمحرر العادي وفقًا لأحكام هذا النظام".[50]

وعلى الرغم من التقنيات الحديثة التي يتم استخدامها في حفظ الأدلة الرقمية، إلا أن تقدير مدى قدرة هذه التقنيات في حفظ وتأمين بيانات الدليل الرقمي وإمكانية قبوله في الإثبات تدخل في السلطة التقديرية للقاضي ناظر موضوع النزاع، بحيث تشرع المحكمة بفحص الدليل الرقمي والتأكد منه من خلال طرحه في الجلسة القضائية حتى تتم مناقشته بحضور أطراف الخصومة.

وتأسيساً لما سبق ذكره في سلطة القاضي التقديرية، فإن نظام الإثبات السعودي لم يغفل هذا الجانب بالتطرق للسلطة التقديرية للقاضي في مقارنة أدلة الإثبات، ومما لا شك فيه أن المقصود في هذا الجانب هي الأدلة التي لها القوة المطلقة في الإثبات والتي لها نفس الحجية والقوة في الإثبات، ولسنا بصدد الأدلة التي قد تكون أقل قوة من ذلك، فلو سلمنا جدلاً أن تعارض دليلين رقميين في ذات الدعوى أمام القاضي، فإن في هذه الحالة يتدخل القاضي بسلطته التقديرية بالمقارنة بين هذه الأدلة المعروضة أمامه.

(47) ينظر القضية رقم (439157315) لعام 1443هـ، البوابة العلمية القضائية.

https://sip.moj.gov.sa/filter/AnkAm details/

(48) انظر نص المادة (1/31) من نظام الإثبات.

(49) انظر نص المادة (32) والمادة (33) من نظام الإثبات.

(50) ينظر القضية رقم (4470375441) . لعام 1444هـ ، البوابة العلمية القضائية

https://sip.moj.gov.sa/filter/AnkAm details/

فقد نص نظام الإثبات على أنه دون إخلال بأحكام هذا النظام، إذا تعارضت أدلة الإثبات ولم يمكن الجمع بينها فتأخذ المحكمة منها بحسب ما يترجح لها من ظروف الدعوى، فإن تعذر ذلك فلا تأخذ المحكمة بأي منها، وفي جميع الأحوال يجب عليها أن تبين أسباب ذلك في حكمها"[51].

يستفاد مما ورد في هذه المادة من نظام الإثبات أن سلطة القاضي التقديرية في تقدير أدلة الإثبات المتعارضة تتم على ثلاثة مراحل يجب على القاضي مراعاتها عند النظر في الأدلة المقامة أمامه في الدعوى، وهي كالآتي:[52]

أولاً: فإن على القاضي المحاولة بالجمع والتوفيق بين أدلة الإثبات المتعارضة بوجه مقبول، وذلك لأن العمل بالدليلين خير من إعمال أحدهما وإهمال الأخر، فإن تعذر ذلك انتقل إلى المرحلة التالية.

ثانياً: إن تعذر على القاضي الجمع بين ا في الدعوى، لجأ إلى الترجيح فيما بينهم بوجه مقبول، فيقدم القاضي أحد الدليلين على الأخر، فإن تعذر عليه أحدهما على الأخر اتجه إلى المرحلة الثالثة والأخيرة في تقدير الأدلة.

ثالثاً: إن لم يتمكن القاضي من الجمع بين الأدلة أو الترجيح فيما بينهم، فإنه يسقط هذه الأدلة المتعارضة في الدعوى ولم يعمل منها شيء، فتكون كأن لم تكن وليس لها أثرها في الإثبات في الدعوى.

وفي ذلك قضي " وحيث إنه من المقرر في الأصول الشرعية والأنظمة المرعية لزوم نهوض الادعاء على البيئة المعتبرة لإثباته كمحل في الدعوى، وبما أن البيئة التي قدمها وكيل المدعية ترى الدائرة أنها موصلة للحق المطالب به، مما معه الدائرة إلى قبوله ولا ينال من ذلك ما دفع به وكيل المدعى عليها من إنكاره للتعامل وأن مطابقة الرصيد موقعه من غير المخول بالتوقيع، حيث قدم وكيل المدعية مراسلات (بريدية) مع مدير الشركة المدعى عليها تفيد وجود تعامل بين الطرفين ومراسلة عبر تطبيق (الواتس أب) مع مدير الشركة تفيد إقراره بصحة مطابقة الرصيد وهو مالا ينكره وكيل المدعى عليها[53].

كما يتضح أن سلطة المحكمة التقديرية في النظر بالأدلة المقدمة أمامها تكون أما بإسقاط قيمة هذه الأدلة من الدعوى أو بإنقاص قيمتها بالإثبات، ولكن هذه السلطة التقديرية من المحكمة مقيدة بأن على المحكمة أن تسبب قرارها سواء كان بالجمع أو الترجيح أو الإسقاط [54].

ووفقًا لما سبق فإن المنظم أشار أيضاً حالة أخرى ألا وهي في حال تعذر المحكمة من التحقق من صحة الدليل الرقمي بسبب لا يعود إلى أطراف الخصومة، فقد نص على أنه إذا تعذر التحقق من صحة الدليل الرقمي بسبب لا يعود للخصوم، فتقدر المحكمة حجيته بما يظهر لها من ظروف الدعوى" [55].

ويتضح مما سبق أن على المحكمة التأكد من صحة الدليل الرقمي وخلوه مما قد يشوبه من اختراق أو تعدي عليه بأي طريقه من طرق الاحتيال في تقنية المعلومات، وذلك بالتأكد من صحته حتى يستند القاضي بحكمه على الدليل المقام أمامه، فإن تعذر المحكمة التحقق من الدليل الرقمي بسبب لا علاقة للخصوم به، فإن للمحكمة بحسب ظروف الدعوى وما يظهر لها من الدليل أن تقدر حجيته وتأثيره على سريان الدعوى.

(51) نظام الإثبات السعودي، المادة (4).

(52) عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2002م، ص 125 .

(53) ينظر القضية رقم (4470411199) البوابة العلمية القضائية.

https://sip.moj.gov.sa/filter/AnkAm details/

(54) عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ، مرجع سابق، ص 125 .

(55) نظام الإثبات السعودي، المادة (62).

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة دراسة وصفية تحليلية للمحررات الرقمية في النظام السعودي وحجيتها في الإثبات، ولقد قمنا بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول ماهية المحررات الرقمية، والذي قسمناه إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول تعريف المحرر الرقمي وأنواعه، وفي المطلب الثاني: خصائص المحرر الرقمي وتمييزه عن غيره من المصطلحات، ثم تناولنا في المبحث الثاني حجية المحررات الرقمية في الإثبات ومدى سلطة القاضي التقديرية بشأنها، ولقد قمنا بتقسيمه على مطلبين، المطلب الأول تناولنا فيه حجية المحرر الرقمي في الإثبات، وتناولنا في المطلب الثاني سلطة القاضي في تقدير حجية الأدلة الرقمية بوجه عام.

النتائج:

1- لم يرد تعريف للمحرر الرقمي في نظام الإثبات السعودي، وإنما جاء ضمن تعريف الأدلة الرقمية بصفة عامة.

2- أن المحرر الرقمي يعد من الأدلة الرقمية الواردة في نظام الإثبات السعودى، وأن هذه الأدلة وردت على سبيل المثال لا الحصر.

3- وردت الأدلة الرقمية ضمن وسائل الإثبات في نظام الإثبات السعودي الجديد، إلا أن النظام قد عالج الأدلة الرقمية من ناحية إجرائية، وأحال الأحكام الموضوعية التي تحكم الأدلة الرقمية إلى أنظمة أخرى.

4- جاء نظام الإثبات بتعداد عدد من الأدلة الرقمية، وأحال إلى نظام المعاملات الإلكترونية والأنظمة ذات العلاقة لتعريفها، إلا أن نظام المعاملات قد خلط في تعريفه لبعض الأدلة الرقمية بين تلك الأدلة، كما أنه لم ترد فيه أي نصوص لتعريف بعض الأدلة الرقمية الأخرى.

5- يعتبر الدليل الرقمي وسيلة من وسائل الإثبات المعاصرة ، ويتمتع بقوة الدليل التقليدي.

6- أحسن المنظم السعودي صنعاً في إصدار نظام خاص بالإثبات ، وهو (نظام الإثبات) الصادر عام 1443هـ .

7- خصص النظام السعودي في نظام الإثبات باباً كاملا بعنوان (الدليل الرقمي)، وهذا يدل على أهمية هذا الدليل وقوته .

التوصيات:

1- في ضوء النتائج السابقة فإننا نوصي المنظم السعودي بإعادة تنظيم الأدلة الرقمية بشكل كامل في نظام الإثبات السعودي أو إعادة تنظيم الأحكام المتعلقة بالأدلة الرقمية الواردة في نظام التعاملات الإلكترونية لتتوافق مع نظام الإثبات الجديد.

2- نشر الثقافة الشرعية والقانونية والتي تبصر المجتمع بأهمية الدليل الرقمي .

3- الاعتناء بالتأليف والبحث العلمي وذلك فيما يتعلق بالدليل الرقمي بصفة عامة، والمحرر الرقمي بصفة خاصة، وإثراء هذا الجانب علمياً.

4- أوصى بإيجاد أنظمة خاصة تتعلق بالأدلة الرقمية ؛ وذلك لما لها من أهمية بالغة ولتطورها المستمر.

المصادروالمراجع

المراجع باللغة العربية:

أولا- الكتب

- أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2006م.
- إيهاب سمير محمد صالح ، الإثبات بالمحررات الإلكترونية ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة الأزهر ، غزة ، 2015
- إيهاب فوزي السقا، جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2008
- جميل صليبا، المعجم الفلسفي الجزء الأول ، دار الكتاب العالمي، الرياض، سنة 1994م.
- زياد ماجد العبد الجبار ، حجية الدليل الرقمي في الإثبات دراسة في نظام الإثبات السعودي مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلد 6. العدد 26، 2022م.
- سعيد عبد اللطيف حسن، إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999م.
- سمير عبد السميع الأودن العقد الإلكتروني، الناشر منشأة المعارف للنشر والتوزيع بمصر، طبعة 2005م.
- عامر محمود الكسواني ، التجارة عبر الحاسوب ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى ، 2008
- عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2002م
- عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الناشر دار الحلبي بلبنان الطبعة الأولى 2010م.
- عبد الحكم فودة: حجية الدليل الفني في المواد الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2014م.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968
- عبد الله ذيب محمود أسامة إسماعيل دراج: الوجيز في الجرائم الإلكترونية "القواعد الموضوعية والإجرائية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2022م.
- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، الطبعة الأولى 2005م.

ثانيًا- الرسائل:

- هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية ، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2016

ثالثًا- المقالات والدوريات

- محمد أحمد محمد حسانين ، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات ، وموقف النظام السعودي منها ، بحث منشور في المجلة القانونية، 2021.
- محمد عبد الحميد عرفة، مدى حجية الأدلة الإلكترونية الرقمية في الإثبات في المواد الجنائية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة ، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية المجلد الأول، 2018م.
- مسعود بن حميد المعمري، الدليل الإلكتروني لإثبات الجريمة الإلكترونية، مجلة القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد 6، 2018م،

رابعًا: الأنظمة والقوانين والقرارات الأنظمة واللوائح السعودية

- نظام التعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/18 وتاريخ 1428/3/8هـ
- نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) بتاريخ 1435/1/22هـ.
- نظام الإثبات السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/43) وتاريخ 1443/5/26هـ.

- ضوابط وإجراءات الإثبات إلكترونيا الصادرة بالقرار الوزاري رقم (921) وتاريخ 1444/3/16هـ. القوانين الأردنية.
- اللائحة التنفيذية لنظام المعاملات الإلكترونية الصادرة بتاريخ 1429/3/10هـ
- نظام المحاكم التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/93 وتاريخ 1441/8/15هـ.

خامسًا- القرارات:

- الأمر السامي رقم 2/12 وتاريخ 12/3/1422هـ وقرار مجلس الوزراء رقم 74 وتاريخ 5/3/1422هـ
- قرار الهيئة العامة للمحكمة العليا رقم (34) وتاريخ 24/04/1439هـ ثالثاً: الكتب القانونية
- قرار الهيئة العامة للمحكمة العليا رقم (35) وتاريخ 18/11/1439هـ

مو اقع الإنترنت

- القضية رقم (4471158470) لعام 1444هـ،
- القضية رقم (4471158470) لعام 1444هـ،
- القضية رقم (4470411192)
- القضية رقم (439157315) لعام 1443هـ
- القضية رقم (4470375441) . لعام 1444هـ ، البوابة العلمية القضائية
- القضية رقم (4470411199)

وهذه القضايا على الموقع الإلكتروني: البوابة العلمية القضائية.

https://sip.moj.gov.sa/filter/AnkAm details

المراجع باللغة بالأجنبية:

- D. Benichou, Le juge pénal, ses attentes, une preuve sûre et intelligible, in La preuve numérique à l'épreuve du litige, Actes de colloque du CNEJITA, 13 avril T+2010.
- J. Domat, "Les lois civiles dans leur ordre naturel", Paris, éd. Cavalier, t. 1, 1771.
- Mahougnon Franc KAI, La preuve numérique à l'épreuve de la cybercriminalité, Master Droit pénal international et européen, Mémoire de stage, Sous la supervision de Monsieur Baptiste NICAUD, 2021.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
جامعة الحسن الأول سطات
Labo de Recherche: Droit des Affaires
ISSN:2509-0291

التشريع المغربي ومبدأ الأمن الرقمي

Moroccan legislation and the principle of digital security

الدكتور : معاد اصويلح

دكتوراه في العلوم القانونية والسياسية جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس

مستخلص:

تتغي هذه الدراسة، تسليط الضوء على على أهم التشريعات الوطنية المؤطرة للفضاء الرقمي ولا سيما التشريعات المتعلقة بحماية المعاملات الإلكترونية والمعطيات الشخصية، ورصد مدى مواكبة هذه النصوص واستيعابها للتطورات المتسارعة، حيث يغدو تحقيق الأمن الرقمي وبناء الثقة الرقمية، في ظل تطور الجرائم ذات الطبيعة الرقمية؛ التي تهدد أمن وسلامة الأفراد والجماعات، ضرورة ملحة للتصدي لهذه الجرائم وإيقافها وإدارة الخطر الرقمي بجودة وفعالية. ولتحقيق هذه الغاية اعتمدت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المؤسسي القانوني.

وخلصت الدراسة إلى أن المغرب حاول تعزيز ترسانته القانونية بمجموعة من المقتضيات الزجرية، في عدد من التشريعات المتفرقة، لتطوير قدراته في حماية المعاملات الإلكترونية والمعطيات الشخصية، إلا أن هذه التشريعات المتفرقة قد تخلق نوعا من الفوضى والارتباك، ولذلك يقتضي الحال التعامل مع الجريمة الإلكترونية بنوع من الشمولية، من خلال النص على مجمل الجرائم الإلكترونية، وإصدار مدونة رقمية جامعة لكل الجوانب القانونية والمبادلات والعمليات التي تتم عبر الفضاء الرقمي.

الكلمات المفتاح: الأمن الرقمي، الجريمة الإلكترونية، التشريع.

Abstract

This study aims to shed light on the most important national legislations that frame the digital space, especially legislations related to the protection of electronic transactions and personal data, and monitor the extent to which these texts keep pace with and accommodate the accelerated developments, as achieving digital security and building digital trust, in light of the development of crimes of a digital nature; which threaten the security and safety of individuals and groups, an urgent need to address and stop these crimes and manage the digital threat with quality and effectiveness. To this end, the study adopted the descriptive-analytical approach and the institutional-legal approach.

The study concluded that Morocco has tried to strengthen its legal arsenal with a set of restraining requirements, in a number of different legislations, to develop its capabilities in protecting electronic transactions and personal data, but these different legislations may create a kind of chaos and confusion, and therefore the case requires dealing with cybercrime with a kind of comprehensiveness, through the provision of all electronic crimes, and the issuance of a digital code covering all legal aspects, exchanges and operations conducted through the digital space.

Keywords: digital security, cybercrime, legislation.

تقديم

انخرط المغرب في خيار الرقمنة وجعلها رافعة للتغيير والتنمية ووسيلة للإدماج الاقتصادي والاجتماعي والترابي، وأحد الآليات التي تمكن من تحقيق العديد من المكاسب سواء على مستوى تحسين الخدمات المقدمة للمواطنين والمقاولة، أو على مستوى تعزيز فعالية الإدارة والرفع من نجاعتها.

إلا أنه في ظل الثورة التكنولوجية التي يشهدها العالم، وعلى ضوء التطورات المتسارعة التي تعرفها تقنيات المعلومات والاتصالات56، يرتفع منسوب الخطر الذي يحدق بأمن واستقرار المؤسسات والأفراد على السواء، وتنتشر الجرائم المعلوماتية التي تتم في فضاء معقد متاح لأي شخص حول العالم ويتجاوز فيه السلوك المرتكب المكان بمعناه التقليدي، وتعتبر هذه الجرائم من أخطر وأعقد الجرائم باعتبارها عابرة للحدود وتمحي فيها الحدود الجغرافية، وتستخدم فيها أحدث التقنيات ويتوزع مرتكبوها على بلدان متعددة. فعلى الرغم من الفوائد الكبيرة التي يقدمها هذا التحول الرقمي للأفراد والشركات والإدارات؛ والتي تمتد إلى جميع قطاعات الاقتصاد وجميع جوانب الحياة الاجتماعية، فإنه يعرض أيضا جميع أصحاب المصلحة لمخاطر الأمن الرقمي التي يمكن أن تؤدي إلى خسائر مالية، أو تعطيل أو انقطاع الأنشطة، وسرقة الملكية الفكرية، وإلحاق الضرر بالسمعة، وانتهاكات البيانات والخصوصية، والتشكيك في حرية التعبير، وفقدان القدرة التنافسية، وكذلك الأضرار المادية والبيئية57...

أمام هذا الوضع يواجه النظام القانوني المغربي تحديات جمة، في ظل عدم كفاية النصوص القائمة لمواجهة الجرائم المعلوماتية بشتى أنواعها، ويغدو تحقيق الأمن الرقمي وبناء الثقة الرقمية، في ظل التطور المتسارع للجرائم ذات الطبيعة الرقمية؛ التي تهدد أمن وسلامة الأفراد والجماعات، ضرورة ملحة للتصدي لهذه الجرائم وإيقافها وإدارة الخطر الرقمي بجودة وفعالية.

إن تحقيق الأمن الرقمي يفرض تعزيز المنظومة التشريعية والتنظيمية، وتهيء البيئة القانونية المناسبة للتطور الذي يشهده مجال المعاملات التي تتم بطرق الكترونية من جهة، والجرائم المعلوماتية التي أخذت في العقود الأخيرة صورا متعددة من جهة أخرى.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن الأمن الرقمي والأمن السيبراني لهما هدف مشترك هو حماية الأشخاص والبيانات والأجهزة. لكن ومع ذلك، فهما يركزان على قضايا مختلفة ويتبعان نهجا مختلفا. فالأمن الرقمي يركز على سلامة تقنيات المعلومات مثل أنظمة الكمبيوتر والشبكات والبيانات من الهجمات أو التلف أو الوصول غير المصرح به. أما بالنسبة للأمن السيبراني، فهو مجموعة من التدابير والإجراءات وطرق إدارة المخاطر والأعمال والتكوينات وأفضل الممارسات والتكنولوجيات التي تسمح لنظام معلومات أن يقاوم أحداثا مرتبطة بالفضاء السيبراني، من شأنها أن تمس بتوافر وسلامة وسرية المعطيات المخزنة أو المعالجة أو المرسلة، والخدمات ذات الصلة التي يقدمها هذاالنظام أو تسمح بالولوج إليه58. إن الأمن السيبراني يتعامل مع التهديدات التي قد تكون موجودة أو غير موجودة في الفضاء الإلكتروني، مثل حماية حسابات وسائل التواصل الاجتماعي والمعلومات الشخصية وما إلى ذلك ؛ بينما يتعامل الأمن الرقمي بشكل أساسي مع أصول المعلومات وسلامتها وسريتها وتوافرها.

في هذا الإطار ستسعى هذه الورقة البحثية إلى رصد النصوص القانونية وتبين مدى مواكبتها واستيعابها للتطورات والتهديدات المتسارعة في مجال الأمن الرقمي، وذلك من خلال الوقوف على أهم التشريعات الوطنية المؤطرة للفضاء الرقمي ولا سيما التشريعات المتعلقة بحماية المعاملات الإكترونية والمعطيات الشخصية .

وللإجابة على هذه الإشكالية بامتداداتها، سنحاول معالجة هذا الموضوع اعتمادا على جماع من المناهج المساعدة التي تناسب طبيعته، وهي: أولا؛ المنهج الوصفي التحليلي من أجل الوقوف على مدى مواكبة التشريع المغربي لمتغيرات العالم الرقمي، وثانيا؛ المنهج المؤسسي القانوني، فنظرا لكون هذا المنهج من أبرز المناهج المعتمدة في دراسة وتحليل النظم القانونية ومتونها التنظيمية،

56 - يقدر الاتحاد الدولي للاتصالات أن حوالي 5.4 مليار شخص – أو 67 في المائة من سكان العالم-يستخدمون الإنترنت في عام 2023. ويمثل هذا زيادة بنسبة 45 في المائة منذ عام 2018 ، حيث يقدر أن 1.7 مليار شخص دخلوا الإنترنت خلال تلك الفترة. https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx

- OCDE, Recommandation du Conseil sur la gestion du risque de sécurité numérique, OECD/LEGAL/047957

58 - المادة 2 من القانون 05.20 المتعلق بالأمن السيبراني، الجريدة الرسمية عدد 6904، بتاريخ 9 ذو الحجة 1441 (30 يوليو 2020)، ص 4160.

وحيث إنه ينبني على خطوات وعناصر تكفل دراسة وتحليل النصوص الدستورية وشبهه، فقد تم استثمار المنهج المؤسسي القانوني وتوظيفه في علاج القضايا التي وقفت عندها هذه الورقة بالبحث والدراسة والتحليل..

وحتى يتسنى لنا دراسة إشكالية البحث، سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى المحورين التاليين:

- **المحور الأول**: التشريعات العامة المتعلقة بالفضاء الرقمي؛
- **المحور الثاني**: التشريع المغربي ودوره في في حماية المعاملات الإلكترونية والمعطيات الشخصية.

المحور الأول: التشريعات العامة المتعلقة بالفضاء الرقمي

سعى المشرع المغربي إلى مواكبة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمحاربة الجرائم الإلكترونية، وسن مجموعة من المقتضيات الزجرية المتفرقة في تشريعات ذات علاقة بالمجال المعلوماتي.

الفقرة الأولى: الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الجريمة المعلوماتية

انخرط المغرب في عدد من المعاهدات الدولية لتعزيز التعاون ومكافحة الجرائم المعلوماتية، ففي 2004 صادقت بلادنا على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية[59]، التي دعت جميع الدول إلى إبرام اتفاقيات قصد تعزيز محاربة الجرائم الالكترونية وتعزيز التعاون على منع هذه الجرائم ومكافحتها بمزيد من الفعالية، وفي 2014 تمت الموافقة على اتفاقية "بودابيست" المتعلقة بالجريمة المعلوماتية[60]، والتي تعد من أهم الاتفاقيات الرامية إلى مواءمة عناصر القانون الموضوعي الجنائي المحلي والأحكام المتصلة بالجرائم في مجال الجريمة الإلكترونية والتنصيص على صلاحيات القانون الإجرائي الجنائي الداخلي اللازمة للتحقيق في هذه الجرائم ومتابعتها قضائيا علاوة على الجرائم الأخرى التي ترتكب عن طريق نظام الكمبيوتر أو التي تكون الأدلة المتصلة بها في شكل إلكتروني وإلى إنشاء نظام سريع وفعال للتعاون الدولي. وقد عالجت هذه الاتفاقية الجرائم المستحدثة التي ينبغي على القانون الجنائي أخذها بعين الاعتبار والعقوبات المطبقة على مرتكبيها، وقد ميزت بين[61]:

- الجرائم التي تمس خصوصية وسلامة وتوافر بيانات ونظم الكمبيوتر[62]؛
- الجرائم ذات الصلة بالكمبيوتر[63]؛
- الجرائم ذات الصلة بالمحتوى[64]؛
- الجرائم المتعلقة بانتهاكات حقوق النشر والتأليف والحقوق ذات الصلة[65].

وتطرقت الاتفاقية في فصلها الثالث إلى تحديد القواعد الواجب اتباعها في تسليم المجرمين، وسبل تعزيز الحماية من الجرائم التقليدية والمعلوماتية، كما بينت طرق ربط الاتصال بين الدول الأعضاء من خلال النص على أن لكل دولة نقطة اتصال تعمل باستمرار على مدار 24 ساعة وطيلة أيام الأسبوع. وذلك بهدف ضمان تقديم المساعدة الفورية والفعالة أثناء التحقيق في الجرائم المرتبطة بنظم وبيانات إلكترونية، أو جمع الأدلة ذات الطابع الالكتروني عن هذه الجرائم.

هذه الاتفاقية شكلت خطوة هامة في مواجهة الجرائم العابرة للقارات، وقد أولت أهمية كبرى للإجراءات الجنائية، إلا أنها تركت الحرية للبلدان في سن تشريعات وطنية تلائم خصوصياتها، وهو ما أدى إلى وجود اختلافات تشريعية عديدة وشاسعة بين الدول،

---

59 - ظهير شريف رقم 1.02.132 صادر في 09 شوال 1424 (4 ديسمبر 2003) بنشر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة الموقعة بباليرمو في 12 ديسمبر 2000، الجريدة الرسمية عدد 5186، 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص 494.

60 - ظهير شريف رقم 1.14.85 صادر في 12 من رجب 1435 (12 ماي 2014) بتنفيذ القانون رقم 136.12 الموافق بموجبه على اتفاقية الجرائم المعلوماتية، الموقعة ببودابست في 23 نوفمبر 2001 وعلى البروتوكول الإضافي لهذه الإتفاقية، الموقع بستراسبورغ في 28 يناير 2003، الجريدة الرسمية: عدد 6260، 29 رجب 1435 (29 ماي 2014)، ص 4711.

61 - الباب الثاني من اتفاقية بودابست المتعلقة بالجريمة الإكترونية. متوفرة على الموقع الالكتروني https://rm.coe.int/budapest-convention-in-arabic/1680739173

62 - يتعلق الأمر بجرائم النفاذ غير المشروع الكامل أو الجزئي إلى نظام كمبيوتر، وجرائم الاعتراض غير المشروع لبيانات الكمبيوتر إلى أو من داخل نظام كمبيوتر، وجرائم التدخل في البيانات بإتلافها أو حذفها أو إفسادها أو تعديلها أو تدميرها، وجرائم التدخل في النظام، وجرائم إساءة استخدام الأجهزة.

63 - هذه الجرائم تهم التزوير المرتبط بالكمبيوتر، والاحتيال المرتبط بالكمبيوتر،

64 - يتعلق الأمر بالجرائم ذات الصلة بمواد إباحية عن الأطفال، سواء بإنتاجهذه المواد وتوزيعها عبر نظام الكمبيوتر أو عرضها أو حيازتها داخل نظام الكمبيوتر.

65 - الجرائم المتعلقة باتهاكات حقوق النشر والتأليف والحقوق ذات الصلة.

وخلق نوعا من التضارب بين التشريعات[66].

إلى جانب الاتفاقيات السابقة، كان المغرب قد صادق في 2013 على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات[67]، وجاءت هذه الاتفاقية رغبة من الدول العربية في تعزيز التعاون فيما بينها لمكافحة جرائم تقنية المعلومات التي تهدد أمنها ومصالحها وسلامة مجتمعاتها، واقتناعا منها بضرورة الحاجة إلى تبني سياسة جنائية مشتركة تهدف إلى حماية المجتمع العربي ضد هذا النوع من الجرائم.

إلا أنه من جملة ما يؤخذ على هذه الاتفاقية أن العديد من موادها يستخدم مصطلحات فضفاضة، سواء تعلق الأمر بالتجريم أو بجمع البيانات والمعلومات عن المستخدمين أو حتى المبادئ العامة التي استندت إليها، وهو الأمر الذي يمكن أن يؤثر سلبا على الحقوق والحريات التي تتصل بحرية التعبير والحق في الخصوصية، وبشكل عام تفتقد الاتفاقية مراعاة مبادئ الشفافية والوضوح والتناسب في صياغة موادها، مما يمكنه أن يشكل قيدا على نطاق واسع للنشاط الرقمي**68**.

الفقرة الثانية: التشريعات الوطنية ذات العلاقة بالفضاء الرقمي

أصبح تأمين ومراقبة المعلومات التي تنقلها نظم المعلومات قضية ملحة بشكل متزايد في عالم أصبحت فيه البيئة المرتبطة بتكنولوجيات المعلومات والاتصالات هدفا متزايدا لمختلف التهديدات. والواقع أن الهجمات الحاسوبية تتضاعف بجميع أشكالها ضد نظم المعلومات في مختلف البلدان، وأصبحت تمثل أحد التهديدات الرئيسية على المدى المتوسط والطويل.

وفي إطار مواجهة هذه التهديدات نص المشرع المغربي على مقتضيات زجرية في عدد من التشريعات المتفرقة ذات علاقة بالمجال المعلوماتي. وفي هذا الإطار صدر القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك [69] سنة 2011 الذي سعى إلى توفير الحماية للمستهلكين المتعاملين بالوسائل الإلكترونية، حيث نص في مادته 176 على عقوبة تتمثل في غرامة من 10000 إلى 50000 درهم بالنسبة للمورد الذي يقوم بكل إشهار كيفما كانت تقنية الاتصال عن بعد وذلك دون مراعاة أحكام المادتين 23 و24، فكل إشهار يجب أن يشير كيفما كان شكله، يمكن استقباله عبر خدمة للاتصالات موجهة للعموم إلى طبيعته الإشهارية بطريقة واضحة لا تحتمل أي لبس، كما يجب أن يحدد بوضوح المورد الذي أنجز لصالحه الإشهار (المادة 23)، ويجب، حسب المادة 24، على المورد عند القيام بكل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني، تقديم معلومات واضحة ومفهومة حول حق التعرض في المستقبل على تلقي الإشهارات، وتحديد وسيلة ملائمة لممارسة الحق المذكور بفعالية عن طريق البريد الإلكتروني ووضعها رهن تصرف المستهلك. وفي الوقت نفسه يمنع عند إرسال كل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني، استعمال العنوان الإلكتروني للغير أو هويته، وتزييف أو إخفاء كل معلومة تمكن من تحديد مصدر الرسالة الموجهة عن طريق البريد الإلكتروني أو مسار إرسالها.

ونجد أيضا، القانون رقم 13.108 المتعلق بالقضاء العسكري**70** لسنة 2014 ، حيث يعتبر أول قانون استعمل مصطلح " السيبراني" وليس فقط استعمال الأمن المعلوماتي كما وردت في بعض القوانين أبرزها، القانون 07.03 المتعلق بحماية نظام المعالجة الآلية للمعطيات سنة 2003 . فقد نصت المادة 3 من القانون المتعلق بالقضاء العسكري على أن المحكمة العسكرية تختص في " ... الجرائم المرتكبة في حالة حرب، ضد مؤسسات الدولة أو المرتكبة ضد أمن الأشخاص والأموال إذا ارتكبت لفائدة العدو أو كان لها تأثير على القوات المسلحة، وجرائم الإعداد لتغيير النظام أو الاستيلاء على جزء من التراب الوطني باستعمال السلاح، والجرائم المرتكبة ضد النظم المعلوماتية والاتصالاتية والتطبيقات الإلكترونية والمواقع السيبرانية التابعة للدفاع الوطني"، وبالتالي ففي

66 - محمد طاتي، الجريمة المعلوماتية بالتشريع المغربي –قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة وموقف القضاء-، مقال متوفر بالوقع الالكتروني https://www.maroclaw.com

67 - ظهير شريف رقم 1.13.46 صادر في فاتح جمادى الأولى 1434 (13 مارس 2013) بتنفيذ القانون رقم 75.12 الموافق بموجبه على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الموقعة بالقاهرة في 21 ديسمبر 2010، الجريدة الرسمية عدد: 6140، 23 جمادى الأولى 1434 (4 أبريل 2013)، ص 3023.

68 - محمد طاتي، المرجع نفسه.

69 - ظهير شريف رقم1.11.03 صادر في 14 ربيع الأول 1432(18 فبراير 2011)، المتعلق بتنفيذ القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص 1072.

70 - ظهير شريف رقم 1.14.187 صادر في 17 من صفر1436 (10 ديسمبر 2014)،بتنفيذ القانون 108.13 المتعلق بالقضاء العسكري، الجريدة الرسمية عدد 6322، بتاريخ 9 ربيع الأول 1436 الصادرة بتاريخ 9 ربيع الأول 1436 (فاتح يناير 2015)، ص 5.

حالة الجرائم السيبرانية المرتكبة ضد نظم المعلومات لإدارة الدفاع الوطني فهي تبقى من اختصاص القضاء العسكري، وقد عاقب المشرع على الأفعال المنصوص عليها في الفصول من 3-607 إلى 10-607 من القانون الجنائي إذا مست بنظم المعالجة الآلية للمعطيات التابعة للدفاع الوطني أيا كانت الدعامة أو الوسيلة المستعملة لارتكاب هذه الجرائم وذلك بعقوبة السجن من خمس إلى عشر سنوات، وبغرامة من 10000 إلى 2000000 درهم**71**. كما عاقبت المادة 210 من هذا القانون بالعقوبات المنصوص عليها في المادة209 ، كل من عيب أو أتلف أو خرب نظم ووسائل الاتصال التابعة للدفاع الوطني أو اخترقها أو عرقلها أو قام بتسجيل مضمونها أو أخذ نسخا منها أو حجزها أو قام بالتشويش عليها.

واستكمالا لهذه الترسانة التشريعية، صدر قانون رقم 05.20 المتعلق بالأمن السيبراني**72** سنة 2020 ، وهو قانون يبتغي حماية النظم والشبكات المعلوماتية الخاصة بالمؤسسات وكذا مستغلي الشبكات العامة للمواصلات ومزودي خدمات الانترنت ومقدمي خدمات الأمن السيبراني ومقدمي الخدمات الرقمية وناشري منصات الانترنت.

وبالإضافة لهذه القوانين، خصص المشرع مجموعة من المقتضيات الزجرية في:

- القانون 24.96 لسنة 1997 المتعلق بالبريد والمواصلات**73**، كما هو الشأن في حالة إنجاز إرسال راديوي إذا استخدم عمدا رمز نداء من السلسلة الدولية مخصصا لمحطة تابعة للدولة أو لمحطة تابعة للشبكة العامة للمواصلات أو لمحطة خصوصية مرخص لها من طرف الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات، أو القيام ببعض الأفعال المنصوص عليها في المادة 83 من هذا القانون**74**.
- القانون 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب**75**، وهو القانون الذي حدد من بين الجرائم التي تعتبر أفعالا إرهابية، الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، كما اعتبر، فعلا إرهبيا، تجنيد بأي وسيلة كانت أو تدريب أو تكوين شخص أو أكثر من أجل الالتحاق بكيانات أو تنظيمات أو عصابات أو جماعات إرهابية داخل المملكة المغربية أو خارجها، وعاقب على ذلك بالسجن من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة تتراوح بين 5000 و10000 درهم**76**.
- القانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك**77**، نص على عقوبة تتمثل في غرامة من 10000 إلى 50000 درهم بالنسبة للمورد الذي يرسل أي إشهار عن طريق البريد الإلكتروني دون الموافقة المسبقة والحرة والصريحة للمستهلك بعد إخباره كما يعاقب بنفس العقوبة كل من قام بإرسال إشهار عن طريق البريد الإلكتروني عندما يتم استعمال البريد الإلكتروني أو هوية الغير، أو عندما يتم تزييف أو إخفاء أي معلومة تمكن من تحديد مصدر الرسالة الموجهة عبر البريد الإلكتروني أو مسار إرسالها.
- القانون 103.13 المتعلق بالعنف ضد النساء**78**، الذي تطرق للعنف ضد المرأة بجميع أشكاله، بما فيها العنف الالكتروني

71- المادة 209 من القانون رقم 108.13 المتعلق بالقضاء العسكري.

72- ظهير شريف رقم 1.20.69 صادر في 4 ذي الحجة 1441 (25 يوليو 2020)، بتنفيذ القانون 05.20 المتعلق بالأمن السيبراني، الجريدة الرسمية عدد 6904، بتاريخ 9 ذو الحجة 1441 (30 يوليو 2020)، ص 4160.

73 - القانون رقم 24.96 المتعلق بالبريد والمواصلات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.162 بتاريخ 2 ربيع الآخر 1418 (7 أغسطس 1997)، كما وقع تغييره وتتميمه، الجريدة الرسمية عدد 4518 بتاريخ 15 من جمادى الأولى 1418 (18 سبتمبر 1997)، ص 3721.

74 - يعاقب بالحبس من شهرإلى سنتين وبغرامة من10.000إلى200.000درهم:

- كل من أحدث أوأمر بإحداث شبكة مواصلات دون الحصول على الترخيص المنصوص عليه في المادة الثانية أعلاه أو استمر في استغلال شبكته خرقا لمقرر التوقيف أو سحب الترخيص؛
- كل من قدم أو أمربتقديم خدمة مواصلات دون الحصول على الترخيص المنصوص عليه أو استمر في تقديم الخدمة بعد صدور مقرر توقيف أو سحب الترخيص؛
- كل من أحدثا لشبكات أوالتجهيزات الراديو كهربائية المشار إليها في المادة 19ه مخالفا بذلك الشروط المحددة من طرف الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات؛
- كل من استعمل ترددا راديويا بدون ترخيص من الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات.

75 - الجريدة الرسمية، عدد 5112، بتاريخ 27 ربيع الأول 1424 (29 ماي 2003)، ص 1755

76 - المادة الأولى، الفصل1-1-218، القانون 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب.

77 - ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، بتنفيذ القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية، عدد 5932، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص 1072.

78 - القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم.1.18.19 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018) ص 1449.

الذي يعد يعد عنفا مرتبطا بالجال الرقمي، حيث جرم، في إطار حماية الحياة الخاصة الرقمية للنساء، أفعال التقاط أو تسجيل أو بث أو توزيع اقوال أو معلومات تخصهن بطريقة غير مشروعة.

المحور الثاني: التشريع المغربي ودوره في في حماية المعاملات الإلكترونية والمعطيات الشخصية

سن المشرع المغربي تشريعات تتلاءم وخصوصية الجريمة المعلوماتية، بعد أن أبان الواقع عن أزمة واضحة في تكييف هذه الأفعال المستجدة طبقا للقواعد القانونية التقليدية لاسيما على المستوى الجنائي، وذلك بغرض احتواء هذا النوع من الجرائم وتقوية مناعة نظم المعلومات الوطنية لمواجهة المخاطر المحدقة بها والحفاظ على منظومة وطنية متكاملة وفعالة لأمن نظم المعلومات تأخذ بعين الاعتبار السياق الوطني والدولي.

في هذا الإطار سعى المشرع المغربي، ومنذ تسعينيات القرن الماضي، إلى سن قوانين خاصة لسد الفراغ القانوني في المجال الرقمي، أو إضافة نصوص أخرى لمجموعة القانون الجنائي تتماشى وخصوصية الجريمة الإلكترونية.

الفقرة الأولى: الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية

سعى المشرع المغربي إلى تهيئة بيئة قانونية تناسب التطور المذهل في مجال المعاملات التي تتم بطرق الكترونية، وبالتالي الانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الالكتروني، ويأتي في هذا السياق صدور القانون رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية[79]، الذي حدد من خلاله المشرع أولا النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة إلكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة إلكترونية، وعلى التوقيع الإلكتروني، وثانيا الإطار القانوني المطبق على العمليات المنجزة من قبل مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية وكذا القواعد الواجب التقيد بها من لدن مقدمي الخدمة المذكورين ومن لدن الحاصلين على الشهادات الإلكترونية المسلمة[80].

إضافة إلى ذلك، نص المشرع على مجموعة من العقوبات والتدابير الوقائية لها علاقة بالجرائم الإلكترونية، حيث نص على معاقبة:

- كل من قدم خدمات للمصادقة الإلكترونية المؤمنة دون أن يكون معتمدا وفق الشروط المنصوص عليها[81]؛
- كل من أفشى المعلومات المعهود بها إليه في إطار ممارسة نشاطاته أو وظيفته أو حرض على نشرها أو ساهم في ذلك[82]؛
- كل من أدلى عمدا بتصاريح كاذبة أو سلم وثائق مزورة إلى مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية[83]؛
- كل من استورد أو صدر أو ورد أو استغل أو استعمل إحدى الوسائل أو خدمة من خدمات تشفير دون الإدلاء بالتصريح أو الحصول على الترخيص المنصوص عليهما[84]؛
- كل من استعمل ، بوجه غير قانوني ، العناصر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلقة بتوقيع الغير[85]؛
- كل مقدم لخدمات المصادقة الإلكترونية لا يتقيد بوجوب إخبار السلطة الوطنية[86]؛
- كل صاحب شهادة إلكترونية استمر في استعمال الشهادة المذكورة بعد انتهاء مدة صلاحيتها أو بعد إلغائها[87]؛

---

79 - ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، الجريدة الرسمية: عدد 5584، 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3879.

80 - المادة الأولى من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية.

81 - حسب المادة 29 من القانون رقم 53-05، يعاقب بغرامة من 10000 ألى 100000 درهم وبالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة.

82 - حسب المادة 30 من القانون رقم 53-05، يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 50.000 درهم.

83 - حسب المادة 31 من القانون رقم 53-05، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 درهم.

84 - حسب المادة 32 من القانون رقم 53-05، يعاقب بالحبس لمدة سنة وبغرامة مبلغها 100.000 درهم.

85- حسب المادة 35 من القانون رقم 53-05، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم.

86- حسب المادة 36 من القانون رقم 53-05، يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم وبالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر.

87- حسب المادة 37 من القانون رقم 53-05، يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم وبالحبس من ستة أشهر إلى سنتين.

- كل من استعمل بصفة غير قانونية عنوانا تجاريا أو إشهارا وبشكل عام كل عبارة تحمل على الاعتقاد أنه معتمد**88**؛

وفي إطار تعزيز المنظومة القانونية في مجال المعاملات الالكترونية، أصدر المشرع في 2020 القانون رقم 20-43 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الالكترونية**89**، ويهدف هذا القانون إلى تحديد النظام المطبق على خدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية، وعلى وسائل وخدمات التشفير وتحليل الشفرات وكذا على العمليات المنجزة من قبل مقدمي خدمات الثقة والقواعد الواجب التقيد بها من لدن هؤلاء ومن لدن أصحاب الشهادات الإلكترونية. ويحدد كذلك اختصاصات السلطة الوطنية لخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية المعينة بنص تنظيمي والمشار إليها في هذا القانون "بالسلطة الوطنية."

وقد نص المشرع في ظل هذا القانون على ترسانة من العقوبات تتراوح بين غرامات مالية أدناها 10000درهم وأقصاها 500000 درهم، وعقوبات حبسية تمتد من شهر إلى خمس سنوات**90**، وذلك في حال تقديم خدمات ثقة مؤهلة دون اعتماد أو دون القيام بالتصريح أو في حالة إفشاء مقدم خدمة ثقة معلومات معهود بها إليه في إطار ممارسة أنشطته، أو في حالة الإدلاء بتصريحات كاذبة أو تسليم وثائق مزورة إلى مقدم خدمات الثقة من أجل الحصول على خدمة الثقة، أو في حال استيراد أو تصدير أو تقديم إحدى وسائل التشفير وتحليل الشفرات أو خدمة من خدماتها دون القيام بالتصريح أو الحصول على الترخيص، أو عند استعمال معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني أو إنشاء الخاتم الإلكتروني التي تخص الغير بوجه غير قانوني...

الفقرة الثانية: الحماية القانونية للمعطيات الشخصية

أصبح نطاق ومجال المعطيات الشخصية يتسع بشكل متزايد بسبب تطور وسائل التواصل والاتصال، وكذا بسبب تعدد استخدامات تلك المعطيات، وهو ما ترتب عنه بالمقابل تنامي ملحوظ في المخاضر التي تحدق بهذه المعطيات بالنظر لإمكانية انتهاكها والمساس بالبيانات المتعلقة بالحياة الخاصة. وقد فرض هذا الواقع على المشرع التدخل لوضع مجموعة من الضوابط الحمائية وإحداث أجهزة خاصة بالمراقبة والتتبع قصد حماية تلك المعطيات ومراقبة استعمالاتها والحد من كل ما يمكن أن يمس بسلامتها. في هذا الصدد عمد المشرع المغربي إلى إصدار كل من القانون 09.08 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية[91] في عام 2009، الذي أضفى حماية قانونية على المعطيات الشخصية من كل مساس أو استغلال غير مشروع، وقبل ذلك كان قد أصدر في عام 2003 القانون 03.07 المتمم للقانون الجنائي والمتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات[92]، والذي يحمي أي مس بالمعطيات الشخصية من قبل الأغيار.

1- القانون 08.09 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية

تكريسا لمقتضيات الدستورعمل المشرع المغربي على وضع إطار قانوني لضمان وحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي للأفراد، ومن أجل التوفيق بين حاجة المؤسسات إلى استعمال تلك المعطيات الشخصية وضرورة مراعاة حقوق الأشخاص المعنيين بها، فقد تم اعتماد القانون 08.09 لتنظيم وحماية هذه المعطيات الشخصية، كما تم بموجبه إحداث اللجنة الوطنية لمراقبة المعطيات ذات الطابع الشخصي للسهر على ضبط وحماية المعطيات الشخصية.

نص المشرع من خلال هذا القانون على أن المعلوميات في خدمة المواطن، وتتطور في إطار التعاون الدولي، ويجب ألا تمس بالهوية والحقوق والحريات الجماعية أو الفردية للإنسان، وينبغي ألا تكون أداة لإفشاء أسرار الحياة الخاصة للمواطنين**93**.

88- حسب المادة 37 من القانون رقم 53-05، يعاقب بغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم.

89 - ظهير شريف رقم 1-20-100 صادر في 16 من جمادى الأولى 1442 (31 ديسمبر 2020) بتنفيذ القانون رقم 20-43 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية، الجريدة الرسمية: عدد 6951، 27 جمادى الأولى 1442 (11 يناير 2021)، ص 271.

90- المواد 62 و63 و64 و65 و66 و68 و69 و70 و72 و73 و74 من القانون رقم 20-43 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الالكترون

91 - ظهير شريف رقم 1.09.15 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة رسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص 522.

92 - قانون 03.07 المتمم لمجموعة القانون الجنائي فيما يتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 197.03.1 بتاريخ 16 رمضان 1424 (11 نونبر 2003)، الجريدة الرسمية: عدد 5171 بتاريخ 27 شوال 1424 (22 دجنبر 2003)، ص4284

93 - المادة الأولى من القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

وأكد المشرع أيضا على أن المعطيات ذات الطابع الشخصي يجب أن تعالج بطريقة نزيهة ومشروعة، ومن أجل غايات محددة ومعلنة ومشروعة وألا تعالج لاحقا بطريقة تتنافى مع تلك الغايات، وأن تكون ملائمة ومناسبة غير مفرطة بالنظر إلى الغايات التي تم تجميعها ومعالجتها لاحقا من أجلها، بالإضافة إلى وجوب الحرص على أن تكون صحيحة، واتخاذ كل التدابير المعقولة حتى يتم مسح أو تصحيح المعطيات، والحفاظ عليها وفق شكل يمكن من التعرف على الأشخاص المعنيين طوال مدة لا تتجاوز المدة الضرورية لإنجاز الغايات التي تم جمعها ومعالجتها لاحقا من أجلها**94**.

وفي إطار تنزيل مقتضيات القانون المتعلق بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، تم إصدار مجموعة من النصوص التنظيمية أهمها المرسوم التطبيقي رقم 2.09.165 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصية**95**، الذي تم بموجبه تحديد هيكلة واختصاصات اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي وتحديد كيفية معالجة المعطيات الشخصية والتاريخية والإحصائية والعلمية والصحية والجينية وغيرها.

وتختص هذه اللجنة بموجب المرسوم رقم 2.09.165 بمهمة التحقق من أن عمليات معالجة المعطيات الشخصية تتم بشكل قانوني وأنها لا تمس بالحياة الخاصة أو بحريات وحقوق الإنسان الأساسية. وتشمل مهامها الإخبار والتحسيس، والاستشارة والاقتراح، والحماية، والتحري والمراقبة، واليقظة القانونية والتكنولوجية**96**.

أ- الإخبار والتحسيس:

-تقوم اللجنة بمهمة إخبار وتحسيس الأفراد والهيئات والمؤسسات العمومية والخاصة من خلال :

- إطلاع الأفراد والهيئات على الحقوق المتعلقة بمعالجة المعطيات الشخصية التي يمنحها لهم؛

- إرشاد وتوجيه الأفراد لحمايتهم من كل استعمال متعسف لمعطياتهم الشخصية؛

- تحسيس الهيئات العمومية والخاصة بالتزاماتهم القانونية وتحفيزهم على القيام بأفضل السبل والوسائل في مجال معالجة المعطيات؛

- إرشاد وتوجيه مسؤولي المعالجة للانخراط في عملية ملاءمة تفضي إلى الانسجام مع مقتضيات القانون 08.09 ونصوصه التطبيقية؛

- توضيح القواعد والآليات والمساطر التي تؤطر نقل المعطيات الشخصية إلى الخارج لفائدة الفاعلين الاقتصاديين .

ب- الاستشارة والاقتراح

تقوم اللجنة الوطنية بتقديم المشورة للحكومة والبرلمان والإدارة عموما فيما يتعلق بحماية المعطيات الشخصية. لهذه الغاية فاللجنة:

تدلي برأيها حول مشاريع ومقترحات القوانين ومشاريع النصوص التنظيمية ذات الصلة بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

تساعد الحكومة في تحضير وتحديد الموقف المغربي أثناء المفاوضات الدولية في مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

تقدم للحكومة كل مقترح يخص حماية المعطيات الاسمية

ج- الحماية

تعد اللجنة الوطنية الهيئة المغربية الرسمية التي أنيط بها حماية المعطيات الشخصية. هذه الصفة تسمح لها بالعمل على إضفاء المزيد من الشفافية في مجال استعمال المعطيات الشخصية من طرف المؤسسات العمومية والخاصة، وكذا ضمان التوازن بين الحياة الخاصة للأفراد وحاجة المؤسسات إلى استعمال المعطيات الشخصية في أنشطتها.

لتأمين هذا الدور تقوم اللجنة الوطنية بالمهام التالية:

---

94 - المادة الثالثة من القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

95 - مرسوم رقم 2.09.165 الصادر في 25 من جمادى الأولى 1430 (21 ماي 2009) لتطبيق القانون المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية: عدد 5744، 24 جمادى الآخرة 1430 (18 يونيو 2009)، ص 3571.

96 - هذه المهام متاحة على الموقع الرسمي للجنة https://www.cndp.ma/ar

- معالجة الشكايات الواردة من الأفراد.
- البث في التصاريح وطلبات الإذن الواردة من مسؤولي المعالجة.
- مسك السجل الوطني

د- التحري والمر اقبة:

تقوم اللجنة في إطار الحماية القانونية للمعطيات الشخصية بالعمل على إضفاء الشفافية في مجال استعمال المعطيات الشخصية من طرف المؤسسات العمومية والخاصة، والعمل على تحقيق التوازن بين الحياة الخاصة للأفراد وحاجة المؤسسات إلى استعمال المعطيات الشخصية في أنشطتها، من خلال:

- تلقي الشكايات من الأفراد ومعالجتها؛
- البث في التصاريح وطلبات الإذن الواردة من مسؤولي المعالجة؛
- مسك السجل الوطني.

في مجال المراقبة تقوم اللجنة الوطنية بعمليات التحري والبحث التي تمكنها من مراقبة عمليات معالجة المعطيات الشخصية للتأكد من توافقها مع مقتضيات القانون 08.09 ونصوصه التطبيقية. حيث يمكن لأعوان اللجنة المفوضين الولوج لكل العناصر الخاصة بالمعالجة (المعطيات، التجهيزات، البنايات، دعائم حفظ المعلومات وغيرها).

وتقوم اللجنة الوطنية أيضا بمراقبة ودراسة وتحليل التوجهات والتحولات التكنولوجية والاقتصادية والقانونية والمجتمعية التي يمكن أن تؤثر على مجال حماية المعطيات الشخصية بالمغرب .

يترتب عن أعمال المراقبة إصدار عقوبات إدارية أو مالية أو المتابعة الجنائية أمام القضاء.

هـ - صلاحيات نقل المعطيات الشخصية إلى الخارج:

- يتم نقل المعطيات الشخصية إلى الخارج حسب الحالات التالية:
- نحو بلد يوجد ضمن اللائحة التي حددتها اللجنة الوطنية؛
- نحو بلد لا يوجد ضمن اللائحة التي حددتها اللجنة الوطنية بشرط توفر أحد الشروط التالية:

1- حين يعبر الشخص المعني صراحة عن رضاه بعملية النقل.

2- إذا كان النقل ضروريا إما للمحافظة على حياة الشخص المعني؛ أو للمحافظة على المصلحة العامة؛ أو لاحترام التزامات تسمح بضمان إثبات حق أمام العدالة أو ممارسته أو الدفاع عنه؛ أو لتنفيذ مقتضيات عقد بين المسؤول عن المعالجة والشخص المعني؛ أو لتنفيذ عقد مبرم بين المسؤول عن المعالجة وأحد الأغيار لمصلحة الشخص المعني؛ أو لتنفيذ إجراء متعلق بتعاون قضائي دولي؛ أو للوقاية من إصابات مرضية أو فحصها أو معالجتها.

3- تنفيذا لاتفاق دولي يكون المغرب عضوا فيه؛

4- بناء على إذن صريح من اللجنة الوطنية إذا كانت المعالجة تضمن مستوى كاف من الحماية للحياة الشخصية وكذا الحريات والحقوق الأساسية للأشخاص، لاسيما بالنظر إلى بنود عقد أو نظام داخلي للمؤسسة تخضع له.

2- القانون 07.03 المتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات

يعد هذا القانون97 من أهم النصوص التي أضيفت لمجموعة القانون الجنائي المغربي من أجل سد الفراغ في مجال مكافحة الجريمة الإلكترونية، ويحتوي هذا القانون على تسعة فصول من مجموعة القانون الجنائي المغربي، تناولت القضايا المتعلقة بالإخلال بنظم سير المعالجة الآلية للمعطيات، وشكلت الإطار القانوني الخاص بتجريم الأفعال التي تعتبر جرائم ضد نظم المعالجة الآلية للمعطيات. ويهدف المشرع من خلال هذا القانون إلى الوقاية من الجريمة الإلكترونية وزجر مقترفيها، وتأمين إجراء المعاملات

97 - القانون رقم 07.03 بتتميم مجموعة القانون الجنائي فيما يتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.197 بتاريخ 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003)، الجريدة الرسمية: عدد 5171، بتاريخ 27 شوال 1424 (22 ديسمبر 2003)، ص 4284 .

الإلكترونية مهما كانت طبيعتها وتوفير الثقة للمستهلكين فيها.

انطلاقا من هذا القانون، نص المشرع على قيام المسؤولية الجنائية بمجرد الولوج إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال98، دون استلزام قصد خاص أو شرط معين ، فالجريمة تقع بمجرد القيام بهذا النشاط المجرم، ولا يهم أن تحدث نتيجة معينة، فهي جريمة خطر وليس جريمة ضرر99، أي أن المهم هو أن العملية تمت، سواء كان المتهم عالما بعدم موافقة صاحب النظام أو غير عالم بذلك، وذلك عل خلاف بعض التسريعات التي قيدت تجريم الدخول بضرورة توافر قصد جنائي خاص لدى المتهم، يتجلى في ضرورة التأثير في نظام المعالجة كما هو الحال بالنسبة للقانون الألماني100.

وقد حصر هذا القانون الأفعال المجرمة في :

– الدخول الاحتيالي إلى مجموع أو بعض نظم للمعالجة الآلية للمعطيات؛

– حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو التسبب في اضطراب في سيره؛

– العرقلة العمدية لسير نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو إحداث خلل فيه؛

– إدخال معطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو إتلافها أو حذفها منه أو تغيير المعطيات المدرجة فيه أو تغيير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها بشكل احتيالي؛

– التزوير أو التزييف لوثائق المعلوميات أيا كان شكلها إذا كان من شأن التزوير أو التزييف إلحاق ضرر بالغير؛

– استعمال وثائق معلوميات مزورة أو مزيفة؛

– صنع تجهيزات أو أدوات أو إعداد برامج للمعلوميات أو أية معطيات أعدت أو اعتمدت خصيصا لارتكاب هذه الجرائم أو تملكها أو حيازتها أو التخلي عنها للغير أو عرضها رهن إشارة الغيرة؛

- محاولة ارتكاب الجرائم المذكورة أعلاه؛
- المشاركة في عصابة أو اتفاق لأجل الإعداد لواحدة أو أكثر من الجرائم المذكورة أعلاه.

من خلال هذه الجرائم التي حددها المشرع، يستشف أن الأفعال المجرمة تنصب على البيانات أو المعطيات بشكل أساسي، أو ما يسميه بعض الفقه بالأملاك غير المادية101، وفي ذلك خروج عن التقسيم المتعارف عليه، من تقسيم الجرائم إلى جرائم تمس الأشخاص أو الأموال، وإن كانت البيانات والمعطيات تنطوي على أعمال إجرامية لها قيمة مالية أو اقتصاديةأو معرفية أو شخصية...، إلا أن الملاحظ على هذا المستوى أن المشرع المغربي اكتفى بعبارات البيانات دون أن يضيف لها مصطلح المعلوماتية، وهو ما يجب تداركه، لأن البيانات يمكن أن تكون غير معلوماتية، وأن ما يميز البيانات في هذا المجال هو الصفة المعلوماتية التي تتمتع بها في علاقتها بالبيانات والمعطيات المادية102.

خاتمة

يتضح أن المغرب، وفي إطار مكافحة الجرائم المعلوماتية، صادق على عدد من الاتفاقية الدولية التي تصدت لهذا الموضوع، وحاول تعزيز ترسانته القانونية بمجموعة من المقتضيات الزجرية، في عدد من التشريعات المتفرقة. ويبدو أنه في إطار التحديات والمخاطر المرتبطة بمنظور الانفتاح والتنمية، يواجه بلدنا الآن ، من ناحية ، التزاما بإنشاء آليات لحماية نظم المعلومات والدفاع عنها للإدارات والهيئات العامة والبنى التحتية ذات الأهمية الحيوية ، ومن ناحية أخرى ، لتوعية الشركات والمواطنين بالقضايا والمخاطر المتعلقة بتهديدات الكمبيوتر.

98 - الفصل 3- 607 من القانون رقم 07.03 – يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 10000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال.

99 - عبد السلام بنسليمان، الإجرام المعلوماتي في التشريع المغربي: دراسة نقدية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2020، ص 73.

100 - عبد السلام بنسليمان، المرجع نفسه.

- Mohamed Ouzgane, la criminalité informatique au regard du droit pénal marocain, centre marocain des études juridiques, Tome I ; 2005 ; P 236.101

102 - عبد السلام بنسليمان، مرجع سابق، ص 67.

ISSN:2509-0291

وللقيام بذلك، يجب تعزيز القدرات الوطنية من حيث أمن نظم المعلومات للإدارات والهيئات العامة والبنى التحتية ذات الأهمية الحيوية، والتعامل بشمولية مع خطورة الجريمة المعلوماتية، بدلا من وجود تشريعات متفرقة تخلق نوعا الفوضى والغموض والارتباك وذلك عبر النص على مجمل الجرائم الإلكترونية، وإصدار مدونة رقمية جامعة لكل الجوانب القانونية والمبادلات والعمليات التي تتم عبر الفضاء الرقمي.

لائحة المراجع

- اتفاقية بودابست المتعلقة بالجريمة الإلكترونية. متوفرة على الموقع الالكتروني https://rm.coe.int/budapest-convention-in-arabic/1680739173

- القانون رقم 24.96 المتعلق بالبريد والمواصلات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.162 بتاريخ 2 ربيع الآخر 1418 (7 أغسطس 1997)، كما وقع تغييره وتتميمه، الجريدة الرسمية عدد 4518 بتاريخ 15 من جمادى الأولى 1418 (18 سبتمبر 1997)، ص 3721.

- القانون رقم 07.03 بتتميم مجموعة القانون الجنائي فيما يتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.197 بتاريخ 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003)، الجريدة الرسمية: عدد 5171، بتاريخ 27 شوال 1424 (22 ديسمبر 2003)، ص 4284 .

- القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم.1.18.19 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018) ص 1449.

- ظهير شريف رقم 1.02.132 صادر في 09 شوال 1424 (4 ديسمبر 2003) بنشر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة الموقعة بباليرمو في 12 ديسمبر 2000، الجريدة الرسمية عدد 5186، 21 ذو الحجة 1424 (12 فيراير 2004)، ص 494.

- ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، الجريدة الرسمية: عدد 5584، 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3879.

- ظهير شريف رقم 1.09.15 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة رسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص 522.

- ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، بتنفيذ القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية، عدد 5932، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص 1072.

- ظهير شريف رقم 1.13.46صادر في فاتح جمادى الأولى 1434 (13 مارس 2013) بتنفيذ القانون رقم 75.12 الموافق بموجبه على الاتفاقيى العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الموقعة بالقاهرة في 21 ديسمبر 2010، الجريدة الرسمية عدد: 6140، 23 جمادى الأولى 1434 (4 أبريل 2013)، ص 3023.

- ظهير شريف رقم 1.14.187 صادر في 17 من صفر1436 (10 ديسمبر 2014)، بتنفيذ القانون 108.13 المتعلق بالقضاء العسكري، الجريدة الرسمية عدد 6322، بتاريخ 9 ربيع الأول 1436 الصادرة بتاريخ 9 ربيع الأول 1436 (فاتح يناير 2015)، ص 5.

- ظهير شريف رقم 1.14.85 صادر في 12 من رجب 1435 (12 ماي 2014) بتنفيذ القانون رقم 136.12 الموافق بموجبه على اتفاقية الجرائم المعلوماتية، الموقعة ببودابست في 23 نوفمبر 2001 وعلى البروتوكول الإضافي لهذه الإتفاقية، الموقع بستراسبورغ في 28 يناير 2003، الجريدة الرسمية: عدد 6260، 29 رجب 1435 (29 ماي 2014)، ص 4711.

- ظهير شريف رقم 1.20.69 صادر في 4 ذي الحجة 1441 (25 يوليو 2020)، بتنفيذ القانون 05.20 المتعلق بالأمن السيبراني، الجريدة الرسمية عدد 6904، بتاريخ 9 ذو الحجة 1441 (30 يوليو 2020)، ص 4160.

- ظهير شريف رقم 1-20-100 صادر في 16 من جمادى الأولى 1442 (31 ديسمبر 2020) بتنفيذ القانون رقم 20-43 المتعلق بخدمات

الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية، الجريدة الرسمية: عدد 6951، 27 جمادى الأولى 1442 (11 يناير 2021)، ص 271.

- ظهير شريف رقم1.11.03 صادر في 14 ربيع الأول 1432(18 فبراير 2011)، المتعلق بتنفيذ القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص 1072.

- عبد السلام بنسليمان، الإجرام المعلوماتي في التشريع المغربي: دراسة نقدية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2020، ص 73.

- قانون 03.07 المتمم لمجموعة القانون الجنائي فيما يتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 197.03.1 بتاريخ 16 رمضان 1424 (11 نونبر 2003)، الجريدة الرسمية: عدد 5171 بتاريخ 27 شوال 1424 (22 دجنبر 2003)، ص4284

- محمد طاتي، الجريمة المعلوماتية بالتشريع المغربي –قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة وموقف القضاء-، مقال متوفر بالوقع الالكتروني https://www.maroclaw.com

- مرسوم رقم 2.09.165 الصادر في 25 من جمادى الأولى 1430 (21 ماي 2009) لتطبيق القانون المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية: عدد 5744، 24 جمادى الآخرة 1430 (18 يونيو 2009)، ص 3571.

- Mohamed Ouzgane, la criminalité informatique au regard du droit pénal marocain, centre marocain des études juridiques, Tome I ; 2005.

- OCDE, Recommandation du Conseil sur la gestion du risque de sécurité numérique, OECD/LEGAL/0479

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
ISSN:2509-0291

الإشاعة الرقمية في ميزان القانون

Digital Rumor in the Balance of Law

الباحث : اقريرش جواد
طالب باحث في سلك الدكتوراه
مختبر الأبحاث القانونية، السياسية والاقتصادية. - جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس

ملخص الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحليل ظاهرة **الإشاعات الرقمية** من منظور قانوني، من خلال استعراض **مظاهر تجريم** هذه الإشاعات، والتحديات في **تقنين** التعامل معها. يتناول القسم الأول **الإطار القانوني** ومظاهر التجريم والصعوبات الراهنة في التقنين. أما القسم الثاني فيركز على **التشريعات** القائمة وسبل المواجهة.

الكلمات المفتاحية : الإشاعة الرقمية، التجريم، التقنين، التشريعات القانونية، المواجهة

Abstract

This study analyzes the phenomenon of digital rumors from a legal perspective by examining the criminalization of these rumors and the challenges of regulating them. The first section explores the legal framework and aspects of criminalization, as well as current difficulties in regulation. The second section focuses on existing legislation and countermeasures, including international experiences and strategies for confrontation.

Keywords: Digital Rumor, Criminalization, Regulation, Legal Legislation, Countermeasures

مقدمة:

تعد الإشاعات الرقمية من أبرز التحديات التي تواجه المجتمعات الحديثة، فقد أسهمت الثورة التكنولوجية وانتشار الإنترنت ووسائل التواصل الاجتماعي في تدفق المعلومات بسرعة غير مسبوقة، مما سهّل انتشار الأخبار المضللة والإشاعات على نطاق واسع، وتسبب في اضطرابات اجتماعية ونفسية وسياسية واقتصادية، كما أدى ذلك إلى تآكل الثقة بين الأفراد والمؤسسات، مما إستدعي تدخل القانون للحد من آثارها السلبية.

وقبل تناولنا لموضوع الدراسة نلقي نظرة عامة على ماهية وأهمية الظاهرة

فمن التعريفات اللغوية والدينية يورد لنا المعجم الوسيط كلمتي الشائعة والإشاعة فيعرف **الإشاعة**: بأنها الخبر ينتشر غير متثبت منه، أما **الشائعة** فهي الخبر ينتشر ولا تثبت فيه. [103] ويقال: شاع الشئ أي ظهر وشاع الخبر في الناس فهو شائع أي انتشر وذاع وظهر، ورجل مشياع: مذياع لا يكتم سرا. [104] ويطلق على عملية إطلاق الإشاعات ونشرها والترويج لها بالإرجاف، و**الإرجاف** بمعنى

103- مجمع اللغة العربية، المجمع الوسيط ، الجزء الأول المكتبة العلمية ، جمهورية مصر العربية بدون ذكر سنة النشر.

104- محمد بن مكرم بن علي ، أبو الفضل جمال الدين إبن منظور الانصاري الرويفعي الافريقي ، لسان العرب ، الجزء العاشر القاهرة ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ص : 56 .

إشاعة الأخبار الكاذبة المسيئة وهو مشتق من الرجف والرجفان وهو الاضطراب والتزلزل، قال الله تعالى فيهم : " إذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ".105 وتوصف عملية الفشو بالشيوع، قال الله تعالى: " إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب آليم في الدنيا والآخرة ". 106 والملاحظ في التعريفات اللغوية والدينية تتشارك في التأكيد على معنى الشيوع والانتشار

ومن التعريفات الاصطلاحية في حقل العلوم الاجتماعية ذلك المنسوب لعالم الاجتماع الأمريكي تي شيبوتاني (T.Shibutani) الذي اعتبر الشائعات أخبارا ملفقة تتولد من نقاش جماعي.107 كما يعرفها عالم النفس ريبير(Reber) في قاموسه لعلم النفس بأنها: " تقرير غامض أو غير دقيق أو قصة أو وصف يتم تناقله بين أفراد المجتمع ". 108 وفي التقليب والبحث الاصطلاحي لم نجد أفضل من تعريف الباحثين الاجتماعيين جوردون ألبورت وليو بوستمان، ففي دراستهما لسيكولوجية الإشاعة عرفاها بأنها: " كل قضية أو عبارة مقدمة للتصديق تتناقل من شخص دون أن تكون لها معايير أكيدة للصدق ". 109

أما فيما يخص التعريفات الاصطلاحية التي تهم حقل العلوم السياسية والعسكرية فإننا نعرج على تعريف د.مختار التهامي للإشاعة على أنها " الترويج لخبر مختلف لا أساس له من الواقع أو تعمد المبالغة أو التهويل أو التشويه فى سرد خبر فيه جانب ضئيل من الحقيقة ، أو إضافة معلومة كاذبة أو مشوهة لخبر معظمه صحيح أو تفسير خبر صحيح والتعليق عليه بأسلوب مغاير للواقع والحقيقة. 110

عطفا على التعاريف السابقة وبناءا على المعطى الرقمي في بحثنا يمكننا تعريف **الإشاعة الرقمية**: " بأنها خبر أو مجموعة أخبار وأحداث مزيفة يشوبها التشويه والنقصان، كما يعوزها التفسير والتأكيد، تنتشر في المجتمع الشبكي بشكل سريع وتتداول بين العامة ظنا منهم على صحتها، ودائما ما تكون هذه الأخبار شيقة ومثيرة لفضول المجتمع والباحثين، تتسم بالغموض والإلتباس في مسارات تنقلها، حيث تفتقر هذه الإشاعات عادة إلى المصدر الموثوق الذي يحمل أدلة على صدقيتها وصحتها".

ولابد من الإشارة إلى أنه لا فرق ولا تمييز بين الإشاعة والشائعة فهما مصطلحان يستخدمان للإشارة إلى نفس الظاهرة،كما يمكن كذلك استخدام إصطلاحي "الإشاعة الرقمية" و"الإشاعة الإلكترونية" للإشارة إلى الشائعات التي تنتشر عبر الانترنت ووسائل التواصل الاجتماعي، أو عبر وسائل الإعلام الرقمية.

وتتمثل أهمية الإشاعات على حد وصف الشاعر الروماني **فرجيل (Virgil)** في أنها شبيهة بالآلهة أو الوحش الشيطاني وعلى هذا النحو فهي متناقضة، فهي حاملة للحقيقة بقدر ما هي حاملة للأكاذيب.111 فهي أداة قيمة تلقي الضوء على عقلية المجتمع وسلوكياته وتساعد على تحقيق التوازن النفسي والعقلي للمجتمع وهي بمثابة جهاز إنذار لمحترفي السياسات الأمنية وصناع الاستراتيجيات، وجهاز اتصال بديل وسري للغاية، لذلك أضحت ظاهرة الإشاعة الرقمية رهانا وتحديا تاريخيا للقانون ورجالاته

ومن خلال ماهية وأهمية الإشاعات الرقمية وكذا المؤشرات الجنينية والإجرامية المفترضة للظاهرة التي تهدد الأفراد والمجتمعات، يرصد بحثنا معركة القانون في مواجهة الظاهرة الرقمية وذلك وفق التصميم التالي:

المبحث الأول: الإشاعة الرقمية من التجريم إلى التقنين

105- الآية 83 من سورة النساء، القرآن الكريم .

106- الآية 10 من سورة النور، القرآن الكريم .

107- جان- نويل كابفيرير، الشائعات الوسيلة الأقدم في العالم، ترجمة تانيا ناجيا، دار الساقي الطبعة الأولى 2007 م ،لبنان ص:20

108- فاطمة محمد عبد الحليم، دراسة بعنوان: "ظاهرة الشائعات: تاريخها وموقف القوانين القديمة منها"، كلية الحقوق، جامعة بني سويف 2019م ص : 06 نقلا عن : Reber.A.dictionaryof psycology, london P : 654

109- سيكولوجية الاشاعة ، جوردون ألبورت وليو بوستمان ، ترجمة صلاح مخيمر وعبده ميخائيل رزق ، منشورات دار المعارف ، القاهرة 1964م ، ص: 15 .

110- مختار التهامي وعاطف عدلي العبد، الرأي العام، منشورات كلية الإعلام القاهرة 2005، ص: 122 / تذكيرا بتعريف د.مختار التهامي ونقلا عن كتابه بعنوان: الرأي العام والحرب النفسية، الجزء الأول، منشورات دار المعارف 1979م ، الطبعة الرابعة - القاهرة، ص:103 .

111 -Jean-Bruno Renard ,Les allégories de la rumeur : De Virgile à nos jours 2012/ page 323.

Url : Transports - Les allégories de la rumeur - Presses universitaires de Perpignan (openedition.org) .

المطلب الأول :مظاهر تجريم الإشاعات الرقمية

المطلب الثاني :راهنيّة التقنين: الصعوبات والإكراهات

المبحث الثاني: القانون ومعركة المواجهة

المطلب الأول :النماذج التشريعية في التصدي الإشاعات الرقمية

المطلب الثاني :خلاصات قانونية

المبحث الأول: الإشاعة الرقمية من التجريم إلى التقنين

إن غاية القانون تتمثل في حفظ النظام في المجتمع وضبطه على نحو يكفل إستقراره ويضمن تقدمه على ضوء ما يعتريه من ظروف إجتماعية، ثقافية، إقتصادية وسياسية وغيرها ، تحقيقا للغاية القانونية الأسمى ألا وهي صيانة حقوق الأفراد وحفظ حرياتهم وسمعتهم، فالمساس بها يعد مخالفا للقانون يوجب التجريم والعقاب.

المطلب الأول: مظاهر تجريم الإشاعات الرقمية

إن المخاوف والقلق الناتج عن تزايد وتيرة نشر وترويج الإشاعات الرقمية بين مستخدمي الإنترنت ووسائل التواصل الاجتماعي، وما يحمله ذلك من تهديدات لأمن الفرد والمجتمع، استدعى تدخلًا عاجلًا من المؤسسات الحكومية لضبط وتنظيم الفضاء الرقمي.

- **الفقرة الأولى : محاولات ضبط جريمة الإشاعة الرقمية**

عادة ما يطلق على النظام الذي يضبط أفعال التنظيم اسم النظام الإداري، أما النظام الذي يضبط الأفعال الاجتماعية الأخرى، والذي يضمن للفاعلين الفرص التي يفتحها أمامهم (ممارسة الحريات والحقوق) عن طريق ذلك الضبط فإنه يسمى نظاما ضابطا، فإذا كان التنظيم يتوجه فقط تبعا للنوع الأول يكون تنظيما إداريا، وإذا كان يتوجه فقط تبعا للنوع الثاني يكون تنظيما ضابطا.[112]

إن الجرم الرقمي الناتج عن الأفعال الاجتماعية المتمثلة في نشر وترويج الشائعات الرقمية بحاجة لهذا التنظيم الضابط كما صاغه ماكس فيبر، ولترسانة تشريعية وقانونية تمكن من نهج سياسة المراقبة والعقاب في حق من ضبط بالجرم الموصوف، تعيد لمفهوم الرقابة سلطته ولمنظومة العقاب هيبتها كما وضحها ميشال فوكو Michel foucault، في كتابه الرقابة والعقاب (Surveiller et punir).

على هذا الأساس يسعى الفقهاء ورجال القانون من أجل صياغة أساس قانوني ينظم ويضبط الأفعال الاجتماعية داخل هذا العالم الرقمي الافتراضي، نظام يمكن من تتبع ومراقبة حركية نشر وترويج المواد والمحتويات الرقمية ومن تم ملاحقة مروجيها، تجريم أفعالهم ووضع العقوبات المناسبة لذلك.

- **الفقرة الثانية: جدل المشروعية والتجريم**

العالم الحقيقي ليس مثل عالم الانترنت، في العالم الحقيقي ما عليك سوى القلق بشأن المجرمين الذين يعيشون في مدينتك، لكن في عالم الانترنت يجب أن تقلق بشأن المجرمين الذين يمكن أن يكونوا على الجانب الآخر من الكوكب، الجريمة عبر الانترنت دائما دولية لأن الانترنت ليس لها حدود [113] ، وبما أننا نتناول في ميزان القانون ظاهرة الشائعات وهي نوع من الظواهر والجرائم الرقمية الناشئة عن استخدام الانترنت، سواء كان هذا الأخير مسؤولا عن نشوء هذا النوع من الجرائم أو كان وسيلة لانعقاد ذلك.

ونظرا لتنوع في الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت فإن التمييز يظل قائما بين جرائم الحاسوب وبين جرائم الانترنت فليست كل جريمة ناشئة عن استخدام الانترنت تعد بالضرورة من جرائم الانترنت بل إن هناك من الجرائم ما يمكن وصفه بالجرائم التي كانت وسيلتها الانترنت ويقتضي مثل هذا الأمر تجريم الوسيلة في **حين أنها بالطبيعة مشروعة**.[114]

112- ماكس فيبر ، مفاهيم أساسية في علم الاجتماع ، ترجمة صلاح هلال ومراجعة محمد الجوهري ، منشورات المركز القومي للترجمة الطبعة الأولى 2011 العدد: 1675ص:90.

113- ميكو هيبونين ، مقال بعنوان : هجمات الكترونية ، ضمن مؤلف جماعي بعنوان : الأسرة والجيل الرقمي ، منشورات قنديل للطباعة والنشر والتوزيع الإمارات العربية المتحدة ، الطبعة الأولى 2016م ، ص : 91 .

114- سهيل محمد العزام ، الوجيز في جرائم الانترنت، الطبعة الأولى، المملكة الأردنية الهاشمية 2009م ص:81.

والانترنت لا يمكن أن يكون وسيلة إلى ارتكاب جرائم كونها بالأصل من الأنشطة المشروعة ذلك أن الانترنت لا يمكن حيازته واستخدامه بشكل ذاتي فهي ليست شيء ملموس وإنما سلوك تقني بالضرورة يحتاج لوسائل أخرى للقول بتوافرها، حيث تحتاج إلى الحاسوب ومكوناته على أن تكون مجموع الحواسيب متصلة فيما بينها مكونة شبكة ثم شبكات ثم ربط ذلك بحركة الاتصالات ونظم المعلومات يتخلق بالنهاية بيئة معلوماتية كاملة حتى يمكن القول بتوافر الانترنت، فالانترنت ليست بيئة غير مشروعة أصلا إنما يمكن ارتكاب أعمال إجرامية فيها أو من خلالها أو عبرها.[115]

لكنه مع ذلك وبدون شك يعد الوسيلة التي بقدر ما ساعدت في الولوج إلى أعماق المعرفة ومصادر المعلومات، وتخطي الحواجز الاجتماعية والسياسية والعرقية التي حكمت سلوك البشرية لقرون متتالية إلا أنها خلقت نوعا من الجرائم الرقمية الجديدة الافتراضية (من قبيل الإشاعات والأخبار الكاذبة) ذات الأثر الإجرامي الحقيقي والملموس.

- **الفقرة الثالثة: التجريم القانوني لجرائم نشر وترويج الشائعات والأخبار الكاذبة**

لا يمكننا الحديث عن قيام الجرم الرقمي ومن تم التجريم القانوني بدون حصول مفهوم الجريمة، والتي لا تتحقق أصلا إلا بانعقاد أركانها الثلاث، الركن المادي، الركن المعنوي، الركن الشرعي، ويعد هذا الأخير هو أول ركن يقوم عليه السلوك الإجرامي وهو الركن الشرعي الفعل ويعاقب على إتيانه طبقا لمبدأ الشرعية الجزائية، والذي يستوجب وجود نص يجرم ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون العقوبات في مختلف تشريعات العالم

أولا: أركان جريمة نشر وترويج الشائعات والأخبار الكاذبة

لابد أن تتوافر في أي جريمة مقوماتها المتمثلة في أركانها الأساسية، ومن تم تبيان الجزاءات والعقوبات المقررة لها (أي النصوص المجرمة للفعل)، وعليه نجد أن أغلب التشريعات الجزائية للدول عملت على التجريم القانوني لظاهرة نشر وترويج الشائعات والأخبار الكاذبة، حيث تتفق جل هذه التشريعات على إنعقاد الركنين المادي والمعنوي للجريمة، وكذا الركن الشرعي والمتمثل في وجود النص من عدمه لتجريم الفعل والعقاب على إتيانه، ويسمى أيضا بالركن القانوني، وهو الركن الجوهري والأساسي في تجريم الشائعات والأخبار الكاذبة بالنظر إلى أن العديد من الأنظمة تعوزها آليات الضبط والملاحقة في الفضاء الرقمي وغياب الترسانة التشريعية والقانونية لتنفيذ الجزاءات والعقوبات.

الأمر الذي يفرض علينا التعريج على الأركان الثلاث لهذا النوع من الجرائم الرقمية:

1-1 الركن المادي: القاعدة تقول:" **لا جريمة بدون ركن مادي**" ، وعلى هذا الأساس يتمثل الركن المادي في الماديات المحسوسة للجريمة أي الأفعال الصادرة عن فاعلها وما يترتب عنها من آثار، ويقوم الركن المادي لجريمة نشر وترويج الشائعات والأخبار الكاذبة كغيرها من الجرائم، على عناصر معينة تتمثل في السلوك الإجرامي، محل السلوك الإجرامي، النتيجة الاجرامية، والعلاقة السببية.

- **السلوك الإجرامي** ويعرف بأنه: " النشاط المادي الملموس والمكون للجريمة، والذي يتخذ إحدى الصورتين: الأولى غالبة وتستوعب السواد الأعظم من الجرائم وهي الفعل الايجابي وضمن هذه الصورة تندرج جرائم نشر وترويج الشائعات والأخبار الكاذبة ، والصورة الثانية غير شائعة وهي ما يعرف بالامتناع أو الفعل السلبي" [116]

ويحدد المشرع المغربي هنا نطاق السلوك الإجرامي لنشر وترويج الشائعات والأخبار الكاذبة لتحقق هذا النشاط الإجرامي في قيام الفاعل بالنشر العمد وبوسيلة أخبارا وأنباءا مغرضة.

- **محل السلوك الإجرامي:** محل السلوك الإجرامي يتمثل في فضاء رقمي متنوع، ضخم ومتجدد تستحيل فيه إمكانية الملاحقة والتتبع الرقمي، وتتعذر أو تنمحي بذلك فرص التجريم والمتابعة القضائية .

115- سهيل محمد العزام ، مرجع سابق ص:82

116- نبيلة زريق ، تجريم نشر وترويج الشائعات الالكترونية عبر مواقع التواصل الاجتماعي – دراسة من منظور القانونين الجزائري والمصري - كلية الحقوق والعلوم السياسية ، مخبر الرقمنة والقانون في الجزائر ، منشورات المجلة الأكاديمية للبحث القانوني المجلد 12 العدد 01 سنة 2021م ، ص : 384 .

- **النتيجة الإجرامية لجرائم نشر وترويج الشائعات والأخبار الكاذبة:** يمكن تعريف النتيجة الإجرامية بشكل عام على أنها: " التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي فيحقق عدوانا على حق أو مصلحة يحميها القانون، وذلك سواء تمثل هذا الاعتداء بشكل الضرر، أو مجرد تعريض هذه المصالح للخطر".

ومن صور النتيجة الإجرامية نجد المساس بالأمن الوطني، والمساس بالنظام العام، والتأثير على الرأي العام.

- **العلاقة السببية :** لا يتحقق الركن المادي للجريمة بتوافر السلوك الإجرامي المعاقب عليه فقط، بل يشترط إضافة إلى ذلك وجود علاقة سببية بين السلوك المرتكب والنتيجة التي حدثت، أي ارتباط السبب بالمسبب، وبانقطاع هذه العلاقة السببية تنتفي معها المسؤولية الجنائية.

وعلى هذا الأساس فمطالعتنا لنصوص مادة قوانين العقوبات في جل الأنظمة القانونية بما في ذلك القانون المغربي، فإنها تشير إلى ضرورة توافر القصد الجنائي لتحقق النتيجة الإجرامية وإكتمال المسؤولية الجنائية.

1-2 الركن المعنوي لجرائم نشر وترويج الشائعات والأخبار الكاذبة.

لا يكفي الركن المادي لتحقق أي جريمة، بل يجب أن تكون هناك رابطة نفسية بين النشاط الإجرامي ونتائجه، وبين الجاني الذي صدر عنه هذا النشاط وهذه الرابطة يعبر عنها بالركن المعنوي ويتمثل هذا الركن في الجانب السلوكي والنفسي أي إنعقاد الإرادة الآثمة.

ونشير هنا إلى أبرزته الاستاذة نبيلة زريق وهي أن الفاعل في جرائم نشر وترويج الشائعات أو الأخبار الكاذبة **قد يكون شخصا عاديا** كما **قد يكون محترفا لمهنة الصحافة**، وهذا ما يفسر توجه جل التشريعات إلى تجريم جرائم الشائعات والأخبار الكاذبة نحو الصحافة الالكترونية لتشمل فيما بعد بقية الأفراد والفاعلين داخل مواقع التواصل وشبكات الانترنت، وذلك ما صار عليه المشرع المغربي أيضا.

1-3 - الركن الشرعي أو القانوني لجرائم نشر وترويج الشائعات والأخبار الكاذبة

ويقصد بهذا الركن شرط وجود نص قانوني يجرم الفعل الإجرامي ويعاقب عليه، **إذ لا جريمة بدون قانون**، فالنص القانوني هو الذي يحدد مواصفات الفعل الذي يعتبره القانون جريمة، وبدون النص القانوني يبقى الفعل مباحا.[117]

وتتجلى أهمية هذا الركن الشرعي في جل القوانين الوضعية في كونه يضع الأساس القانوني والدستوري للعقوبات ويعتبر من الضمانات المقررة للحفاظ على الحقوق والحريات الفردية.

وتجدر الإشارة إلا أنه في الجرائم الرقمية يتعذر على السلطة المختصة بالتشريع ملاحقة ومتابعة ناشري ومروجي الإشاعات والأخبار الكاذبة في الفضاء الرقمي مما يفرض على الكثير من الأنظمة القانونية والقضاة الامتناع عن اللجوء لاستعمال القياس في المجال الجنائي، علاوة إلى غياب النصوص القانونية المرتبة للجزاءات والعقوبات أو محدوديتها.

ونشير في هذا السياق إلى أنه رغم شجاعة وإرادة المشرع المغربي عندما أخرج إلى حيز الوجود نصوصا تشريعية وأخرى قانونية في ذروة أزمة وباء فيروس كورونا همت تعزيز مقاربته الأمنية للفضاء السيبراني (الأمن القانوني) ، وكذا ميلاد قانون تجريم الشائعات والأخبار الكاذبة (النص القانوني) ، إلا أن هذه المبادرات شابها الكثير من مواطن القصور والخلل التالية:

- التداخل و الإزدواجية في تنظيم المشرع المغربي لهذا النوع من الجرائم الرقمية ما بين القانون الجنائي[118] والقانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر[119] ، فالقانون الجنائي يعتبر هذا النوع من الجرائم **جريمة سلوك** فيما يعتبرها قانون الصحافة **جريمة نتيجة**، ويمكن تفسير ذلك على أساس أن تحريك مسطرة تجريم نشر وترويج الشائعات والأخبار الكاذبة كان من نصيب الصحفيين فقط، ليمتد التشريع في إتجاه الأفراد العاديين والجماعات التي ينتمون إليها فيما بعد (خصوصا في أزمة فيروس كورونا).

117- محمد سليم العوا، دراسة مقارنة: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، منشورات دار نهضة مصر، القاهرة ،الطبعة الأولى،2006م، ص:77.

118- الفصل 447.2 من القانون الجنائي المغربي

119- المادة 72 من القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر

- عدم تكييف المشرع المغربي لطبيعة الجريمة في القانونيين فتح الباب على مصراعيه للحديث عن مفاضلة وتمييز بين الصحفيين وباقي أفراد المجتمع ومن تم تعذر تحقيق المساواة والعدالة أمام القاعدة القانونية، خاصة أن الأمر بدا واضحا في تشدد السياسة العقابية في حق المواطنين الذين تداولوا إشاعات وأخبار كاذبة تمثلت في عقوبات سالبة للحريات قد تصل إلى 05 خمس سنوات حبسا نافذة، فيما يعاقب الناشرون الأصليون من مدراء النشر ومديري المواقع، المنصات والصفحات الرقمية، وشركائهم من الصحفيون وصناع المحتويات الرقمية بغرامات مالية فقط.

- محدودية السياسات المتبعة من طرف المشرع المغربي رغم كل المجهودات، خاصة أمام التدفق الكبير لمنشورات التي تعج بالشائعات، التفاهة، العري والكلام الساقط وكذا الارتفاع الموازي للجرائم المرتبطة بها، في ظل التطور الهائل في تقنيات الاتصال والتواصل، مما يفسر الفراغ التشريعي المهول وغياب الرقابة التقنية الملاحقة للمنشورات والمحتويات الرقمية لحذفها وضبط ناشريها.

إستنادا لما سبق يمكن القول أن النموذج المغربي يحيلنا على العديد من الصعوبات والاكراهات التي تواجه الخبراء ورجال القانون في مراحل الملاحقة، المتابعة والتجريم داخل الفضاء الرقمي.

- **الفقرة الرابعة: الاتجاه إلى تقنين ولوجية الفضاء الرقمي**

بمعنى آخر سمحت الانترنت بتجاوز المؤسسات التقليدية أي إلزامية المرور عبر وسائل الإعلام والاتصال الجماهيرية لضمان النشر الواسع، فما تصل إليه بعض المواقع يتجاوز بكثير ما يمكن أن تحققه وسائل الإعلام الجماهيرية التي أصبحت هي الأخرى تلجأ إلى مواقع التواصل الاجتماعي وما تتيحه الانترنت من فرص للنشر الواسع وسط الجماهير.[120]

لذلك تلح الجهات الحكومية، بما في ذلك خبراء المعلومات ورجال القانون إلى سياسات أكثر حمائية من شأنها وضع قيود على ولوج الانترنت، أي العودة لحراس البوابات ولكن بمهام جديدة.

حيث يرى البعض **أن محدوديّة القانون في ضبط الفضاء الرقمي** هو ما **يستوجب** نزع صلاحيات تنظيمه من الدول، **لينحصر** في حدود التقنية، تفاديا لاختلاط الأنظمة القانونية (Hétérogénéité des systèmes) وهذا ما يدعو إليه الاتحاد العالمي للاتصالات حيث يهدف إلى إقرار دستور عام Global خاص بمجتمع المعلومات.[121]

المطلب الثاني: راهنية التقنين: الصعوبات والإكراهات

إن المتتبع لمحاولات التأطير القانوني للفضاء الرقمي يكتشف أنها أضحت رهينة مجموعة من الصعوبات والاكراهات العصية التي تزيد من حدة فرملتها واقع الطفرات التكنولوجية المتلاحقة التي أفرزت لنا بيئة رقمية متجددة، وجيلا رقميا جديدا يرتهنه الذكاء الاصطناعي.

- **الفقرة الأولى: بروز فضاء رقمي متغير ومتحايل**

حاولت الحركات التشريعية القانونية في أقطار العالم تأطير الفضاء الرقمي عبر موجات من التشريعات القانونية الإفتراضية، لكن النظر إلى نتائج هذه الموجات التشريعية على مستوى الواقع العملي يثبت كيف أن رجال القانون لم يقدروا بعد على إحكام القبضة بشكل كامل على الفضاء الرقمي، وهذا في نظر الدكتور إسماعيل أوقادي يعود لسببين أساسين:

أحدهما مرتبط أساسا بالخاصية الدينامية للفضاء الرقمي، في مقابل الطابع السكوني نسبيا للقانون، إذ أن تطورات العالم الرقمي تحدث بسرعات قياسية، سواءا من الناحية الإيجابية الخاصة بتطوير شروط فعاليته وتؤمن استمراريته أو من الناحية السلبية الخاصة ببلورة شروط دماره أيضا، فالفضاء الرقمي يحمل جرثومة فنائه في ذاته. **وثانيها** مرتبط بكون الفضاء الرقمي، ومن ورائه التكنولوجيا يتميز بقدرة حقيقية على التحايل على القانون بسبب ما يحتمله من تطبيقات اجتماعية مستمرة التطور

120- نصر الدين بوزيان ، مقال بعنوان : الأخبار الكاذبة، الذباب الالكتروني وتزييف الوعي :سبل الوقاية ومساعي المواجهة ، منشورات مجلة أكاديميا للدراسات السياسية المجلد 06 عدد 05 الجزائر 2021 ص:33.

121- بيير ليفي، عالمنا الافتراضي، ماهو ؟ وما علاقته بالواقع ؟ ترجمة رياض الكحال ، منشورات هيئة البحرين للثقافة والآثارالطبعة الاولى : المنامة 2018.ص : 13

موازية للتطبيقات التي يقصدها القانون، وغالبا ما تكون أهمية عدم تطبيق القانون في ضوء المحيط التكنولوجي مفاجأة قوية بدون أن يلحق الآمر ضررا بالتكنولوجيا وبتطوراتها واستعمالاها، ولا يرتب ذلك عقاب محدد لأن الخيار السياسي يحل محل القاعدة القانونية.122

هذا الفضاء الرقمي يمكن اعتباره تطورا وطفرة رقمية لما يصطلح عليه بالمجال العمومي والذي اعتبر حتى وقت قريب حقا من الحقوق الفردية والجماعية لتداول الشأن العام، بعيدا عن الهيمنة والاستبداد وأساس مشروع الحداثة القائمة على الممارسة الديمقراطية، وسواء تعلق الأمر بمفهوم المجال العمومي كما صاغه هابرماس أو ذلك الذي تشكل في رحاب الفضاءات الرقمية، فالملاحظ هو هيمنة البعد السياسي على المفهوم.

يمكن القول أن أهم حدث مفصلي في تاريخ مفهوم المجال العمومي هو ظهور شبكة الانترنت مع بداية الألفية الجديدة، حيث كان لها الدور الهام في تشكل مجال عمومي متعدد الوسائط، يعتمد على تقنيات التواصل والاتصال الحديثة ويتنفس روح الذكاء الاصطناعي، وبذلك تجاوز مفهوم المجال العمومي شكله التقليدي لصالح فضاء عمومي رقمي، يتأسس على واقع افتراضي متغير، متأجج ومليء بأشكال التضليل والخداع، التي تهدد بضياع الحقائق والمعلومات في كومة البيانات الضخمة،حيث أضحى القالب الذي صاغه هابرماس للمفهوم ضحية لمحتواه الجديد إذ لم يتبقى منه إلى الحراس الكلاسيكيين للمجال والبوابة ونفس الدوافع والهواجس السياسية التي تؤرقهم.

- **الفقرة الثانية: تنشئة وبيئة افتراضية لا حدود لها**

يؤشر ظهور المواقع الإخبارية الالكترونية وهو على النقيض من الصحف الإخبارية الإلكترونية التي نشأت ابتداء على الورق بالصورة التقليدية كأي صحيفة عادية، لمرحلة تواكب التحول الرقمي الهائل، فالموقع الإخباري الرقمي نشأ ابتداء من الانترنت وليس له أصل ورقي وإنما بيئته الأساسية هي تلك البيئة الافتراضية اللامتناهية المسماة بفضاء الإنترنت.123

وعندما نتحدث عن بيئة مجتمع الدراسة فإننا بصدد الحديث عن بيئة تشكل الرأي العام الرقمي أو الالكتروني للأفراد والمجتمعات، رأي عام رقمي تتشكل من خلاله وفي حضنه ظاهرة الإشاعة الرقمية أو الالكترونية، والتي تدخل في خانة الإعتقاد الجماعي المؤقت لمستخلص أفكار، معلومات أو محتويات رقمية ... يتم تداولها بين فرد أو أكثر من رواد ومستخدمي الشبكات الاجتماعية كإجابة مؤقتة لمشكل ما أو سؤال يتم تداوله في المجتمع الشبكي .

فالشبكات الاجتماعية تسرق الدور الذي من المفترض أن تلعبه الأسرة والمدرسة والجامعة في تنشئة الأفراد وتزويدهم بالمهارات الحقيقية ليكونوا أعضاء صالحين في مجتمعهم، فالشبكات الاجتماعية مكان للترفيه وإضاعة الوقت والابتعاد عن الثقافة الحقيقية لصالح الثقافة الجماهيرية عبر وسائل التواصل الاجتماعي، والتي جرى تعريفها على أنها ثقافة دولية تهيمن على وسائل الإعلام وتتحكم فيها (الخضري وآخرون ، 2022).124

إن استخدامات الشباب للإنترنت تحولت من مجرد التسلية والترفيه إلى التعبئة والتحريض، فلعبت دورا مهولا و أحدثت تأثيرا مباشرا في تغيير اتجاهات الرأي العام لتكون ثائرة على الاستبداد والفقر والظلم.125 فعلى سبيل المثال في كل ثورات الربيع العربي لعب المحمول دورا لا يقل تأثيرا عن تأثيرات الانترنت وقنوات التليفزيون والفضائيات والصحافة، فأخذت بواسطته عشرات الملايين من الصور وتم تداولها، وإرسالها إلى الفضائيات والصحف وتحميلها على الشبكة العنكبوتية، فمنحها القوة التأثيرية.126

122- إسماعيل أوقادي ، دراسة بعنوان: الفضاء الرقمي والحاجة على باراديغم قانوني جديد ، منشورات مركز تكامل للدراسات والأبحاث ، 15 يناير 2021م، ص:12

123- إبراهيم إسماعيل ، الإعلام المعاصر: وسائله، مهاراته، تأثيراته، أخلاقياته، منشورات وزارة الثقافة والفنون والثرات، قطر الطبعة الأولى 2014م ، ص: 165 .

124 - Majed Numan alkhudari , Article : «The Role of Social Networks in Forming Social Relations among University Students », International Journal of Education in Mathematics, Science and Technology ,Vol. 11, No. 1, 222-236; Jordan 2023, p : 227/ Url : files.eric.ed.gov/fulltext/EJ1357180.pdf

125- إبراهيم إسماعيل ، مرجع سابق ص: 229 .

126- إبراهيم إسماعيل، مرجع سابق ، ص: 233 .

إن هذا التحول الرقمي وما رافقه من الحشد، التعبئة والدعاية، وما شابه من التضليل والمغالطات والتنظيم السري الذي يروم التمكين للولاء والانتماء، تجربة ودرس تجاهلته وإستهانت به الأجهزة الأمنية في المنطقة العربية، وسرعان ما وعت وأدركت تأثيره البالغ مع ظهور الأزمة السورية وإعلان تنظيم داعش في المنطقة مستغلا قوة شبكات الانترنت والإعلام المعاصر في نشر وترويج الشائعات والمغالطات التي تشوه وتنال من سماحة الدين الإسلامي، والدعوة للنفير والجهاد الأمر الذي أدخل المنطقة في مستنقع من الدماء والدمار، متسببا ذلك في تشريد الشعب السوري بأكمله، وتهافت الأطماع على خيرات وموارد المنطقة، وازدياد تهديدات ومخاطر العسكرة، الفرقة والتقسيم في المنطقة العربية.

- **الفقرة الرابعة: مأزق الذكاء الاصطناعي**

غالبا ما يربط العلماء بين الروبوتات الاجتماعية والأخبار المزيفة والدعاية الحاسوبية، وجادلوا بأن الروبوتات الاجتماعية يمكنها إنشاء المعلومات تلقائيا ونشرها بين المستخدمين البشريين في عملية تكوين الرأي ونشره عبر الإنترنت، حيث تمت دراسة خصائص وسلوكيات الروبوتات الاجتماعية في الشبكات الاجتماعية بشكل أساسي من خلال ثلاثة مواضع: تقليد السلوك البشري، ونشر المعلومات، والتفاعل مع المستخدمين من البشر.[127]

تعتبر تقنية Deepfake إحدى أهم تقنيات تضليل الجماهير على شبكات الانترنت التي استفادت من تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي بامتياز، حيث يشير مصطلح Deepfake إلى نوع جديد من المحتوى يستخدم تقنيات التعلم العميق، في مجال الذكاء الاصطناعي، لإنشاء محتوى واقعي للغاية بهدف التلاعب بالمشاهد (Verdoliva، 2020)، إذا كان من الممكن تنويع الأغراض - للترفيه عن الجمهور، وتشجيع المواطنين على التفكير في تجاوزات التكنولوجيا - فإن الهدف في بعض الأحيان هو تضليل الجمهور.[128]

وبالنظر لتعريف "Turing Alun" للذكاء الاصطناعي (Artificielle Intelligence) بأنه : القدرة على التصرف كما لو كان الإنسان هو الذي يتصرف من خلال محاولة خداع المستجوب، وإظهار كما لو أن إنسانا هو الذي يقوم بالإجابة على الأسئلة المطروحة من قبل المستجوب".[129]

فلا يمكننا الحديث اليوم عن القانون بمعزل عن الذكاء الاصطناعي وتداعياته نتيجة تطور التقانة والتكنولوجيا الرقمية ، لذلك فالقوة الناعمة للذكاء الاصطناعي أصبحت واقعا يفرض نفسه على الحياة العامة والخاصة للأفراد والمجتمعات، ورهانا أساسيا لصناع القرار وحكام الدول، من خلال تأثيره على منظومة التشريعات والقواعد القانونية، وتجليات ذلك على بنية الحقوق والواجبات التي ينظمها ويضبطها القانون .

فإذا جزمنا بأن قوة وتقنيات الذكاء الاصطناعي تتمثل اليوم في خدماته العظيمة التي يقدمها للبشرية وإسهامه في تطوير مجتمعات أفضل وبناء مدن وحواضر ذكية تعتمد أجهزة تعقب وضبط أفضل وأسرع، وكذا ترشيد مبادئ العدالة الجنائية بواسطة التطبيقات الذكية الناجعة في التنبؤ بالجرائم ومحاصرة مرتكبيها وتأسيس مشاريع للمحاكم الذكية، وإبرام العقود القانونية الذكية

إلا أن ذلك لا يمنع من القول والتنبيه إلى الاختراق المحتمل إن لم نقل الأضرار الواقعية للذكاء الاصطناعي وانعكاس ذلك على مجال البيانات الخصوصية للأفراد والمؤسسات والحقوق المدنية التي ينظمها القانون، وتداعياتها المتمثلة في التلاعب بمصداقية وسرية بيئة المعلومات وتوظيفها في خداع الجماهير وتضليلهم.

المبحث الثاني: القانون وسبل المواجهة

127 - Yaming Zhang , Wenjie Song , Yaya H. Koura and Yanyuan Su, Article : «Social Bots and Information Propagation in Social Networks: Simulating Cooperative and Competitive Interaction Dynamics», International Journal of Education in Mathematics, Science and Technology ,Vol. 11, No. 1, 222-236; Systems 2023, p : 04 / Url : Systems-11-00210-V2.Pdf

128-Julien NELSON, Article:«Fake news et deepfakes : une approche cyberpsychologique» , Interfaces numériques ,Volume11-n°2/2022, p : 09 / Url : Unilim.Fr/Interfaces-Numeriques/4830&File=1/

129- طاهر أبو العبيد ، مقالة بعنوان " الذكاء الاصطناعي والقانون " ، منشورات سلسلة مقالات المعرفة القانونية ، العدد الأول 2022م ص: 03 .

تتقاطع جل التشريعات والقوانين الدولية والوطنية في أن الهدف الرئيسي والضروري من فرض تجريم على الظواهر الرقمية المستجدة ألا وهو احترام حقوق الآخرين وسمعتهم، فضلا عن حماية الأمن القومي والنظام العام.

المطلب الأول :النماذج التشريعية في التصدي للإشاعات الرقمية

من أجل ممارسة وضبط الفضاء الرقمي، تستعرض دراستنا بعض النماذج التشريعية التي تحضى فيها سوق الانترنت باهتمام كبير من طرف الدول وذلك بهدف ضمان لحريات الأفراد والجماعات في حرية التعبير وحفظ الخصوصيات ومصداقية المعلومات والأفكار.

- **الفقرة الأولى: النماذج التشريعية العالمية**

نسوق في هذا السياق نصوصا من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 م، وكذا العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 م، فبموجب أحكام المادة 11 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789:" حرية تداول الأفكار والآراء مكفولة وهي من أثمن حقوق الإنسان، فكل مواطن له حق الكلام والكتابة وله أن ينشر ما يريد بحرية لكنه سيكون مسئولا إذا أساء استخدام هذه الحرية مسئولية سيحددها القانون."130

وفي الوضع الحالي لوسائل الاتصال وبالنظر إلى التطور العام لخدمات الاتصال العامة عبر الإنترنت بالإضافة إلى الأهمية التي توليها هذه الخدمات للمشاركة في الحياة الديمقراطية والتعبير عن الأفكار والآراء، فإن هذا الحق يعني حرية الوصول إلى هذه الخدمات.131

فالمادة بصريح العبارة تضمن لكل المواطنين على قدم المساواة التمتع بحرية الرأي والتعبير، وتشمل هذا الحريات أو الخدمات الحق في اعتناق الأفكار، نشرها وتداولها دون مضايقة بأي وسيلة كانت، مادامت لا تمس بحرية الآخرين، كما تشير نفس المادة إلى تدخل القانون لتحديد المسؤولية الناتجة عن إساءة إستخدام هذه الحريات، التي يتهددها خطر الإشاعات والأخبار الكاذبة مما يخرجها من حظيرة الإباحة إلى نطاق التجريم .

وهذا يبرر مشروعية الهدف من النص على تجريم الأخبار الزائفة كما نصت على ذلك المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م.132

حيث تفصل المادة 19 ذلك وفق ما يلي :

1.لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة.

2.لكل إنسان حق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها

3. تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة، وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:

أ.لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم.

ب.لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

- **الفقرة الثانية: النموذج التشريعي الفرنسي**

130- المادة 09 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، البوابة الالكترونية للمجلس الدستوري الفرنسي :
Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 | Conseil constitutionnel (conseil-constitutionnel.fr)

131 - Christophe Stener , Dictionnaire politique d'internet et du numérique (Ouvrage collectif) : Les 66 enjeux de la société numérique , édité par La Tribune.fr, 7 mai 2010.

132- منصوص المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد في 16 دجنبر سنة 1966م، منشورات الأمم المتحدة، البوابة الالكترونية الرسمية: Pacte international relatif aux droits civils et politiques | OHCHR

أولى المشرع الفرنسي أهمية كبرى فيما يخص تكنولوجيا المعلومات وعلاقتها بالبيانات والملفات الخصوصية وتأثيرها على الحريات العامة، حيث عمل المشرع الفرنسي من خلال صيغة المادة الأولى من القانون رقم 78.17 الصادر بتاريخ 06 يناير 1978م والمتعلق بمعالجة البيانات والملفات والحريات بتنصيصه على أن : « **تكنولوجيا المعلومات يجب أن تكون في خدمة كل مواطن ، وأن يتم تطويرها في إطار التعاون الدولي، وأن لا تنتهك في ذلك هوية الإنسان ولا حقوق الإنسان ولا الخصوصية ولا الحريات الفردية أو العامة** » 133

فلقد كان المشرع الفرنسي واضحا برفضه لجمع البيانات أو معالجتها بأي طريقة كانت مادامت تتعلق بأصول الأفراد و صحتهم أو حياتهم الخاصة، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة الثامنة من نفس القانون المذكور آنفا على أنه: « **يحظر جمع أو معالجة البيانات الشخصية التي تكشف بشكل مباشر أو غير مباشر عن الأصول العرقية أو الإثنية أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو العضوية النقابية للأشخاص، أو التي تتعلق بصحتهم أو حياتهم الجنسية** » 134

ومادام المشرع الفرنسي يرفض المساس بهذه البيانات الشخصية، فإن ذلك ينطبق على المعالجات الرقمية التي تعتمد الذكاء الاصطناعي والتي من شأنها التشهير والإساءة أو إطلاق الإشاعات الرقمية بخصوص البيانات الشخصية للأفراد على الشبكات الاجتماعية.

وتماشيا مع النهج الفرنسي عمل المشرع المغربي على استنساخ هذا التشريع وذلك في بيانه لماهية مفهوم المعلوميات كما سنرى في النموذج التشريعي المغربي .

- **الفقرة الثالثة: النموذج التشريعي المغربي**

عمل المشرع المغربي على اتخاذ مجموعة من التدابير القانونية والمؤسساتية لتقنين استعمال شبكات التواصل الاجتماعي وشبكات البث المفتوح والشبكات المماثلة لمكافحة الأنماط المستجدة من الجريمة الإلكترونية، دون المساس بحرية التواصل الرقمي باعتبارها صورة من صور ممارسة حرية التعبير المكفولة دستوريا، وذلك في سياق الدينامية المتواصلة لوضع قوانين لمكافحة التضليل الإعلامي عبر الانترنت، الأمر الذي يستدعي منا القيام بجولة تشريعية وتنظيمية نكتشف من خلالها الترسانة التشريعية المغربية التي رصدت لمجابهة هذا النمط من الجرائم الرقمية.

أولا: قانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، حيث نص المشرع المغربي في المادة الأولى من هذا القانون على أن: «**المعلوميات في خدمة المواطن، وتتطور في إطار التعاون الدولي، ويجب ألا تمس بالهوية والحقوق والحريات الجماعية أو الفردية للإنسان، وينبغي ألا تكون أداة الإفشاء أسرار الحياة الخاصة للمواطنين** » 135

والملاحظ من خلال هذا القانون هو غلبة الطابع الحمائي لأسرار الحياة الخاصة للمواطنين... فهذا القانون أسهم بشكل كبير في وضع حدا لبعض الممارسات المنافية للأخلاق الحميدة، وللقانون عموما، وعمل على تدارك النقص الذي كان حاصلا في منظومة القانون الجنائي وذلك من خلال وضعه لمجموعة من التعاريف ونطاق التطبيق ، كما أنه جاء بلمسة حقوقية بامتياز، وإحداث ما يسمى باللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي من أجل تطبيق ملائم لحماية المعطيات، وهي تقوم بمهمة دائمة لإخبار العموم والأشخاص المعنيين بحقوقهم والتزاماتهم التي ينص عليها هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.136

---

133 -l'article N°:01 de loi Français N° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : «l'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

134 - l'article N°:08 de loi Français N° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés .

135- ظهير شريف رقم 1.09.15 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير2009) بتنفيذ قانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، المنشور بالجريدة رسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430(23 فبراير 2009).

136 - محمد يوسف جريفي ، تفشي ظاهرة الجريمة الرقمية في الفضاء السيبراني وسبل محاربتها ، منشورات مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية– العدد48 لشهر نونبر 2022 م، ص: 243

ثانيا: القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر حيث ينص في فرعه الخاص بحماية النظام العام على مقتضيات تدين التضليل الإعلامي بما فيه الترويج للأخبار الزائفة على الانترنت ، حيث تؤكد المادة 72 من هذا القانون على ما يلي: " يعاقب بغرامة من20.000 إلى 200.000 درهم كل من قام **بسوء نية** بنشر أو إذاعة أو نقل خبر زائف أو ادعاءات أو وقائع غير صحيحة أو مستندات مختلفة أو مدلس فيها منسوبة للغير إذا أخلت **بالنظام العام أو أثارت الفزع بين الناس، بأية وسيلة من الوسائل** ولاسيما بواسطة الخطب أو الصياح أو التهديدات المفوه بها في الأماكن أو الاجتماعات العمومية وإما بواسطة المكتوبات والمطبوعات المبيعة أو الموزعة أو المعروضة للبيع أو المعروضة في الأماكن أو الاجتماعات العمومية وإما بواسطة الملصقات المعروضة على **أنظار العموم** وإما بواسطة مختلف وسائل الإعلام السمعية البصرية أو الالكترونية وأية وسيلة أخرى تستعمل لهذا الغرض دعامة الكترونية".[137]

وعودة بنا لمنصوص المادة 72 نجد أن المشرع المغربي رغم أنه لم يعرف مفهوم الإشاعة وشروطها إلا أنه حدد خمسة شروط لتحقق التضليل والتلاعب بالحقائق والمعلومات، وهي:

- أولا: سوء النية في النشر والترويج.
- ثانيا: المنشور يحتمل أساليب التزييف، الخداع والتلاعب .
- ثالثا: المنشور من شأنه الإخلال بالنظام العام أو إثارة الفزع بين الناس.
- رابعا: علانية المنشور ووصوله إلى أنظار العموم أي الرأي العام.
- خامسا: النشر سواء بالوسائل التقليدية أو الوسائل الرقمية التي تعتمد دعامة الكترونية.

ثالثا: القانون الجنائي المغرب حيث ينص في فرعه الخامس المتعلق بالاعتداء على الشرف أو الاعتبار الشخصي وإفشاء الأسرار ومجموعة من المقتضيات التي تنطبق كذلك على التضليل الإعلامي عبر الانترنيت، لاسيما مقتضيات المادة 447 وما يليها، وبالخصوص الفصل 2-447 من القانون الجنائي، على ما يلي : يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات وغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم، كل من قام بأي وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية، ببث أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص أو صورته، دون موافقته، **أو قام ببث أو توزيع ادعاءات أو وقائع كاذبة، بقصد المس بالحياة الخاصة للأشخاص أو التشهير بهم"** [138]

رابعا:القانون رقم 03-07 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات ضمن الفصول 3-607 الى 11-607 من القانون الجنائي المغربي.[139]

هذا وقد عرفت محطة 2019م أي في ذروة أزمة فيروس كورونا التحول التشريعي الأهم، ففي ظل ظروف قهرية كهذه عمل المشرع المغربي على تجريم الإشاعات والأخبار الكاذبة، حماية منه لحقوق الأفراد والجماعات، وحفاظا منه على النظام العام ووقف النزيف والتطاول الرقمي المتواصل، ووضع حد للمروجين والناشرين لذلك.

فكان إعلان المغرب لحالة الطوارئ بناء على الفصول 21 و 24 "الفقرة 4" (باب الحريات والحقوق الأساسية) والفصل 81 (باب السلطة التشريعية) من الدستور من خلال مرسوم قانون يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية الصادر في 23 مارس 2020، وبتفشي الوباء تفشت الشائعات والأخبار الزائفة التي أثارت الفزع بين المواطنين عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقات التراسل الفوري على الهاتف المحمول، وهو ما جرمه مرسوم قانون الطوارئ من خلال الفقرة 3 من منصوص المادة 4: " يعاقب بالحبس من شهر إلى 3 أشهر وبغرامة مالية بين 300 و 1300 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين وذلك دون الإخلال

137- المادة 72 من قانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر الصادر بظهير شريف رقم 1.16.122 في 06 ذي القعدة 1437 (10 غشت 2016)،المنشور بالجريدة الرسمية عدد6491 بتاريخ 11 ذو القعدة 1437(15 غشت2016).

138- الفصل 2-447 من القانون الجنائي

139- القانون رقم 07.03 بتتميم مجموعة القانون الجنائي فيما يتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة اللآلية للمعطيات الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.197 بتاريخ 16 رمضان 1424 (11نونبر2003),الجريدة الرسمية عدد5171 بتاريخ27 شوال1424 (22 ديسمبر2003).

بالعقوبة الجنائية الأشد، كل من عرقل تنفيذ قرارات السلطات العمومية المتخذة لتطبيق هذا المرسوم بقانون عن طريق العنف أو التهديد أو التدليس أو الإكراه، وكل من قام بتحريض الغير على مخالفة القرارات المذكورة في هذه الفقرة بواسطة الخطب أو الصياح أو التهديدات المفوه بها في الأماكن أو الاجتماعات العمومية أو بواسطة المكتوبات أو المطبوعات أو الصور أو الأشرطة المبيعة أو الموزعة أو المعروضة للبيع أو المعروضة في الأماكن أو الاجتماعات العمومية أو بواسطة الملصقات المعروضة على أنظار العموم أو بواسطة مختلف وسائل الإعلام السمعية البصرية أو الإلكترونية وأي وسيلة أخرى تستعمل لهذا الغرض دعامة إلكترونية".[140]

والملاحظ آنذاك أن المشرع المغربي في مرحلة أولى انبرى لتجريم الأخبار الزائفة والشائعات التي مصدرها الصحفيين باعتبارهم المسؤولين عن المشهد الإعلامي، وفي مرحلة ثانية إتسعت قراراته القضائية قضايا تجريم أخبار كاذبة وإشاعات مصدرها أفراد ومواطنين بعينهم، وفي ذلك إشارة من المشرع المغربي على أنه لم يجانب الصواب وأن التجريم والعقاب من نصيب الأفراد والصحفيين داخل المواقع والشبكات الرقمية، ولا أحد يعذر بجهله للقانون.

- **الفقرة الرابعة: النموذج التشريعي الإماراتي**

يعد النموذج التشريعي الإماراتي بحق من النماذج الأصيلة والحديثة التي قننت وعنيت بهذا النوع من الجرائم الرقمية.

140- المادة الرابعة من مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 رجب 1441 (23 مارس2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، منشورات الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر 24 مارس 2020 .

فبالنظر للفصل الثاني من القانون الإماراتي**141** ، والذي عنونه المشرع بجرائم المحتوى ونشر الشائعات والأخبار الزائفة، عمل المشرع الإماراتي على التفريق بين جرائم المحتوى الرقمي وبين جرائم نشر الشائعات والأخبار الزائفة، وأسس بذلك هندسة قانونية متدرجة في التأصيل، التجريم والعقوبات تتماشى مع تنوع المحتويات الرقمية وتطورها السريع والهائل، فأفرد لجرائم المحتوى الرقمي 32 مادة تنصب حول ما يلي:

جرائم المحتوى الرقمي في التشريع الاماراتي			
المادة	منطوق المادة	المادة	منطوق المادة
20	الدعوة والترويج لتعطيل أحكام الدستور والقوانين المادة	36	نشر مواد إباحية والمساس بالآداب العامة
21	التحبيذ والترويج للجماعات الإرهابية المادة	37	ازدراء الأديان وتحسين المعصية
22	نشر معلومات للإضرار بأمن ومصالح الدولة	38	الترويج لممارسة أنشطة القمار
23	التحريض على المساس بأمن الدولة والاعتداء على مأموري الضبط القضائي	39	الاتجار غير المشروع بالآثار أو التحف
24	الترويج لإثارة الفتنة والإضرار بالوحدة الوطنية	40	الاحتيال الإلكتروني
25	السخرية والإضرار بسمعة الدولة ورموزها	41	جمع الأموال دون ترخيص
26	الدعوة والترويج لمظاهرات دون ترخيص	42	الابتزاز والتهديد الإلكتروني
27	التحريض على عدم الانقياد للتشريعات	43	السب والقذف
28	الإساءة لدولة أجنبية	44	إفضاء الأسرار والاعتداء على الخصوصية
29	الاتجار والترويج للأسلحة النارية أو الذخائر أو المتفجرات	45	كشف معلومات سرية بمناسبة العمل
30	تحويل أو حيازة أو استخدام أو اكتساب أموال غير مشروعة	46	الدعوة والترويج لجمع التبرعات بدون ترخيص
31	الاتجار والترويج للمخدرات والمؤثرات العقلية	47	إجراء المسوحات الإحصائية أو الدراسات الاستطلاعية دون ترخيص
32	إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني للاتجار بالبشر	48	الإعلان أو الترويج المضلل للمستهلك
33	التحريض على الفجور والدعارة	49	الترويج لمنتجات طبية دون ترخيص
34	نشر مواد إباحية والمساس بالآداب العامة	50	الانتفاع بدون وجه حق بخدمات الاتصالات أو قنوات البث
35	استخدام الأطفال في إعداد مواد إباحية	51	التسول الإلكتروني

أما فيما يتعلق بجرائم نشر الشائعات والأخبار الزائفة فقد أفرد لها المشرع الإماراتي (04) أربع مواد تنصب حول:

جرائم نشر الشائعات والأخبار الزائفة في التشريع الإماراتي			
المادة	منطوق المادة	المادة	منطوق مادة
52	نشر الشائعات والأخبار الكاذبة	54	إنشاء أو تعديل روبوتات إلكترونية لنقل بيانات زائفة في الدولة
53	إتاحة محتوى غير قانوني والامتناع عن إزالته	55	الحصول على عطية لنشر محتوى غير قانوني أو بيانات زائفة

ويعرف المشرع الإماراتي جرائم نشر الشائعات والأخبار الكاذبة بكونها تنصب على: "كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو وسيلة من وسائل تقنية المعلومات لإذاعة أو نشر أو إعادة نشر أو تداول أو إعادة تداول أخبار أو بيانات زائفة أو تقارير أو إشاعات كاذبة أو مغرضة أو مضللة أو مغلوطة أو تخالف ما تم الإعلان عنه رسميا، أو بث أي دعايات مثيرة من شأنها تأليب الرأي العام أو إثارته أو تكدير الأمن العام أو إلقاء الرعب بين الناس أو إلحاق الضرر بالمصلحة العامة أو بالاقتصاد الوطني أو بالنظام العام أو بالصحة العامة.142

ويعاقب عليها المشرع الإماراتي في هذه الحالة بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تقل عن (100,000) مائة ألف درهم فيما تكون عقوبة الحبس مغلظة لمدة لا تقل عن (2) سنتين والغرامة التي لا تقل عن (200,000) مائتي ألف درهم إذا ترتب على أي من الأفعال المذكورة بالبند (1) من هذه المادة تأليب الرأي العام أو إثارته ضد إحدى سلطات الدولة أو مؤسساتها أو إذا ارتكبت بزمن الأوبئة والأزمات والطوارئ أو الكوارث.

والملاحظ أن المشرع الإماراتي من خلال منطوق المادة 52 وضع حدا للخلط واللغط الذي قد يقع عند تعريف الشائعات الرقمية فلم يفرق بين مفهوم الإشاعة والمفاهيم ذات الصلة بها والتي تنطوي على الكذب، التضليل، المغالطة، التآمر والخداع أو الدعاية مادامت تخالف الضوابط المحددة وتهدد الحريات والحقوق العامة، المصلحة والنظام العام.

كما أنه وضع أساسا لتجريم والعقوبة بناءا على زمن ترويج ونشر الشائعات، تهم الأولى جرائم نشر الشائعات والأخبار الكاذبة في **سائر الأيام العادي** والتي عاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تقل عن (100,000) مائة ألف درهم، في حين غلظ العقوبات إلى الضعف، فتصبح عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن (2) سنتين والغرامة لا تقل عن (200,000) مائتي ألف درهم وذلك في **زمن الأوبئة والأزمات والطوارئ أو الكوارث**.

وبما أن البيانات الضخمة أتاحت لمروجي هذا النوع من الجرائم حفظ وتخزين المحتويات الرقمية الغير قانونية أو الصادرة في حقها أوامر بالمنع والتداول، وعدم الامتثال لها، فقد عمل المشرع الإماراتي على القطع مع هذه الممارسات أو احتمالية العود لها من خلال تنصيصه على عقوبات مضاعفة وفق منصوص المادة (53) في حق من أتاح محتوى غير قانوني مع الامتناع عن إزالته، فيعاقب بغرامة لا تقل عن (300,000) ثلاثمائة ألف درهم ولا تزيد على (10,000,000) عشرة ملايين درهم كل من أستخدم موقع أو حساب إلكتروني في ارتكاب أياً من الأفعال الآتية:

خزن أو أتاح أو نشر محتوى غير قانوني، ولم يبادر بإزالته أو منع الدخول إلى هذا المحتوى خلال المدة المحددة في الأوامر الصادرة إليه والمنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون.

أو امتنع عن الامتثال كلياً أو جزئيا لإحدى الأوامر التي صدرت إليه والمنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون، دون عذراً مقبول.

وبالعودة للغايات التشريعية في المواد الأربع المنظمة لجرائم نشر الشائعات والأخبار الكاذبة خصوصا المادتين الأخيرتين من هذا التشريع أي المادتين 54 و55 ، نجد أن المشرع الإماراتي تنبه إلى **الجرائم المعززة بتقنيات الذكاء الاصطناعي** أو ما يطلق عليه بالذكاء الرقمي حيث تحاكي الربوتات دور الذكاء الانساني في التزييف والتعديل العميق للبيانات، وكذا تلكم **الجرائم المدعومة** من جهات داخلية أو خارجية بواسطة عطيات ومنافع أو وعود تهدف ترويج ونشر شائعات رقمية

141- مرسوم بقانون اتحادي رقم (34) لسنة 2021 في شأن مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية الجريدة الرسمية رقم 712 بتاريخ 26 شتنبر 2021

142- *البند 1 من المادة 52 من مرسوم بقانون اتحادي رقم (34) لسنة 2021 في شأن مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية الجريدة الرسمية رقم 712 بتاريخ 26 شتنبر 2021*

ISSN:2509-0291

فمنطوق المادة (54) يتحدث عن جرائم إنشاء أوتعديل روبوتات إلكترونية لنقل بيانات زائفة في الدولة، ويعاقب عليها المشرع الاماراتي بالحبس مدة لا تزيد على (2) سنتين والغرامة التي لا تقل عن (100,000) مائة ألف درهم ولا تزيد على (1,000,000) مليون درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أنشأ أو عدل روبوت إلكتروني بقصد نشر أو إعادة نشر أو تداول بيانات أو أخبار زائفة في الدولة أو تمكين الغير من نشرها أو إعادة نشرها أو تداولها، وتشدد العقوبة عند تعدد الجناة.

فيما يشير منطوق المادة (55) للجرائم المترتبة نتيجة الحصول على عطية لنشر محتوى غيرقانوني أو بيانات زائفة، ويعاقب عليها المشرع الاماراتي بالسجن المؤقت والغرامة التي لا نزيد على (2,000,000) مليوني درهم، كل من طلب أوقبل أوأخذ بشكل مباشر أو غير مباشر عطية أو منفعة مادية أو معنوية، أو وعد بها، سواء داخل الدولة أو خارجها، مقابل نشر أو إعادة نشر محتوى غيرقانوني أوأيا من البيانات الزائفة في الدولة باستخدام إحدى وسائل تقنية المعلومات، ويحكم بمصادرة العطية أو المنفعة المادية التي حصل عليها أو بغرامة تساوي قيمة ما طلب أو عرض أوقبل به إذا تعذرضبطها.

ويدخل في خانة هذه الجرائم جرائم نشر وترويج الشائعات على المواقع والحسابات الرقمية، وتسري عليها نفس عقوبات المادة 55 ، حيث يعاقب بذات العقوبة كل من أدار أو أشرف على تشغيل حساب أو موقع إلكتروني مسيء أو استأجر أو اشترى مساحة إعلانية عليه.

وللجهات المختصة اعتبار موقع أو حساب إلكتروني موقعا مسيئا إذا تحقق لديها تكراره نشر بيانات زائفة أو محتوى مخالف للقانون.

عموما يمكن القول أن المشرع الإماراتي عمل على تحديد مفهوم دقيق وشامل لظاهرة الشائعات الرقمية، وأسس لنظام عقوبات تدرجي يواكب التطورات والمستجدات الرقمية، مع عدم إغفاله للثغرات التي قد يعتمدها مروجوا وناشروا الشائعات الرقمية، وذلك بتفريقه بين جرائم المحتوى الرقمي وجرائم نشر الشائعات الرقمية، كما عمل في تجريمه لهذه الأخيرة على تصنيفها لأربع أنواع وذلك تبعا لمنطوق المواد الأربع التي عالجت الظاهرة، ووفق التراتبية التالية:

أولا: الجرائم في الزمن العادي

ثانيا: الجرائم زمن الأوبئة والأزمات والطوارئ أو الكوارث

ثالثا: الجرائم المعززة بالذكاء الرقمي

رابعا: الجرائم المدعومة معنويا وماديا

المطلب الثاني: خلاصات قانونية

استنادا إلى النماذج السابقة يمكن القول أن التشريعات القانونية تعاملت مع الظاهرة على فترات متفاوتة، وداخل حيزها المكاني والزمني بدرجة أدنى وتجاهل الخوض فيها، ما دامت لم تدخل ضمن نطاق السب والقذف أي الجرائم المادية التي يمكن للقانون إثباتها، وما دامت تنبني على كلام ومخيال في الكثير من الأحيان، حتى ظهور بيئة الانترنت وإنشاء مواقع التواصل الاجتماعي، وعلى هذا الأساس يمكن التمييز بين منطوق المشرع في مرحلتين :

المرحلة الأولى من موجة الإشاعات وأساليب الخداع والتضليل بمفهومها التقليدي والتي عرفت منذ زمن بعيد والتي لطالما ارتبطت بالبيئة المكانية لظهورها ومؤلفيها.

ومرحلة ثانية من موجة الإشاعات والأخبار الكاذبة التي ظهرت مع ظهور بيئة الانترنت وتطور تقنيات الاتصال والتواصل، وتزامن ذلك مع اتساع رقعة الأزمات والكوارث أو الحروب التي واكبها الإعلام الرقمي الجديد، والتي كانت مرحلة مفصلية في تاريخ تجريم الشائعات والأخبار الكاذبة.

ويلاحظ من خلال النماذج التشريعية السابقة أيضا أنها لم تضع تعريفا محددا أو موحدا لظاهرة الإشاعة، فسواء تعلق الأمر بها، الأخبار الكاذبة، تشويه الحقائق، المعلومات الخاطئة ، التضليل الإعلامي، فكلها عبارات تختلف فيما بينها لكنها تدل على حقيقة

ISSN:2509-0291

واحدة ألا وهو الخبر المضلل أو الخادع الذي يتم إنشاءه وعرضه ونشره بشكل تقليدي أو رقمي بهدف تضليل الرأي العام بشكل متعمد.

وبالنظر لحجم الأضرار والمخاطر المدمرة المترتبة عن ظاهرة الإشاعة والتي تفسر أهمية تجريمها من خلال ترسانة النصوص التشريعية والقانونية التي صاغت لها أحكاما محددة، حيث تنص دساتير كل الدول على أنه :" لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي أو قانوني" ، إلا أن الظاهرة عرفت منعطفا خطيرا إلتفت فيه على هذه النصوص الشرعية أو القانونية خاصة مع ظهور ثورة الانترنت وتطور تقنيات الذكاء الاصطناعي، وما ترتب عنها من إستغلال وإطلاق العنان للحريات والحقوق باسم ديمقراطية التعبير والتواصل، التستر والاختباء وراء الضمانات والإنجازات التي توفرها شبكات الانترنت من قبيل المصداقية ، الشفافية ومحاربة الفساد ، فتجرأ كل من دب وهب في العالم الافتراضي المليء بالغموض والإلتباس لتنفيس عن أهوائه ونشر وترويج الإشاعات والأخبار الكاذبة، ونصب هؤلاء أنفسهم مدافعين أو حكاما يصيغون التهم والحجج والأحكام لجلد وذبح خصومهم مما فاقم أوضاع كثير من المجتمعات والدول، وزاد من حدة الفتن والاضطرابات المهددة لأمنها واستقرارها، وظهر الأمر جليا خلال الأزمات والحروب ، والتي كانت محطات لتدارك الأمر، وبداية مرحلة جديدة في تأريخ وتجريم ظاهرة الإشاعة الرقمية.

المراجع

المراجع العربية

كتب ودراسات

- إسماعيل أوقادي، الفضاء الرقمي والحاجة على باراديغم قانوني جديد، منشورات مركز تكامل للدراسات والأبحاث، 2021.
- إبراهيم إسماعيل، الإعلام المعاصر: وسائله، مهاراته، تأثيراته، أخلاقياته، منشورات وزارة الثقافة والفنون والثرات، قطر، 2014.
- بيير ليفي، عالمنا الافتراضي، ماهو ؟ وما علاقته بالواقع ؟ ترجمة رياض الكحال ، منشورات هيئة البحرين للثقافة والآثارالطبعة الاولى : المنامة 2018.
- سهيل محمد العزام، الوجيز في جرائم الانترنت، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009.
- طاهر أبو العبيد، الذكاء الاصطناعي والقانون، منشورات سلسلة مقالات المعرفة القانونية، العدد الأول، 2022.
- علي سيد إسماعيل، مواقع التواصل الاجتماعي بين التصرفات المرفوضة والأخلاق المفروضة، منشورات دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2020.
- محمد سليم العوا، دراسة مقارنة: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، منشورات دار نهضة مصر، القاهرة، 2006.
- ماكس فيبر، مفاهيم أساسية في علم الاجتماع، ترجمة صلاح هلال ومراجعة محمد الجوهري، منشورات المركز القومي للترجمة، الطبعة الأولى، 2011.

مقالات علمية

- نبيلة زريق، تجريم نشر وترويج الشائعات الالكترونية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، منشورات المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، 2021.
- نصر الدين بوزيان، الأخبار الكاذبة، الذباب الالكتروني وتزييف الوعي، مجلة أكاديميا للدراسات السياسية، الجزائر، 2021.
- ميكو هيبونين، هجمات الكترونية، ضمن الأسرة والجيل الرقمي، منشورات قنديل للطباعة والنشر، الإمارات، 2016.

قوانين ومواثيق

- القانون رقم 07.03 المتعلق بالجرائم الإلكترونية.
- القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر.
- الفصل 447.2 من القانون الجنائي المغربي.
- المادة 72 من قانون الصحافة والنشر المغربي.
- المادة الرابعة من مرسوم الطوارئ الصحية، المغرب، 2020.
- مرسوم اتحادي رقم (34) بشأن مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية، الإمارات، 2021.
-

المراجع الأجنبية

Livres et Études

- Christophe Stener, Dictionnaire politique d'internet et du numérique, La Tribune.fr, 2010.
- Jean Pierre Siggen, Education numérique, CIIP, 2021.

Articles Scientifiques

- Julien Nelson, "Fake news et deepfakes: une approche cyberpsychologique," Interfaces numériques, 2022.
- Majed Numan AlKhudari, "The Role of Social Networks in Forming Social Relations among University Students," International Journal of Education in Mathematics, Science and Technology, 2023.
- Yaming Zhang et al., "Social Bots and Information Propagation in Social Networks," Systems, 2023.

Lois et Conventions

- Article 09 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, France, 1789.
- Article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies.
- Article N°:01 et N°:08 de loi Français N° 78-17 du 6 janvier 1978, France

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

المسؤولية المدنية للوكيل الذكي على ضوء مستجدات قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي الجديد لسنة 2024

The Civil Liability of the Smart Agent in Light of the Developments in the new European Union Artificial Intelligence Act 2024

الباحثة : صفاء خلوقي

طالبة باحث بسلك الدكتوراة - مركز دراسات الدكتوراة في العلوم القانونية الاقتصادية الاجتماعية والتدبير

كلية العلوم القانونية والسياسية-جامعة ابن طفيل. القنيطرة

ملخص المقال

يرمي هذا المقال إلى معالجة إحدى أبرز الإشكاليات المتعلقة بالوكيل الذكي ألا وهي مسؤوليته المدنية بشقيها العقدية والتقصيرية وأيضا حالات إعفائه أو المتعاملين معه منها، ذلك من خلال استقراء بعض الأحكام العامة في القانون المدني، رغم قِدمها نظرا لغياب أي تشريع خاص ينظم هذا المجال.

مسلطا الضوء استنادا إلى أحدث المستجدات في الساحة القانونية العالمية، المتمثلة **في قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لسنة 2024**

، الذي، رغم عدم تنظيمه للوكيل الذكي بشكل صريح أو مباشر، إلا أنه يتيح إمكانية تطبيق العديد من أحكامه عليه. حيث صنف بعض أنظمة الذكاء الاصطناعي كأنظمة عالية المخاطر والتي يعد الوكيل الذكي من أبرزها، مما يعكس الأهمية البالغة التي أولاه لمثل هذه الأنظمة الذكية.

الكلمات المفتاحية

الوكيل الذكي – الأحكام العامة - المسؤولية المدنية - حالات الإعفاء - قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لسنة 2024 – الأنظمة الذكية عالية المخاطر.

Abstract

This article aims to address one of the most significant issues related to the smart agent, namely its civil liability, encompassing both contractual and tortious aspects, as well as cases of exemption from liability for the agent or those interacting with them. This is done through an examination of some general provisions in civil law, despite their age, due to the absence of specific legislation regulating this field.

The article also highlights the latest developments in the global legal arena, particularly the ***in the European Union Artificial Intelligence Act 2024.***

Although this law does not explicitly or directly regulate the smart agent, it allows for the application of many of its provisions to this entity. The law classifies certain AI systems as high-risk, with the smart agent being one of the most prominent, reflecting the significant attention given to such intelligent systems.

Key words

Smart Agent – General Provisions – Civil Liability – Cases of Exemption – European Union Artificial Intelligence Act 2024 – High-Risk Intelligent Systems.

مقدمة

يشهد العالم اليوم تطورًا كبيرًا في مجالات التكنولوجيا والذكاء الإصطناعي، مما أدى إلى ظهور مفاهيم جديدة في المعاملات القانونية والتجارية، منها "الوكيل الذكي"[143] (INTELLIGENT AGENT) باعتباره برنامج معلوماتي مستقل وقادر على التفاوض والتعاقد من دون تدخل بشري[144]. حيث يأتي على رأس المصطلحات المستحدثة والجديدة، ليتصرف -عموما- كما يتصرف الوكيل العادي، ويحاكي ما يقوم به هذا الأخير من أعمال وقيامه بالعديد من العمليات خاصة منها المالية والتجارية لكونه يتناسب وصماما الأمان للمجال التجاري من سرعة وائتمان[145].

فلاشك أن قدرة الوكيل الذكي على اتخاذ قرارات مستقلة وإبرام تصرفات قانونية نيابة عن الأشخاص الطبيعيين أو الإعتباريين، هذا إلى جانب قدرته على التعلم الذاتي وتحليل المعطيات دون الحاجة إلى تدخل بشري مباشر، من شأنه أن يُحدث تحولًا جذريًا في مفهوم الوكالة التقليدية وآليات التعاقد.

إلا أن هذا التطور يثير العديد من التساؤلات القانونية، خاصةً فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية للوكيل الذكي. فبينما تخضع التصرفات القانونية التقليدية لأحكام المسؤولية المدنية المنصوص عليها في القوانين العامة، فإن الخصائص الفريدة للوكيل الذكي تتطلب إعادة النظر في تلك القواعد. فالوكيل الذكي ليس شخصًا طبيعيًا ولا اعتباريًا، بل هو كيان تكنولوجي ذاتي التعلم، ما يثير إشكالات بشأن تحديد المسؤول عن أفعاله، خاصة في حالة وقوع أضرار نتيجة لاستخدامه.

ذلك ما دفع جل التشريعات لمحاولة نص قوانين مؤطرة للذكاء الإصطناعي بصفة عامة للحد من مخاطره، وتأطير استعمال الوكيل الذكي بشكل خاص إلا أن الساحة التشريعة لطالما افتقرت لاتخاذ المبادرة كالمخاض دون وضع. وفي خطوة جريئة، أتى القانون الأوروبي الجديد حول الذكاء الإصطناعي ليضع إطارًا قانونيًا شاملاً ينظم استخدام هذه التكنولوجيا، مستهدفًا تحقيق التوازن بين تعزيز الابتكار وحماية الحقوق والمصالح العامة. يشمل هذا القانون توجهات جديدة تتعلق بالمسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن الذكاء الإصطناعي.

وفي سياق متصل، يعتبر قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لعام 2024 (AI Act) هو أول إطار قانوني شامل في العالم لتنظيم الذكاء الاصطناعي، كما يرمي إلى ضمان استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي بطريقة آمنة وأخلاقية مع تعزيز الإبتكار والتطور.

هكذا، ارتبط ظهورهذا القانون 2024 (AI Act) لأول مرة سنة 2021 باقتراح من المفوضية الأوروبية في شهر أبريل تحديدا، ليتم اعتماده بشكل نهائي بعد الاتفاق والمصادقة عليه من قبل البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي في أواخر السنة الجارية (2024) ويُتوقع أن يبدأ تطبيقه في عام 2025 بعد فترة انتقالية حسب الموقع الرسمي للاتحاد.[146]

وانطلاقا من هذه المعطيات، يتبين أن دراسة المسؤولية المدنية للوكيل الذكي في ظل الأحكام العامة ومستجدات القانون الأوروبي الجديد ستثري الرصيد المعرفي والقانوني لفهم التحديات القانونية الحديثة في عصر الذكاء الاصطناعي. حيث تفتح هذه الدراسة المجال لإعادة تفسير مفاهيم المسؤولية التقليدية في ظل تقنيات لا تتمتع بالقدرة البشرية على الفهم والإرادة، مما يتطلب تطوير مفاهيم جديدة تتماشى مع الواقع التكنولوجي المتطور هذا من الناحية النظرية.

143 ارتبط ظهور هذا المصطلح لأول مرة في وثائق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (UNICITRA) الصادرة باللغة العربية، ثم استخدمته بعد ذلك بعض الدول العربية في قوانينها المتعلقة بالمعاملات الالكترونية.

144 صفاء خلوقي، العقود الذكية في المعاملات المالية، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ،بكلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية جامعة مولاي إسماعيل بمكناس، سنة 2022 . ص2.

145 صفاء خلوقي، المحددات العامة للوكيل الذكي: دراسة تحليلية مقارنة، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 13، سنة 2024، ص 168.

146 The official website of the act : https://artificialintelligenceact.eu/the-act/. Last Seen: on 19/011/2024 at 8 am.

أما من الناحية العملية، تعد دراسة المسؤولية المدنية للوكيل الذكي ضرورة حيوية لحفظ وحماية الحقوق وتوفير إطار قانوني واضح لآثار استخدام هذه الآلية إضافة لحقيق التوازن بين الابتكار وضمان الأمان القانوني، مما يسهم في بناء بيئة عمل شفافة وآمنة عمليا.

وعليه يمكن طرح إشكالية محورية، يمكن صياغتها في: **ما مدى انسجام مستجدات قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لسنة 2024 مع الأحكام العامة في تنظيم وتحديد المسؤولية عن أفعال الوكلاء الذكيين؟**

ولملامسة الإشكالية المطروحة أعلاه، سيتم إعتماد كل من المنهج التحليلي من خلال تحليل أهم المقتضيات القانونية التي قد تكون لها صلة بالمسؤولية المدنية، ثم المنهج المقارن لمقارنة تلك المقتضيات بكل من الأحكام العامة القديمة ومستجدات قانون الاتحاد الأوروبي الجديد الخاص بتنظيم الذكاء الإصطناعي. كل ذلك عبر التصميم التالي:

أولا: المسؤولية المدنية للوكيل الذكي وفقا للأحكام العامة

ثانيا: المسؤولية المدنية للوكيل الذكي وفقا لمستجدات قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لسنة 2024

أولا: المسؤولية المدنية للوكيل الذكي وفقا للأحكام العامة

للحديث عن المسؤولية المدنية للوكيل الذكي وفق الأحكام العامة، لابد من التطرق لأبرز المقتضيات ذات الصلة بمسؤولية الوكيل الذكي المدنية من خلال (**الفقرة الأولى**) أسس قيام المسؤولية المدنية للوكيل الذكي وفقا لأحكام العامة . ليتم التعريج لتبيان حالات الإعفاء من المسؤولية المدنية وفقا للاحكام العامة (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: أسس قيام المسؤولية المدنية للوكيل الذكي وفقا لأحكام العامة

تنقسم المسؤولية المدنية حسب الأحكام العامة إلى مسؤولية تقصيرية ومسؤولية عقدية[147]؛ فتكون **تقصيرية** إذا كان الإخلال بإلتزام قانوني[148]، بينما المسؤولية الناتجة عن إخلال بإلتزام عقدي تعد مسؤولية **عقدية** بتوفر كل من الخطأ[149]، الضرر[150](بنوعيه المادي[151] والمعنوي[152])، وإثبات العلاقة السببية بينهما[153]وهو ما قضى به الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود المغربي154. فيما يمكن أيضا استحضار منطوق الفصل 88 من قانون الإلتزامات والعقود، حول المسؤولية الناتجة عن حراسة الشيء.155

147 تتحقق هذه المسؤولية العقدية عندما يكون الضرر الذي تعرض له الشخص ناتجا عن امتناع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي، أو تنفيذه بصورة سيئة أو الانقطاع عن تنفيذ جزء منه، لذلك يتوجب عليه تعويض هذا الضرر.

عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، المصادر غير الإرادية للالتزام (المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب)، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، سنة 2021، الصفحة 17.

148 تترتب المسؤولية التقصيرية عن مجرد الإخلال بواجبات قانونية تتعلق بعدم الإساءة للغير، سواء أكان مصدر هذه الواجبات نصوص تشريعية، أو كان مصدرها نظام التعايش الإجتماعي الذي يفرض على كل شخص أن يحتاط في سلوكه حتى لا يلحق الضرر بغيره، فإذا فعل فإنه يلتزم بتعويض الطرف المضرور. نفس المرجع أعلاه ونفس الصفحة.

149 ومن الأمثلة على الأخطاء العقدية حالة تسليم البائع لروبوت بهدف تقديم طعام يتبين بعد ذلك وجود عيب فيه يا علم به البائع.

150 الضرر: "هو كل ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام. وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول لفطنة المحكمة، التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه". الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود.

151 الضرر المادي هو ما يصيب الشخص من أدى في جسمه أو في ماله أو بانتقاص حقوقه المالية أو بتفويت مصلحة مشروعة له تقدر فائدتها ماليا. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، بدون ذكر الطبعة، سنة 1979، الصفحة 333.

152 إذا كان الضرر المادي تترتب عليه خسارة مالية فالضرر الأدبي لا دخل له فيها، وإذا كان الضرر المادي يتعلق بحق الإنسان ماليا كان أو شخصيا، فإن الضرر الأدبي يقتصر على ما يتصل بشخصية المرء وبحقوقه العائلية ويصيب الشعور والأحاسيس، وبما يمس العرض أو السمعة والاعتبار بقذف أو تشهير، أو يصيب العاطفة من حزن أو حرمان، وبعبارة شاملة كل مساس بالناحية النفسية للذمة الأدبية. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، مرجع سابق، الصفحة 342.

153 ذلك لأن وقوع الخطأ من المدين وتحقق الضرر غير كاف لقيام المسؤولية العقدية بل يجب أن يكون هذا الخطأ هو سبب الضرر، أي وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

154 الذي يشترط إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية لتحقيق المسؤولية التقصيرية

155 وذلك في حال اعتبارالوكيل الذكي شيئ حسب بعض الفقه.Aleksandra M Jurewicz, Contracts Concluded by Electronic Agents - Comparative Analysis of American and Polish Legal Systems, Beepers legal Repository, August 2005. P 22.

ومن هذا المنطلق، وبالرجوع للإطار القانوني لعقد الوكالة حيث عرفت من قبل المشرع المغربي بكونها "عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه، ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة الموكل والغير بل والذي ولمصلحة الغير وحده"156 ،بناءا على هذه المعطيات التشريعية، وبما أن الوكالة هي عقد من العقود المنظمة قانونيا والتي يمكن اعتبارها أكبر دلالة وقربا لفكرة الوكيل الذكي[157]، فإن مسؤولية هذا الأخير في هذه الحالة تكون عقدية[158]. وبالتالي، إذا لم يقم الوكيل الذكي بتنفيذ إلتزامه الذي يفرضه عليه العقد، أو إذا أصبح تنفيذ هذا الإلتزام مستحيلاً بسبب خطأ الوكيل الذكي، فإنه يتحمل المسؤولية عن التعويضات الناتجة عن الضرر[159] الذي تسبب فيه.

أما بخصوص الإثبات، فإذا كان عبء إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر يقع في الأحوال العادية على عاتق الدائن الذي يطالب المدين بالتعويض[160]، كما تجدرالإشارة في هذا المقام إلى أنه في العقود المبرمة عن بعد -والتي يكون أحد أطرافها مستهلكا-، يقع ها هنا عبء الإثبات على الطرف الآخر. فيكون مستخدم الوكيل الذكي ملزما بإثبات عدم وجود أي علاقة مباشرة بين خطأ الوكيل والضرر الحاصل للمستهلك، وهو ما يستنتج من مضمون المادة 34 من القانون المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك[161].

ومن تم وفي سياق التعاقد الذكي خاصة، وبالرغم من تعدد أنواع المسؤولية التي قد تنشأ على شبكة الإنترنت، فإن المسؤولية تكون عقدية –في غياب نص خاص- إذا ما كانت المعاملات تتعلق بعقد، حتى وإن كان هناك من يزعم القول بأن القانون لاينبغي أن ينسب المسؤولية إلى الكيانات ذات الذكاء الإصطناعي لأن هذه الكيانات ليست أو لايمكن أن تكون وكلاء "حقيقيين" أو مسؤولين "حقيقيين"، حيث يستند إلى افتراض أن هناك مايسمى بالوكيل "الحقيقي" أو المسؤولية "الحقيقية"[162] وهذا اشكال آخر لم يحسم فيه بعد.

ففي مثل هذه المعاملات التي يستخدم فيها الوكيل الذكي، يتحمل الأطراف الذين يشاركون فيها المسؤولية عن الأفعال التي يقوم بها الوكيل الذكي الذي يخضع لسيطرتهم، ولا يمكنهم التنصل من هذه المسؤولية بحجة أن النظام الذكي يعمل بدون تدخل بشري، لأن الوكيل الذكي ليس سوى أداة (في نظر بعض الفقه)163 ضمن النظام الذي أنشأه الموكل164. فإذا وقع خطأ أثناء التعاقد -استنادا على ذلك-، تكون المسؤولية على الشخص الذي يمتلك النظام الذكي طالما أن الوكيل الذكي لا يمتلك إرادة مستقلة عن إرادة مالك النظام.[165]

وفي حال كانت إرادة الوكيل الذكي تحل محل إرادة الموكل أثناء التعاقد، فإن آثار هذا التصرف تنعكس مباشرة على الموكل، لأن الوكيل الذكي لا يخلق إرادته وسلطاته بمفرده، بل يتم إنشاؤها بواسطة الموكل أو المبرمج.

---

156 الفصل 879 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

157 صفاء خلوقي، المحددات العامة للوكيل الذكي: دراسة تحليلية مقارنة، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 13، سنة 2024، ص 176.

158 خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، سنة2011 ، الصفحة 34

159 عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية عن الضرر، فإن القانون يعرف بالفعل الظروف التي يعد فيها أكثر من كيان واحد مرتكبا للضرر حيث .يميز الباحثان لاندس وبوسنريين الضرر المشترك "المتزامن" و"المتتالي"

"...Another element of the phenomenological view as outlined above is that unlike rocks, stones, or even more complex ordinary matter such as bees or mice, we have the power to freely bring about one event or some alternative event, that is, the power to do otherwise", Taylor, J.S. John Martin Fischer and Mark Ravizza, Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility. The Journal of Value Inquiry (n 34), (2001). p 8

160 عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزامات، المسؤولية المدنية، دار الأمان، الطبعة الثالثة، سنة 2011 ، الصفحة 47.

161 تنص المادة 34 من القانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك: "في حالة حدوث نزاع بين المورد والمستهلك، يقع عبء الإثبات على المورد خاصة فيما يتعلق بالتقديم المسبق للمعلومات المنصوص عليها في المادة 29 وتأكيدها واحترام الآجال وكذا قبول المستهلك. يعتبر كل اتفاق مخالف باطلا وعديم الأثر".

162 This assumption can be found e.g. in Bryson et al (n 3) with regard to legal personhood. Gunkel outlines how under one view, blaming artificially intelligent entities is 'ontologically incorrect', David J. Gunkel, The Machine Question: Critical Perspectives on Ai, Robots, and Ethics (MIT Press 2012) p 28.

163 1 Robin Widdison & Tom Allen, "The Computer as a Tool of Communication," Computers, Environment and Urban Systems, vol. 19, no. 2, 1995. p. 131-144

164 لعل السبب الرئيسي وراء هذا الطرح هو عدم التهرب من المسؤولية.

165 Look: Samir Chopra and Laurence White, A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents (University of Michigan Press 2011) 11; Joshua Greene and Jonathan Cohen, 'For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything' (2004) 359 Philosophical Transactions: Biological Sciences 1775, 1782

لكن يطرح التساؤل حول ما إذا كان يمكن الإعفاء من المسؤولية سواء بالنسبة للوكيل أو المستخدم؟

الفقرة الثانية: حالات الإعفاء من المسؤولية المدنية وفقا للاحكام العامة

يمكن للموكل أن يعفى من المسؤولية في حالات معينة، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- إذا أثبت أن الوكيل الذكي لا يعمل تحت إشرافه أو إذا تبين أن الخطأ لم يكن من الوكيل الذكي بل ناتج عن سبب خارجي.166

- لا تتحقق مسؤولية الموكل إلا إذا أثبت أن الخطأ كان نتيجة لخطأ الوكيل الذكي: إذا كان الضرر الذي وقع على الغير ناتج عن سبب خارجي غير مرتبط بخطأ الوكيل الذكي، فلا يجوز للغير الرجوع على الموكل.167

هذا، أما بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يتعاقد مع وكيل ذكي، فإن العقد يكون غير نافذ في حال لم يكن يعلم أنه يتعامل مع وكيل ذكي. حيث يشترط بأن يكون إعلام الشخص الطبيعي بأنه يتعامل مع وكيل ذكي عند إتمام التعاقد، وإلا فإن العقد قد يصبح غير نافذ. أما إذا ارتكب الشخص الطبيعي خطأ ماديًا أو إذا لم يتمكن النظام الذكي من تمكينه من تصحيح الخطأ، فإن العقد يصبح غير نافذ. لذلك يقتضي الأمر في إستعمالات مثل هذه الأنظمة الذكية، توفير وسائل لتصحيح الأخطاء التي قد تحدث أثناء التعاقد -مع الوكيل الذكي-، لضمان تصحيح أي خطأ مادي الأطراف المعنية يمكنها إتمام التعاقد.

ومن تم فإذا كان للموكل حالات يمكن إعفاه من المسؤولية بتوفر شروطها، فماذا عن المسخدم؟

كما سبق ذكره فمستخدم الوكيل الذكي يتحمل المسؤولية المدنية عن الأخطاء والأضرار التي تلحق بالطرف الآخر المتعاقد مع الوكيل اذكي، لكن لا يمكن بمجرد استخدام برنامج الوكيل االذكي في التعاقد تحميل المستخدم المسؤولية في جميع الحالات بغض النظر عن سبب حصول الضرر، بل يستفيد هذا الأخير بدوره أيضا من حالات الإعفاء؛ سواء في إطار مايسمى بالإعفاء القانوني من المسؤولية في بعض الحالات التي يجوز فيها الإعفاء من المسؤولية قانونيا168، أو من خلال الإتفاق.

فيما يتعلق **بالإعفاء القانوني**، يمكن إجمال حالاته في إما أن يكون:

- **بسبب القوة القاهرة**؛ حيث عرف المشرع المغربي القوة القاهرة بأنها كل أمر لا يستطيع الإنسان توقعه[169].

- **أوبسبب الظروف الطارئة**؛ لكون الظروف الطارئة تعتبر سببا لإعفاء المستخدم من المسؤولية عن الضرر الحاصل للغير، والناتج عن استخدام الوكيل الذكي[170].

- أو **بسبب خطأ الزبون وفعل الغير**؛ فحسب القواعد العامة يعتبر خطأ المضرور من الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء المدعى عليه من تحمل المسؤولية، إلا أن هذا الإعفاء قد يكون إعفاء كلي متى اتخذ خطأ المضرور وصف القوة القاهرة، كما قد يكون سببا للإعفاء الجزئي من المسؤولية171، وينطبق ذلك في الحالة التي يكون فيها هذا الخطأ سببا ساهم في وقوع الضرر[172].

---

166 فإذا ارتكب الوكيل الذكي خطأ نتيجة خلل في البرمجة أو خطأ في النظام، وكان هة الدافع الرئيس للتعاقد معه، يمكن للطرف المتضرر أن يرفع دعوى لإبطال العقد ضد الموكل ويطالب بتعويض الأضرار. وفي هذه الحالة، يحق للموكل الرجوع على مطور النظام باعتباره مسؤولاً عن الخطأ.

167 وفي هذا السياق، يتم تحديد الفروق بين الوكيل الذكي والنظام الذكي الذي يعمل وفق برمجة مسبقة، لتجنب تحميل الموكل المسؤولية في حالة حدوث خطأ من النظام الذكي. أما إذا كان النظام الذكي يعمل كوكيل ذكي، فإن الموكل يتحمل المسؤولية عن الأخطاء التي تصدر عنه باعتباره شخصا حقيقيا كما تم الإشارة إليه سابقا.

168 يمكن إعفاء المستخدم من المسؤولية بسبب القوة القاهرة، أوبسبب الظروف الطارئة، أوبسبب خطأ الزبون وفعل الغير.

169 الفقرة الأولى من الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود نصت على أن: "القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان توقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا."

170 عندما يكون الظرف أو الحادث الطارئ هو من دفع الوكيل الذكي لإرتكاب الفعل الذي نشأ عنه ضرر للطرف الآخر في العقد، وهذا الفعل حسب نظرية الظروف الطارئة كان الوسيلة الوحيدة لتفادي حدوث ضرر أكبر كان محققا بفعل الحادث الطارئ. عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر العربي - القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1992، الصفحة 225.

171حيث تنص المادة 26 من القانون 31.08 ن في فقرتها الأخيرة على ما يلي: "غير أنه، يمكن إعفاء المورد من المسؤولية كلها أو جزء منها إذا أثبتت أن عدم تنفيذ العقد أو سوء تنفيذه راجع إلى المستهلك...".

172 عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزامات، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، الصفحة 124.

أما بخصوص الإعفاء الإتفاقي؛ فإنه يجوز برمجة الوكيل الذكي على الإتفاق مع الطرف الآخر للتخفيف من هذه المسؤولية وذلك في إطار المسؤولية المدنية طبعا دون الجنائية. وهذا طبقا للمبدأ العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين، حيث جعل المشرع لا يشترط عدم تضمين العقد شروط وحالات الإعفاء من المسؤولية العقدية، فبني الأصل في ذلك، على حرية الأطراف في تعديل قواعد هذه المسؤولية، سواء تعلق الأمر بتشديدها، أو بالتخفيف منها أو الإعفاء الكلي منها[173]، مع اشتراط عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن التدليس وعن الخطأ الجسيم، وبالتالي فحرية الأطراف ليست مطلقة في تعديل قواعد المسؤولية العقدية، اعمالا بالفصل 232 من قانون الالتزامات والعقود174، المشرع في هذا الفصل حدد صراحة الحالات التي لا يجوز فيها إعمال شرط الإعفاء من المسؤولية، وهما حالتين الخطأ الجسيم والتدليس175، وهو أمر ينطبق كذلك فيما يخص التعاقد بالوكيل الذكي، دون إغفال الإشارة إلى أن هناك حالات أخرى لا يمكن للمستخدم فيها أن يشترط عدم مسؤوليته عن خطأ الوكيل الذكي.176

وبناء على ما سبق، ومن خلال التطرق لأهم القواعد القانونية ذات الصلة بالمسؤولية المدنية والتي يمكن الإستناد عليها لتحديد المسؤولية المدنية للوكيل الذكي وفقا للأحكام العامة، سيتم الإنتقال للحديث عن أهم المستجدات القانونية التي جاء بها قانون اللإتحاد الأوربي المتعلق بالذكاء الإصطناعي في هذا الموضوع.

ثانيا: المسؤولية المدنية للوكيل الذكي وفقا لمستجدات قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لسنة 2024

للحديث عن الأحكام العامة التي تحكم مسؤولية الوكيل الذكي المدنية وفق مستجدات القانون الأوروبي لسنة 2024، ودراسة مدى إمكانية وجود نقاط مشتركة بين هذه المستجدات والأحكام التقليدية في القانون المغربي، بهدف إبراز أوجه التوافق والتباين في إطار رؤية قانونية مقارنة تساهم في إثراء النقاش حول تنظيم هذا المجال. لابد من تقسيم الموضوع إلى فقرتين: تتناولت الأولى المبادئ الرئيسة والمقتضيات القانونية التي تحدد المسؤولية **المدنية للوكيل الذكي حسب مستجدات هذا القانون (الأحكام والمبادئ العامة لمسؤولية الوكيل الذكي في إطارقانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لسنة 2024)**، والثانية حالات الإعفاء (حالات الإعفاء من المسؤولية المدنية وفق **قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لسنة 2024)**

الفقرة الأولى: الأحكام والمبادئ العامة لمسؤولية الوكيل الذكي في إطارقانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لسنة 2024

بداية وفي محاولة القيام بمقارنة بين القانون المغربي وقانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي، يتضح أن هناك تشابهات في المبادئ الأساسية مثل المسؤولية العقدية والتقصيرية، إلا أن اللائحة الأوروبية تضع إطارًا أكثر تحديدًا يتعلق بالأنظمة الذكية، خاصة في مسألة المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن تقنيات الذكاء الإصطناعي واستخدام الخوارزميات. وهو ما يتضح من خلال النقط التالية:

- في اللائحة الأوروبية للذكاء الإصطناعي، لا يوجد نص محدد صريح يتحدث عن المسؤولية العقدية بشكل مباشر. ومع ذلك، يشمل الإطار التشريعي للمسؤولية المدنية -المادة 3 منه التي تُلزم المشغلين بالتأكد من الإمتثال لمعايير الأمان وتجنب الأضرار الناتجة عن الذكاء الإصطناعي.

فمثلا الوكيل الإلكتروني يبرمج على أن يتيح للزبون فرصة إدخال المعلومات المتعلقة بهويته وبمكان تسليم المبيع، وهنا يفترض في هذا الأخير أن يدلي بالمعلومات الصحيحة والضرورية لإنجاز العقد وتنفيذه، وإلا فإن مستخدم الوكيل الإلكتروني سيعفى من تحمل مسؤولية الضرر الذي لحق بالزبون، وهكذا فعندما يخطأ هذا الأخير في البيانات المتعلقة بمكان التسليم، فإن مستخدم الوكيل الإلكتروني لا يتحمل المسؤولية عن سوء تنفيذ العقد.

173 عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزامات، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، الصفحة 49.

174 نص الفصل 232 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "لا يجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن خطإه الجسيم وتدليسه"

175 التدليس هو عبارة عن مجموعة من الوسائل الاحتيالية التي يمارسها أحد المتعاقدين قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الآخر، الشيء الذي يحمله على التعاقد. راجع عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، دار الأمان، الطبعة الرابعة، سنة 2014، الصفحة 151.

176 كالخطأ المتعلق بالمعطيات الشخصية للزبون، والخطأ المرتبط بحقوق المستهلك.

- تحديد المسؤولية التقصيرية في حالات الأضرار الناجمة عن الأنظمة الذكية أو الخوارزميات وذلك حسب ما ضمنته المادة 29 من اللائحة الأوروبية للذكاء الإصطناعي، حيث يتعين إثبات العلاقة السببية بين استخدام النظام وإحداث الضرر.
- النص على أن المسؤولية قد تُحمل على "الحارس" أو "المشغل" للنظام الذكي إذا تسببت هذه الأنظمة في أضرار لأطراف ثالثة وهو ما يستفاد من المادة 10 من اللائحة الأوروبية للذكاء الإصطناعي.
- هذا كما تجدر الإشارة إلى المادة 41 من اللائحة الأوروبية للذكاء الإصطناعي، التي تعالج مسؤولية مشغلي الأنظمة الذكية عن الأفعال غير المشروعة الناجمة عن تطبيق تقنيات الذكاء الإصطناعي.

علاوة على ما تقدم بيانه، وبما أن القانون الأوروبي للذكاء الإصطناعي (AI Act) يمثل خطوة جد هامة تهدف تحديد المسؤولية القانونية للأنظمة الذكية، بما في ذلك الوكلاء الأذكياء. وفقاً للقانون، فقد جاء بتصنيف غير مسبوق لأنظمة الذكاء الإصطناعي بناءً على مستوى المخاطر، مما يستفاد منه أنه يضع الوكيل الذكي وفقا لذلك ضمن فئة الأنظمة ذات المخاطر العالية[177] إذا كان لديه تأثير مباشر على حقوق الأفراد أو السلامة العامة. ويُعد هذا التصنيف قاعدة أساسية لضبط المسؤولية، حيث يُشترط على جميع الأطراف المعنية الإلتزام بمعايير الأمان والشفافية[178]، وفقا لقواعد أساسية كالسلامة والإختبار المستمر وقاعدة الإستخدام الآمن. والتي يمكن توضيحها بشكل مقتضب كالآتي:

- إن **قاعدة الشفافية والتفسيرية** هي أساس المسؤولية في قانون الذكاء الإصطناعي الأوروبي التي توضح الإلتزامات المتعلقة بالشفافية وحق التوضيح تعتمد على مواد متعددة، بما في ذلك:

المادة 13 [179]التي بتوضيح لإتزامات الشفافية لمقدمي الأنظمة الذكية عالية المخاطر. والتي توجب على مزودي هذه الأنظمة تقديم معلومات واضحة حول كيفية عمل الأنظمة، بما في ذلك الأهداف والقواعد والمبادئ الأساسية للأنظمة الذكية. كما أن المادة 10 تشدد على ضرورة الشفافية في أنظمة الذكاء الإصطناعي، حيث تطالب الشركات والمطورين بتوفير تفسيرات واضحة حول كيفية اتخاذ الأنظمة الذكية للقرارات، مما له تأثير مباشر على تحديد المسؤولية في حال حدوث أخطاء.

177 حبث يتبع قانون الذكاء الاصطناعي للاتحاد الأوروبي نهجًا قائمًا على المخاطر، باستخدام مستويات لتصنيف مستوى المخاطر التي تشكلها أنظمة الذكاء الاصطناعي على صحة الفرد أو سلامته أو حقوقه الأساسية. المستويات الثلاثة هي:

الأنظمة منخفضة المخاطر مثل فلاتر الرسائل غير المرغوب فيها أو ألعاب الفيديو لها متطلبات قليلة بموجب القانون بخلاف التزامات الشفافية .

تتطلب أنظمة الذكاء الاصطناعي عالية الخطورة مثل المركبات ذاتية القيادة والأجهزة الطبية والبنية التحتية الحيوية (شبكات المياه والغاز والكهرباء وغيرها) من المطورين والمستخدمين الالتزام بمتطلبات تنظيمية إضافية:

- تنفيذ إدارة المخاطر، وتوفير الدقة والمتانة، وإطار عمل للمساءلة يتضمن رقابة بشرية
- تلبية متطلبات الشفافية المنصوص عليها للمستخدمين، وحفظ السجلات، والتوثيق التقني

الأنظمة المحظورة مع استثناءات قليلة هي الأنظمة التي تشكل مخاطر غير مقبولة مثل التسجيل الاجتماعي، والتعرف على الوجه، والتعرف على المشاعر، وأنظمة تحديد الهوية البيومترية عن بُعد في الأماكن العامة.

Heather Gentile :Preparing for the EU AI Law: Getting Governance Right

https://www.ibm.com/sa-ar/think/insights/eu-ai-act. Seen on 29/10/2024. At 08 Pm

178 Espinoza, Javier (9 December 2023). "EU agrees landmark rules on artificial intelligence". Financial Times. 29 December 2023. https://www.ft.com/content/d5bec462-d948-4437-aab1-e6505031a303 Seen at 07 am, 12/10/2024.

179 User Awareness: Clear and understandable information must be provided to users about the operation, objectives, and any potential limitations of the AI system.. » Article 13 Intelligence Act (AI Act).

المادة 50180 فجاءت بتحديد لإتزامات الشفافية على مقدمي ومستخدمي بعض الأنظمة الذكية، مثل أنظمة الذكاء الإصطناعي العامة. كما أنها تتطلب -هذه المادة- توفير مستندات تقنية وتوضيحات حول كيفية عمل النظام لضمان الإستخدام الآمن والمسؤول.181

إلا أن هذا القانون يفرض أن تكون جميع قرارات الوكلاء الأذكياء واضحة وقابلة للتفسير. حيث ينطبق هذا المبدأ على الوكيل الذكي لأنه قد يتخذ قرارات بشكل مستقل قد تؤثر على حقوق الأفراد، مثل توصيات القروض البنكية أو التقييم التلقائي للموارد البشرية. ومن تم توفير إمكانية فهم أفعال الوكيل الذكي وضمان قابليتها للتحقق، مما يسهل تحديد المسؤولية في حالة حدوث ضرر.182

- **قاعدة السلامة والاختبار المستمر** وهي قاعد مرتبطة أساسا بمسؤولية المطور، ذلك أن القانون المذكور ينص على أن المطورين يتحملون مسؤولية تصميم وتدريب الأنظمة الذكية بطريقة تقلل المخاطر.183
- **قاعدة الاستخدام اللاَمن** وهي قاعد مرتبطة تحديدا بمسؤولية المستخدم النهائي

بوضعه جزءً من المسؤولية على المستخدم النهائي للوكيل الذكي، خاصة إذا أسيء استخدام النظام أو تم تشغيله في ظروف غير آمنة. 184

والملاحظ أن قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي (AI Act)حاول جعل الإطار القانوني الجديد أكثر شمولًا وفعالية في مواجهة التحديات القانونية المرتبطة بالتطور التكنولوجي فإضافة للمواد المذكورة أعلاه، تناول مقتضيات أخرى ذات صلة بمسؤولية الوكيل الذكي المدنية لكن يطرح التساؤل حول ما إذا نظم حالات الإعفاء؟

الفقرة الثانية: حالات الإعفاء من المسؤولية المدنية وفق قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لسنة 2024

لم يغفل القانون الأوروبي للذكاء الإصطناعي تنظيم حالات الإعفاء من المسؤولي، بناء على ضوابط وشروط تهدف إلى حماية أطراف النظام القانوني من تحمل أعباء غير منطقية أو غير عادلة. وفي هذا الباب تعد المادة 47 من النصوص الأساسية في هذا الصدد، حيث تشدد على مبدأ الشفافية والإفصاح. فإذا أثبت المطور أو المشغل الإلتزام بتوفير كافة المعلومات اللازمة حول طبيعة النظام الذكي، مخاطره، وحدود استخدامه، فإن ذلك قد يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية في حال وقوع أضرار بسبب سوء استخدام النظام من طرف المستخدم. كما تشمل مقتضيات لضمان حقوق المستهلكين وحمايتهم في الحالات التي يتعرضون فيها للأضرار نتيجة استخدام الوكلاء الذكيين، مما يعزز من حماية الأفراد ويحدد آلية تعويضهم.

كما تتناولت المادة 6 مسؤولية الفاعلين المختلفين في النظام البيئي للذكاء الإصطناعي، وهوما يسهم بشكل كبير في تحديد المسؤوليات بين المطورين والمستخدمين وتوزيع الأدوار بين الأطراف المتورطة.

---

180 Article 50 of the European Union's Artificial: « Obligations for Providers

Providers of AI systems must ensure that the system's design and development allow for clear awareness among individuals that they are interacting with an AI system. This requirement does not apply when the interaction is transparent to the individual based on their reasonable knowledge, vigilance, and awareness. Moreover, exceptions apply for AI systems used for detecting and preventing crimes, provided the system complies with legal safeguards for fundamental rights... »

181 تجدر الإشارة إلى أن هذه النصوص تتطلب توفير معلومات كافية حول خوارزميات الأنظمة الذكية لجعلها مفهومة للمستخدمين النهائيين.

182 على سبيل المثال، إذا أصدر الوكيل الذكي قرارًا خاطئًا أدى إلى ضرر مالي، يمكن للمتضرر استخدام هذه القاعدة لمطالبة المطور أو المستخدم النهائي بالتعويض.

183 يشمل ذلك إجراء اختبارات أمان دورية للنظام. بالنسبة للوكيل الذكي، يُعتبر هذا المبدأ حاسماً لأنه يعتمد على بيانات التدريب التي قد تحتوي على انحيازات أو أخطاء. فإذا تصرف الوكيل بطريقة غير متوقعة بسبب خلل في الخوارزمية أو بيانات التدريب، يتحمل المطور المسؤولية المدنية والجنائية.

184 على سبيل المثال، إذا استخدم مستخدم الوكيل الذكي في بيئة لم يتم تصميمه لها، مثل تشغيله لاتخاذ قرارات طبية حساسة دون إشراف بشري، فقد يُعتبر المستخدم مسؤولاً جزئياً عن الضرر الناتج.

بالإضافة إلى ذلك، تعالج المادة 61 الظروف الاستثنائية مثل القوة القاهرة أو التدخلات الخارجية (السبب الأجنبي) التي قد تؤدي إلى الإضرار بالمستخدمين. حيث تشير هذه المادة إلى أنه لا يمكن تحميل المشغل أو المطور المسؤولية إذا كان السبب الرئيسي للضرر خارجًا عن إرادتهما أو نتيجة تدخل طرف ثالث (الغير) مستقل لا علاقة له بالنظام الذكي.

وفي نفس الإتجاه تنص مواد أخرى، مثل المادة 28، على المسؤولية التشاركية أو دور المستخدم النهائي في الإضرار الناجم عن النظام، مما قد يؤدي إلى تقاسم المسؤولية أو الإعفاء منها جزئيًا للمطور أو المشغل إذا كان المستخدم قد خالف التعليمات أو استخدم النظام بشكل يتعارض مع الأغراض المحددة له. زيادة على تنظيمها –أي نفس المادة- للإجراءات القضائية المرتبطة بمسؤولية الوكلاء الذكيين، وتحديد كيفية تعامل القضاء مع الملفات المتعلقة بالأضرار الناجمة عن هذه الأنظمة، مما يسهم في تسهيل عمليات التقاضي.

مما تقدم، وبقراءة لمضامين القانون الأوروبي يتبين أنه يُحدث توازناً مع القواعد المدنية التقليدية، من خلال توفير إطار تشريعي لتحديد المسؤولية في الحالات التي يكون فيها الوكيل الذكي طرفاً في النزاع. من ذلك مثلا، إذا تسبب الوكيل الذكي في إتلاف ممتلكات أو إلحاق ضرر شخصي، يمكن استخدام مبدأ "المسؤولية المشتركة"، حيث يتم تحميل كل من المطور والمستخدم النهائي مسؤولية تعويض المتضررين، بناءً على درجة الإهمال لكل طرف. إضافة لوجوب الإلتزام بالإعلام وغيرها.

خاتمة:

في ختام هذا الموضوع، يمكن القول إن المسؤولية المدنية للوكيل الذكي تظل من أبرز القضايا القانونية التي تطرح تحديات كبيرة تتطلب تدخلًا تشريعيًا عاجلًا. وهو ما قد سعى قانون الذكاء الإصطناعي للإتحاد الأوروبي لعام 2024 لمعالجة من خلال وضع إطار قانوني يهدف إلى الحد من مخاطر الأنظمة الذكية وحماية الحقوق الأساسية للأفراد. وبالرغم من أن هذا القانون لا يتطرق بشكل صريح إلى تنظيم الوكيل الذكي، إلا أنه يوفر قاعدة قانونية مرنة يمكن أن تطبق على هذا النوع من الأنظمة، خاصة مع تصنيفه لبعض الأنظمة الذكية كأنظمة عالية المخاطر.

ومن ثم، تم التوصل من خلال هذه الدراسة، إلى أن هذا القانون يُعد خطوة هامة نحو تفعيل مسؤولية الجهات القائمة على الأنظمة الذكية، مما يساهم في تعزيز الشفافية والسلامة العامة. كما يفتح الباب أمام التشريعات الوطنية للاستفادة من هذه المستجدات وتكييفها بما يتماشى مع خصوصياتها، لا سيما في دول مثل المغرب التي تواجه تحديات مماثلة. بذلك، يكون قانون الاتحاد الأوروبي نموذجًا يحتذى به في تطوير قوانين الذكاء الاصطناعي على مستوى عالمي، مما يسهم في إيجاد توازن بين حماية الحقوق وتعزيز الابتكار في هذا المجال الحيوي.

لائحة المراجع

باللغة العربية

-المصادر:

الظهائر والقوانين:

- ظهير 12 غشت 1913 (ظهير الالتزامات والعقود)
- القانون رقم 31.08 بشأن تحديد تدابير لحماية المستهلك (الصادر بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.03 في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)
- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985)، المعدل سنة 2006.

- **الكتب:**

- حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، بدون ذكر الطبعة، سنة 1979.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، سنة2011 .

- عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، المصادر غير الإرادية للالتزام (المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب)، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، سنة 2021.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزامات، المسؤولية المدنية، دار الأمان، الطبعة الثالثة، سنة 2011
- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1992

- **المقالات:**

- صفاء خلوقي، المحددات العامة للوكيل الذكي: دراسة تحليلية مقارنة، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 13، سنة 2024.

- **الأبحاث الجامعية**

- صفاء خلوقي، العقود الذكية في المعاملات المالية، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ،بكلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية جامعة مولاي إسماعيل بمكناس، سنة 2022 .

- **المراجع باللغة الاجنبية**

- Aleksandra M Jurewicz, Contracts Concluded by Electronic Agents Comparative Analysis of American and Polish Legal Systems, Beepers legal Repository, August 2005.
- David J. Gunkel, The Machine Question: Critical Perspectives on Ai, Robots, and Ethics (MIT Press 2012) .

-Joshua Greene and Jonathan Cohen, 'For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything' (2004) 359 Philosophical Transactions: Biological Sciences 1775, 1782.

-Robin Widdison & Tom Allen, "The Computer as a Tool of Communication," Computers, Environment and Urban Systems, vol. 19, no. 2, 1995.

-Samir Chopra and Laurence White, A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents (University of Michigan Press 2011)

-Taylor, J.S. John Martin Fischer and Mark Ravizza, Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility. The Journal of Value Inquiry (n 34), (2001).

- **المو اقع الإلكترونية:**

https://www.ibm.com/sa-ar/think/insights/eu-ai-act.

https://www.ft.com/content/d5bec462-d948-4437-aab1-e6505031a303

https://artificialintelligenceact.eu/the-act/.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
ISSN:2509-0291

المسؤولية التقصيرية الناشئة عن عقود الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية.

The Tortious liability arising from subscription contracts in electronic information banks.

الباحثة : فاطمة الزهراء الفضلي
طالبة باحثة بسلك الدكتوراه
مختبر قانون الأعمال كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الحسن الأول

ملخص البحث:
يتناول هذا الموضوع المسؤولية التقصيرية الناشئة عن عقود الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية، حيث تقع على مقدم الخدمات مسؤولية حماية البيانات من التسريبات والهجمات الإلكترونية. في حال الإهمال أو التقصير، يتحمل مقدم الخدمات المسؤولية القانونية عن الأضرار. كما يتحمل المشترك أيضا جزءاً من المسؤولية في حال ارتكاب أخطاء مثل استخدام كلمات مرور ضعيفة أو إهمال الإجراءات الأمنية. وهنا يلعب التأمين دورا مهماً في تغطية الأضرار وتعويض المتضررين عن الخسائر المالية والنفسية الناجمة عن هذه الأخطاء.
الكلمات المفتاح: مقدم الخدمات. المشترك. التأمين. التعويض.

Abstract
This topic addresses tortious liability arising from subscription contracts in electronic information banks. Service providers are responsible for protecting data from breaches and cyberattacks, and they may be held legally liable for damages in cases of negligence or failure to provide adequate security. Subscribers also bear responsibility if they make mistakes, such as using weak passwords or neglecting security measures. Insurance plays a crucial role in covering damages and compensating affected parties for financial and emotional losses caused by these errors.
Keywords: Service provider – Subscriber – Insurance – Compensation.

مقدمة:

تعتبر بنوك المعلومات الإلكترونية أنظمة أو قواعد بيانات رقمية ضخمة تستخدم لجمع وتخزين وتنظيم ومعالجة المعلومات بشكل إلكتروني، بحيث يتمكن المستخدمون من الوصول إلى هذه البيانات عبر الأنترنت أو الشبكات الداخلية. وتشمل بنوك المعلومات مختلف أنواع البيانات مثل المعلومات الشخصية، المالية، الطبية، التعليمية، التجارية؛ وتستخدم في العديد من المجالات مثل الأبحاث العلمية، التجارة الإلكترونية، البنوك، والمؤسسات الحكومية. وبعبارة أخرى تعد بنوك المعلومات الإلكترونية أدوات أساسية لتمكين المؤسسات والأفراد من إدارة وتخزين المعلومات بكفاءة عالية، حيث يمكنهم بسهولة الوصول إلى المعلومات اللازمة واسترجاعها في أي وقت.

وقد واكب ذلك، ظهور عقد حديث النشأة يسمى عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية، حيث يبرم هذا العقد عن طريق خدمات الاتصال وهو ما سهل بشكل كبير نقل المعلومات والاستفادة منها، إذ ساهمت تقنيات الحديثة وخدمات الاتصالات على ابراز موردا اقتصاديا جديدا ومنافسا بقوة ألا وهو المعلومات. مما أدى إلى ازدياد أهمية المعلومات في العصر الحالي بشكل كبير وتعددت طرق استثمارها، وبالتالي أصبح من الضروري حماية هذه المعلومات من الخروقات والاستخدام غير المشروع. حيث أن

تداولها والحصول عليها بحاجة لوجود تنظيم قانوني ينظم نشاط تداولها كخدمة إلكترونية وحمايتها من الاستغلال او الاعتداء، لكونها ثورة وطنية وموردا اقتصاديا هاما.

وفي هذا الإطار قد تتثور المسؤولية المدنية عن عقود الاشتراك في بنك المعلومات الإلكترونية إذا وجد خطأ وضرر وعلاقة سببية. إذ تقوم المسؤولية العقدية بتوافر أركانها الثلاثة من ضرر وخطأ وعلاقة سببية تربط بينهما، حيث إذا انقضى ركن منها انقضت المسؤولية بأكملها، وذلك في حالة وجود اخلال بالتزام عقدي. أما في حالة غياب العقد تقوم المسؤولية التقصيرية أيضا عند توافر الأركان الثلاثة (الخطأ، الضرر، العلاقة السببية)، باعتبارها كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بضمان الضرر. وعموما سنقتصر في هذا الموضوع على المسؤولية التقصيرية والتي تتجسد في حماية حقوق المشتركين الذين قد يتعرضون للضرر بسبب تسريب البيانات، الهجمات الإلكترونية، أو سوء إدارة المعلومات. وعند إثبات وجود خطأ من مقدم الخدمة أو تقصير في أداء واجباته، تتولد المسؤولية القانونية التي تفرض على مقدم الخدمة تعويض المتضررين عن الأضرار التي لحقت بهم.

وعلى هذا الأساس، تبرز إشكالية قانونية تتمثل في كيفية تحديد المسؤولية المدنية التقصيرية في حال وقوع أضرار ناتجة عن الإخلال بالالتزامات الأمان والحماية من قبل مقدم الخدمة وكذا المشتركين. وكيفية تحديد تعويض المتضررين، في ظل بيئة رقمية تتسم بالتعقيد والمخاطر المتزايدة.

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية، حاولنا معالجة الموضوع والإحاطة بجوانبه وفق ثلاثة مطالب، حيث ارتئينا تقسيم الموضوع كالتالي:

المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية لمقدم الخدمات عن عقود الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للمشترك في عقود الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية.

المطلب الثالث: التأمين عن المسؤولية في عقود الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية.

المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية لمقدم الخدمات عن عقود الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية.

يقصد بالمسؤولية تحمل الشخص لنتائج وعواقب التقصير الصادر عنه وعمن يتولى رقابته والإشراف عليه، أما في القانون المدني فتعني المؤاخذة عن الأخطاء التي تضر بالغير، وذلك بإلزام المخطئ بأداء تعويض للطرف المتضرر وفقا للطريقة والحجم الذين يحددهما القانون. وهنا، تثار مسؤولية مقدم الخدمات في بنوك المعلومات الإلكترونية عند المساس بخصوصية الأفراد أو بحقوقهم الفكرية، أو أدى ذلك إلى الخدش بالحياء العام وغيرها من الصور التي لا يمكن حصرها.

على العموم تقوم هذه المسؤولية إذا صدر الخطأ من مقدم الخدمة تجاه الغير، مما أدى إلى وقوع الضرر، مع توافر العلاقة السببية بينهما، كأن يقوم شخص بتقديم معلومة خاصة تتعلق بشخص آخر من الغير سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو اعتباريا لا يرتبط معه بعقد، وينتج عن ذلك إصابته بضرر مادي أو معنوي. لذا، سنبين ذلك من خلال بيان بعض الصور الشائكة لخطأ مقدم الخدمات في بنوك المعلومات الإلكترونية، والضرر المترتب عن هذا الخطأ، بالإضافة إلى بيان العلاقة السببية فيما بينهم.

الفقرة الأولى: خطأ مقدم الخدمات في بنوك المعلومات الإلكترونية.

مع التقدم التكنولوجي الحاصل والاعتماد المتزايد على الأنظمة الرقمية، أصبحت بنوك المعلومات الإلكترونية عنصرا أساسيا في إدارة وتخزين البيانات الحساسة والشخصية، ومع ذلك، يرتبط هذا الاعتماد بعدد من المخاطر والتحديات، أبرزها الأخطاء التي قد يرتكبها مقدمو الخدمات المسؤولون عن إدارة هذه البنوك. وقد عرف المشرع المغربي الخطأ على أنه اخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه للإخلال، حيث عرفت المادة 78 من ظ.ا.ع الخطأ على أنه: " ترك ما يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه وذلك من غير قصد لإحداث الضرر". وعليه، سنبين صور خطأ مقدم الخدمات في البنوك المعلوماتية وكيفية إثباته.

أولا: صور خطأ مقدم الخدمات في بنوك المعلومات الإلكترونية وكيفية إثباته.

يعتبر الحق في الحياة الخاصة من الحقوق الأساسية المعترف بها من المواثيق الدولية والنصوص الوطنية، شهد هذا الحق تطورا هائلا مع ظهور الثورة الرقمية، نظرا لكون تكنولوجيا الإعلام والاتصالات عززت قدرات المواقع الإلكترونية والقراصنة وكذلك

السلطات العمومية على التدخل في الحياة الخاصة للأفراد. فالمساس بهذا الحق يشكل زلزالا على الحياة الخاصة، ولذلك نصت الشرائع السماوية على حمايته فضلا عن القوانين الوضعية الدولية والإقليمية والمحلية.

في الواقع، لا يخلو عصر من العصور من محاولات الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة، غير أن العوامل الطبيعية كانت تحول غالبا دون إظهار خصوصيات الغير، حيث وجود المسكن والجدران المرتفعة كانت كفيلة إلى حد ما بحماية الحياة الخاصة، على عكس العوامل المستحدثة التي جعلت الحياة في خطر محدق[185]. ومن بين هذه العوامل ما يلي:

- أصبح كافة المواطنين يستخدمون على سبيل المثال الهواتف الذكية لتعدد مزاياها، وإنما بالرغم من ذلك يهابوها الكثير من المستخدمين، حيث أن هذه الأجهزة يمكن استخدامها أحيانا بسوء النية بهدف التجسس على خصوصية الغير سواء في الأماكن العامة عن طريق تصوير الأشخاص ونشر صورهم بدون استئذان. أو في الأماكن الخاصة، ربما يرتاد على البيت أشخاص ويقوم أحدهم بتصوير ما يجري في البيت، مع تسجيل الحوارات الخاصة، وبعدها ينشر هذه الصور والتسجيلات في مواقع التواصل الاجتماعي[186]. وعموما التقدم الملموس في صناعة البرمجيات أدى إلى زيادة هذا الخطر ـ خاصة مع صغر حجم الأجهزة التقنية الحديثة. فمن خلال الاحداثيات المنبعثة من جهاز الهاتف الذكي يمكن تحديد مكان شخص معين، ويمكن تصوير حتى بعد مغادرته حيث تظل الحرارة المنبعثة من جسمه باقية لفترة بعد مغادرته المكان؛ الشيء الذي ينتج عنه معرفة ما إذا كان الشخص نائما أو جالسا أو كان يزاول نشاطا معينا، مما يدل على أنه أصبح شبه مستحيل أن يخلو الشخص بنفسه وأضحت خصوصياته علنا[187].
- وجود شركات تقديم خدمات المعلومات الإلكترونية: تقوم بعض الشركات بجمع بيانات المستخدمين دون علمهم أو موافقتهم، مما يعرض معلوماتهم الشخصية والحساسة للخطر. كما قد تعتمد شركات المعلومات الإلكترونية على تتبع نشاط المستخدمين عبر الأنترنت، مما يتيح لها إنشاء ملفات تعريف دقيقة عن الأفراد واستغلالها لأغراض تسويقية أو تجارية. فبمجرد أن يتم جمع البيانات الشخصية من قبل هذه الشركات، قد يكون من الصعب على الأفراد استعادة السيطرة عليها أو حتى معرفة كيفية استخدامها؛ لاسيما في كثير من الحالات تقوم الشركات بمشاركة بيانات المستخدمين مع أطراف أخرى، مما يزيد من خطر تسرب المعلومات واستخدامها بشكل غير أخلاقي. وبهذا الصدد في حالة إذا كانت المعلومات مغلوطة أو تم نقلها أو تجميعها بطرق غير مشروعة أو كانت تمس بالخصوصية، يحق للمتضرر الرجوع على شركة تقديم المعلومات الإلكترونية من أجل تعويضه في إطار المسؤولية التقصيرية نظرا لعدم وجود عقد بينه وبينها. ومن بين الأمثلة على ذلك ما حدث في شركة أمريكية تسمى Tr Compagnie credit data، ويمكن تلخيص هذه القضية في كون الشركة المذكورة كانت تزود عملائها من البنوك وباقي المؤسسات التجارية من خلال حواسبها وأنظمتها المعلوماتية بمعلومات تتعلق بالمركز الائتماني للأفراد الذين يرغب العميل في التعامل معهم مقابل مبلغ مالي يدفعه هذا الأخير للشركة المذكورة. مما دفع ستة من العاملين بهذه الشركة إلى التلاعب في البيانات المتعلقة بأصحاب المراكز الائتمانية السيئة عن طريق محوها وتعديلها بإضافة معلومات جديدة تفيد تمتع الأشخاص المعنيين بمركز ائتماني جيد، كل ذلك مقابل مبلغ مالي يتم الاتفاق عليه من هؤلاء العملاء. فكان من نتائج هذا التلاعب تورط مجموعة من عملاء الشركة في معاملات مالية وتجارية مع أفراد لهم مركز ائتماني سيء[188].
- حول الحاسوب الحياة البشرية من حياة معقدة يملئها الكثير من العمل والجهد والوقت إلى حياة أكثر بساطة وسهولة، ووفر الكثير من الفائدة في مجالات عديدة. حيث أصبح الحاسوب يدخل في كل مناحي الحياة العملية والشخصية، ومنه تطورت

185 - فؤاد الشعيبي: " التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات"، ط1، سنة: 2014، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص: 613.

186 - بن سعيد صبرينة: " حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد تكنولوجيا الاعلام والاتصال"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، جزائر، سنة 2014-2015، ص: 112.

187 - بن سعيد صبرينة: م. س، ص: 112.

188 - أبا خليل: " الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ضوء القانون المغربي والقانون المقارن"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المقاولة التجارية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، سنة: 2012-2013، ص: 52.

التكنولوجيا المستخدمة في كل مرافق الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والعسكرية، لاسيما لا يخفى على أحد ما لظهور الحاسوب وما يتبعه من تكنولوجيا من آثر على العالم، خاصة فيما يرتبط بسرعة تجميع وتخزين ونقل أو استرجاع المعلومات. غير أنه قد يشكل استخدام الحاسوب خطورة على الحياة الشخصية؛ حيث يمكن للبرامج الخبيثة أو الهاكرز اختراق الحاسوب وسرقة المعلومات الشخصية، مثل كلمات المرور، أو الصور الخاصة، أو البيانات المالية. كما أن التعامل مع مواقع غير موثوقة أو تقديم معلومات شخصية عبر الأنترنت يمكن أن يعرض الفرد للاحتيال، مثل سرقة الهوية أو استخدام معلوماته المالية بطريقة غير مشروعة. بالإضافة إلى أن استخدام الحاسوب للتخزين السحابي أو مشاركة الملفات قد يعرض البيانات للانكشاف إذا لم يتم اتخاذ الإجراءات الأمنية المناسبة. وعموما استخدام الحاسوب في بنوك المعلومات الإلكترونية يشمل العديد من المخاطر التي قد تؤثر على الأفراد والمؤسسات[189]، ومن أبرز هذه المخاطر:

- **الهجمات السيبرانية:** بنوك المعلومات الإلكترونية عرضة للهجمات الإلكترونية مثل الفيروسات، البرمجيات الخبيثة، والهجمات الموزعة لرفض الخدمة (DDoS)، التي قد تؤدي تعطيل النظام أو تسرب البيانات.
- **التلاعب بالبيانات:** حذف أو تعديل البيانات بشكل خاطئ، أو فقدان البيانات نتيجة عدم اتخاذ تدابير النسخ الاحتياطي أو حماية الملفات الحساسة، مما يؤدي إلى فقدان دائم للمعلومات أو تعريضها للتلاعب.
- **فقدان البيانات:** الاعتماد على الحواسيب والبنية التحتية الإلكترونية قد يعرض بنوك المعلومات لخطر فقدان البيانات نتيجة فشل في الأجهزة أو الكوارث الطبيعية، خاصة إذا لم تتوفر نسخ احتياطية آمنة.
- **التأخير أو الفشل في اكتشاف وتسريب المعلومات:** التأخر في اكتشاف الاختراقات الأمنية أو تسريب المعلومات، أو عدم الإبلاغ عنها للمستخدمين المتضررين في الوقت المناسب، مما يؤدي إلى تفاقم الأضرار

إجمالا، يمكن أن يتجلى خطأ مقدم الخدمات في بنوك المعلومات الإلكترونية من خلال عدة مظاهر، أبرزها الإخفاق في توفير الحماية الكافية للبيانات الحساسة، مما يترك النظام عرضة للاختراقات الأمنية. بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن يحدث خطأ بسبب الإفصاح غير المصرح به عن البيانات نتيجة لسوء إدارة الصلاحيات. كما أن الإهمال في صيانة الأنظمة أو عدم تحديثها بانتظام يمثل خطرا آخر قد يؤدي إلى استغلال الثغرات الأمنية. وأيضا قد يؤدي الاعتماد على موظفين غير مؤهلين أو عدم اكتشاف الاختراقات في الوقت المناسب إلى تفاقم الأضرار والتأثير سلبا على المستخدمين. لذلك، نص الدستور المصري الصادر سنة 2013 من خلال المواد 57-58-59 على اعتبار الحق في الحياة الخاصة حرمة مصونة لا يجوز المس بها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة وفي أحوال يبينها القانون، كما أنه ألزم الدولة بتوفير الامن والطمأنينة لمواطنيها ولكل مقيم على أراضيها. ولقد اتخذ المشرع المغربي نفس اتجاه المشرع المصري، وذلك من خلال الفصل 24 [190]من الدستور المغربي لسنة 2011، حيث شهد هذا الأخير ثورة حركية مهمة على مستوى تعزيز حقوق الإنسان التي شهدها المغرب.

ثانيا: إثبات خطأ مقدم الخدمات في بنوك المعلومات الإلكترونية.

يقع عبء إثبات الخطأ على عاتق المضرور. من يدعي خطأ مقدم الخدمة ،. على اعتبار أن هذا الأخير لا يمكن أن يخطو خطوة في دعوى المسؤولية التقصيرية قبل أن يثبت وقوع الضرر. ما عدا في حالات استثنائية نص عليها المشرع في ظ.ل.ع، كما أنه يجوز إثبات الوقائع المادية بجميع وسائل الإثبات، حيث تبقى السلطة التقديرية للقضاة. وفي هذا الإطار قد جعل موقف القضاء من العلم بالمحتوى غير المشروع معيارا للإلقاء بتبعة المسؤولية على عاتق مقدم الخدمة، حيث قضت محكمة باريس الابتدائية في قضية

189 - فؤاد الشعيبي: م. س، ص: 614.

190 - الفصل 24 من الدستور المغربي: "لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة، لا تنتهك حرمة المنزل، ولا يمكن القيام بأي تفتيش إلا وفق الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون، لا تنتهك سرية الاتصالات الشخصية، كيفما كان شكلها. ولا يمكن الترخيص بالاطلاع على مضمونها أو نشرها، كلا أو بعضا، أو باستعمالها ضد أي كان، إلا بأمر قضائي، ووفق الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون. حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه، والخروج منه، والعودة إليه، مضمونة للجميع وفق القانون".

تلخص وقائعها في ان شركة EDV قامت بنشر مقال بعنوان " كيفية اختيار المشاريع الصغيرة نظامها المالي"، دون موافقة مؤلف هذا المقال، واستعانت بشركتي « UU Net Technologie.Inc » و « UU Net France » كمزودتين للخدمة، وذلك بغرض نشر هذا المقال على موقعها. إلا أن مؤلف المقال رفع دعواه ضد الشركة صاحبة الموقع وشركة مقدمي الخدمة لسحب المقال وتعويضه عن الأضرار التي أصابته من جراء ما نشر على الأنترنت. غير أن المحكمة أكدت في الأخير على أن مقدم الخدمة عبر شبكة الأنترنت غير مسؤول عن طبيعة ومشروعية المعلومات التي ينقلها إلى المستخدمين، وبالتالي فإن الشركتين مقدمي الخدمة غير مسؤولين عن طبيعة ومشروعية البيانات التي تم بثها في ذلك الموقع[191].

وفي قضية أخرى من قضايا مركز التحكيم، ادعت شركة «Emirates Group Dubai» أن المدعى عليها « Blue.com Consulting pty LTD » من استراليا استولت على موقع « emirated.com.au »، حيث كان من الأولى أن يكون للشركة المدعية لكونه يشابه اسم علامتها التجارية أو يطابقها، خاصة وأن علامتها التجارية مسجلة بأكثر من 105 دولة منها استراليا منذ سنة 1996م؛ وتعمل في قطاع نقل المسافرين والبضائع والسياحة. بينما المدعى عليها لا تمت للاسم بصلة كونها مختصة بإصدار الملح من البحر الميت وبالتالي ليس للمدعى عليها حق في اسم النطاق وتسجيله، وقد تم بسوء نية ليحقق مصالح تجارية مستفيدا من الاسم.

وقد صرحت الشركة المدعى عليها بأنه لا يكفي أن يتشابه اسم الموقع مع اسم العلامة التجارية للمدعي وإنما يلزم أن يصل التشابه إلى حد خلط وتضليل مستخدم الأنترنت، وهو ما يعبر عنه ب: « confusingly smilar domain name »، وهو ما لم يحصل في موقعها. إضافة إلى أن كلمة امارات لفظة شائعة تستخدم للتعبير عن الإقليم أو الإمارات، وبالتالي فالاسم ليس ملكا لأحد ولا يجوز أن يخصص لمشروع معين. فقضت لجنة التحكيم برفض الدعوى حيث أن المدعية لم تنجح في تأسيس حقها أو مصلحتها المشروعة على العلامة التجارية Emirates هذا من جهة، ومن جهة ثانية اعتبرت اللجنة ان اسم الامارات عام ليس للمدعية حق عليه مما جعلها ترفض الدعوى[192].

الفقرة الثانية: الضرروالعلاقة السببية في تحديد مسؤولية مقدم الخدمات في بنوك المعلومات الإلكترونية:

يعد الضرر والعلاقة السببية في إطار بنوك المعلومات الإلكترونية، من الأسس القانونية المهمة في تحديد مسؤولية مقدم الخدمات. الضرر يشير إلى الأذى الذي يلحق بالأفراد أو المؤسسات نتيجة الإهمال أو التقصير من قبل مقدم الخدمة، سواء كان هذا الضرر ماديا مثل الخسائر المالية وتسريب البيانات الشخصية، أو معنويا كالتأثير على السمعة أو التسبب في ضغوط نفسية.

أما العلاقة السببية فهي الرابط بين فعل الإهمال أو الخطأ المرتكب من قبل مقدم الخدمة والضرر الذي وقع على المستخدم. لكي يتحمل مقدم الخدمة المسؤولية القانونية، يجب إثبات أن الضرر لم يكن ليحدث لولا الخطأ أو الإهمال من جانبه. هذه العلاقة السببية تعد عاملا حاسما في تحديد مدى التعويض المستحق للمستخدمين المتضررين، حيث تضمن وجود صلة واضحة بين الخطأ والنتيجة الضارة. وعليه سنبين صور الضرر بالنسبة لمقدم الخدمة وشروطه (أولا) ثم بعده العلاقة السببية (ثانيا)

أولا: صور الضرر وشروطه.

صور ضرر مقدم الخدمات في بنوك المعلومات الإلكترونية تتجلى في عدة أشكال، حيث يتسبب إهمال أو خطأ مقدم الخدمة في إلحاق ضرر بالمستخدمين الذين تتعامل معهم هذه البنوك، ومن بين هذه الصور.

- **التسبب في أضرار مالية:** إذا تعرضت البيانات المالية أو الحسابات المصرفية للاختراق بسبب تقصير مقدم الخدمة في تطبيق الإجراءات الأمنية المناسبة، فإن ذلك قد يؤدي إلى سرقة الأموال أو خسائر مالية للمستخدمين، مما يوجب على مقدم الخدمة التعويض عن هذه الأضرار.
- **التأخير في معالجة أو استرجاع البيانات:** عدم قدرة مقدم الخدمة على توفير الوصول على البيانات في الوقت المناسب قد يسبب فشل تقني أو إداري قد يتسبب في خسائر مادية، أو فرص ضائعة للشركات والأفراد، مما يشكل ضررا يوجب التعويض

191 - اشرف محمد رزق فايد: " منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الأنترنت"، ط1، سنة: 2018، منشورات المنهل، ص: 82.

192 - فؤاد الشعيبي: م. س، ص: 636-637.

- **الضرر الناتج عن التلاعب أو التزوير في البيانات:** إذا تم تعديل أو حذف بيانات المستخدمين بشكل غير قانوني نتيجة لضعف في نظام الأمان، قد يؤدي ذلك إلى عواقب سلبية مثل تقديم معلومات خاطئة عن الأفراد أو التزوير، وهو ما يضع مقدم الخدمة تحت طائلة المسؤولية.
- **الإضرار بالسمعة:** قد يؤدي فشل مقدم الخدمة في حماية بيانات الشركة أو الأفراد إلى تسريب معلومات حساسة تتعلق بالعمليات التجارية أو الشخصية، مما يؤدي إلى تضرر سمعة الأفراد أو الشركات، ويستوجب المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي.
- **الإضرار بالصحة النفسية:** في بعض الحالات، قد يؤدي تسريب البيانات الشخصية الحساسة (مثل البيانات الطبية أو الأسرار الشخصية) إلى ضغوط نفسية أو اجتماعية على المتضررين، مما يوجب التعويض عن الضرر النفسي.

ومن اجل تحقق الضرر في المسؤولية التقصيرية، نص المشرع المغربي من خلال ظ.ل.ع توفر الشروط التالية:

1- **أن يكون الضرر محققا:** يجب أن يكون الضرر واقعا وحققا، أي أنه ليس متوقعا أو محتملا فقط؛ وأن يكون الضرر ماديا (مثل الخسائر المادية أو تلف في الممتلكات) أو معنويا (مثل المساس بالسمعة أو التسبب في آلم نفسي).

2- **يجب أن يكون الضرر مباشرا:** يجب أن يكون الضرر ناتجا بشكل مباشر عن الفعل الضار أو الخطأ المرتكب، بمعنى أن العلاقة بين الفعل والضرر يجب أن تكون واضحة وسببية.

3- **أن يكون الضرر شخصيا:** لا يمكن للشخص المطالبة بالتعويض عن ضرر لحق بشخص آخر، بل يجب أن يكون الضرر قد أصابه هو شخصيا، قد يشمل ذلك الأضرار التي تلحق بالأموال أو الأشخاص.

4- **أن يكون الضرر مشروعا:** لا يعوض إلا عن الأضرار التي تمس بحقوق مشروعة، سواء حقوق مادية أو حقوق معنوية. فلا يعوض الشخص عن أضرار لحقت به نتيجة القيام بعمل غير قانوني أو غير مشروع.

5- **أن يكون الضرر قابلا للتعويض:** يجب أن يكون الضرر قابلاً للتعويض من الناحية القانونية، بعض الأضرار قد لا تكون قابلة للتعويض إذا كان القانون يحدد قيودًا أو استثناءات معينة.

ثانيا: العلاقة السببية:

بعد الحديث عن الخطأ والضرر لابد لنا من التطرق للركن ثالث لقيام المسؤولية، وهو العلاقة السببية بين خطأ مقدم الخدمات والضرر الحاصل للمشترك. والتي بوجودها تقوم المسؤولية، وبانعدامها تنعدم المسؤولية. فالعلاقة السببية ركن مستقل عن الخطأ باعتبارها الرابطة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه مقدم الخدمة في بنوك المعلومات الإلكترونية وبين الضرر الذي أصاب المشترك المضرور ـ حيث تبقى للمحكمة المختصة السلطة التقديرية المطلقة في تحديد العلاقة السببية، إذ تبقى هذه الأخيرة مرتبطة بالنظام العام.

ومن أجل تحقق هذا الركن، يجب أن يثبت أن الضرر الحاصل لم يكن ليحدث لولا الخطأ الذي ارتكبه مقدم الخدمة. بمعنى آخر، يجب أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، حيث يكون الخطأ هو السبب الرئيسي في حدوثه. بالإضافة إلى ذلك يجب إثبات أن الضرر لم يكون نتيجة لعوامل خارجية، ففي بعض الحالات قد تحدث أضرار لأسباب خارجة عن سيطرة مقدم الخدمة (مثل كوارث طبيعية أو هجمات سيبرانية معقدة لا يمكن منعها). وفي هذه الحالات، قد يكون من الصعب إثبات العلاقة السببية إذا لم يكن الضرر نتيجة مباشرة لخطأ مقدم الخدمة.

والمثال على ذلك، إذا تسربت بيانات المستخدمين من بنك المعلومات الإلكترونية نتيجة لفشل مقدم الخدمة في تحديث أنظمة الأمان أو التصدي لهجمات إلكترونية معروفة، وتم استخدام هذه البيانات بشكل غير قانوني (مثل سرقة الهوية أو الاحتيال المالي)، فإن العلاقة السببية واضحة بين خطأ مقدم الخدمة والضرر الذي لحق المستخدمين.

فإثبات العلاقة السببية أمر ضروري لضمان تحميل مقدم الخدمة المسؤولية القانونية والتعويض عن الأضرار الناتجة عن تقصيره.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للمشترك في عقود الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية.

المسؤولية عن خطأ المستخدم تبدأ من لحظة قيام المشترك بإلحاق الضرر بالغير، حيث بإمكان المستخدم إلحاق الضرر بالغير في جل أنواع العقود الإلكترونية، غير أننا سنقتصر في هذا المطلب على عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية، حيث سنذكر بعض صور الخطأ (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك الضرر والعلاقة السببية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: صور خطأ المشترك في بنوك المعلومات الإلكترونية.

في عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية، يمكن أن يضر المشترك بالغير في صور متعددة، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، قيام المشترك بأخذ معلومات سرية من مكان ما ويقوم بإفشائها، كما هو الشأن في عقد المعلومات الائتمانية التي تقدمها الشركات المعلوماتية الائتمانية والتي يجب على المستخدم ـ والمفترض أن يكون مصرفا. استعمال المعلومات لغرض معين والمتمثل في التأكد من القدرة الائتمانية للمقترض، أي أنه إذا قام المشترك وهو مصرف في هذه الصورة بإفشاء المعلومات كان مسؤولا قبل صاحب الحق على المعلومات مسؤولية تقصيرية نظرا لغياب الرابطة العقدية بينهما[193].

وكذلك قد يقوم المشترك بالسرقة العلمية، قد يكون المشترك باحثا في مجال ما، فيستمد معلومات من موقع إلكتروني معين اشترك فيه دون الإشارة إلى مصدر الاقتباس؛ وبالتالي يكون المشترك قد اعتدى في هذه الحالة على حقوق الغير الأدبية، أو بعبارة أخرى نشر أو مشاركة البيانات الخاصة بالشركات أو الأفراد دون مراعاة حقوق الملكية الفكرية أو الخصوصية، مما يستوجب مقاضاته بخصوص ذلك من قبل المنتج الأصلي ومن خلال مالك قاعدة البيانات في إطار المسؤولية التقصيرية.

بالإضافة إلى ذلك هناك بعض الأخطاء الأخرى يمكن أن تؤدي إلى اختراق الحسابات أو تتسبب في تسريب معلومات حساسة، مما يجعل المشترك مسؤولا عن الأضرار الناتجة عنها في بعض الحالات، بالإضافة إلى تحميله جزءًا من المسؤولية في حماية بياناته، نذكر منها ما يلي:

- **استخدام شبكات Wi-Fi عامة وغير آمنة:** الدخول إلى بنك المعلومات عبر هذه الشبكات، قد يتيح للمخترقين اعتراض البيانات وسرقة المعلومات الحساسة.
- **إهمال مراقبة الحسابات:** عدم متابعة الأنشطة المرتبطة بالحسابات في بنوك المعلومات، مما قد يؤدي إلى عدم اكتشاف أي نشاط مشبوه أو محاولات اختراق في الوقت المناسب.
- **تحميل برامج غير موثوقة:** تنزيل تطبيقات أو برامج مجهولة المصدر تحتوي على برامج ضارة Malware، وقد تستهدف هذه الأخيرة البيانات المخزنة في الحسابات المرتبطة ببنك المعلومات.
- **مشاركة كلمات المرور مع الآخرين:** إعطاء كلمات المرور للأصدقاء أو الزملاء أو حفظها في أمكان غير أمنة كالملاحظات الهاتفية، يزيد من احتمالية الوصول غير المصرح به إلى الحسابات.
- **الوقوع في فخ التصيد الإلكتروني Phishing :** النقر على الروابط المشبوهة في رسائل البريد الإلكتروني أو المواقع الاحتيالية التي تتطلب من المشترك إدخال بياناته الشخصية، قد يؤدي إلى سرقة المعلومات.

الفقرة الثانية: الضرر والعلاقة السببية:

من المقرر قانونا استنادا على المواد 282، 292، 293 من قانون المعاملات المدنية ان كل إضرار بالغير ألحق ضررا يلزم فاعله بالتعويض، وأن التعويض يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، ومن المقرر كذلك أن الضرر الأدبي هو كل ما يمس الكرامة أو الشعور أو الشرف بما في ذلك الآلام النفسية[194].

193 - فؤاد الشعيبي: م. س، ص: 674.

194 - حكم محكمة التمييز، دبي بتاريخ 2005/04/24 في الطعن رقم 217/2004 طعن مدني.

وهنا يجب أن ينتج عن صور الاعتداء المذكورة آنفا ضرر وعلى من يدعيه إثباته سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا[195]. ففي إطار الضرر والعلاقة السببية المرتبطين بأخطاء المشترك في بنوك المعلومات الإلكترونية، تظهر هذه العلاقة عند تسبب المشترك بشكل مباشر أو غير مباشر في حدوث ضرر نتيجة لخطأ أو إهمال في التعامل مع البيانات أو أمن الحسابات.

في ذات السياق، يمكن تحديد بعض صور الضرر الناتج عن أخطاء المشترك وفق الآتي:

1- **انتهاك الخصوصية وتسريب البيانات:** إذا قام المشترك باستخدام كلمة مرور ضعيفة أو مشاركة معلومات الدخول مع الآخرين، قد يتعرض حسابه للاختراق، مما قد يؤدي إلى تسريب بياناته الشخصية أو بيانات حساسة لشركته، ما يعرضه لخسائر مالية أو انتهاكات خصوصية.

2- **خسائر مالية:** تحميل برامج ضارة أو النقر على روابط تصيد قد يؤدي إلى اختراق حسابات مالية مرتبطة ببنوك المعلومات، مما قد يؤدي إلى سرقة أموال أو إحداث معاملات غير مصرح بها.

3- **التأثير على أمن النظام العام:** إذا تسبب خطأ المشترك في نشر برامج ضارة أو مشاركة بيانات غير آمنة عبر شبكات غير محمية، يمكن أن يتسبب ذلك في تهديد النظام الأمني بالكامل في بنك المعلومات، مما قد يؤثر على جميع المستخدمين المرتبطين به.

ومن أجل تحديد المسؤولية في هذا الإطار، يجب إثبات العلاقة السببية بين خطأ المشترك والضرر الذي وقع؛ بمعنى أنه يجب أن يكون الخطأ أو الإهمال من قبل المشترك هو السبب المباشر في وقوع الضرر، ومن الأمثلة على ذلك:

- **خطأ في تأمين الحسابات:** إذا تسربت بيانات بسبب استخدام المشترك كلمة مرور ضعيفة أو تكرارها عبر حسابات متعددة، فإن العلاقة السببية هنا واضحة؛ الخطأ في تأمين الحساب أدى بشكل مباشر إلى الاختراق وتسريب البيانات.
- **إهمال في التحقق من المصادر:** إذا وقع المشترك في فخ التصيد الإلكتروني، وأدى ذلك إلى سرقة معلومات حساسة، فإن العلاقة السببية بين خطأ المشترك (الوقوع في فخ التصيد) والضرر (سرقة البيانات) تكون مباشرة.
- **استخدام شبكة غير آمنة:** إذا استخدم المشترك شبكة Wi-Fi عامة وغير محمية للوصول إلى بنك المعلومات، مما أدى إلا تمكن المخترقون من اعتراض بياناته، فإن الضرر (سرقة البيانات) هو نتيجة مباشرة لاستخدام المشترك لشبكة غير آمنة.

لذلك، نستشف أن العلاقة السببية بين خطأ المشترك والضرر تتحقق عندما يثبت أن الضرر لم يكن ليحدث لولا خطأ أو إهمال المشترك. إذا كان الخطأ هو السبب الرئيسي أو المباشر في وقوع الضرر، فإن المشترك قد يتحمل جزءًا من المسؤولية، سواء فيما يتعلق بحماية بياناته الشخصية أو الأضرار التي لحقت بالآخرين نتيجة لذلك.

المطلب الثالث: التأمين عن المسؤولية في عقود الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية.

يقوم التأمين بصفة عامة على فكرة توزيع المخاطر، بدلا من أن يتحملها شخصا واحدا[196]، والتأمين في بنوك المعلومات الإلكترونية يفترض أن هناك شخصًا أصيب بضرر ويحق له الرجوع بالتعويض على المشترك، فيلجأ هذا الأخير إلى شركة التأمين ويبرم معها عقد تأمين من المسؤولية لتغطية هذا الرجوع، وحينئذ تلتزم الشركة بدفع التعويض المستحق للمضرور بدلا منه ويشتمل التأمين ما قد يصيب المؤمن له ـ المشترك ـ من مطالبات الغير بأي تعويضات نجمت عن سوء استخدامه لشبكة الأنترنت، كأن يقوم بالخطأ غير العمدي بتدمير نظام إلكتروني باهظ الثمن[197]. وعليه سنتحدث عن التأمين عن مسؤولية مقدم خدمات المعلومات الإلكترونية (الفقرة الأولى)، وبعده التعويض عن الضرر الإلكتروني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التأمين عن مسؤولية مقدم خدمات المعلومات الإلكترونية.

يعد التأمين عقد يلتزم المؤمّن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمَّن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادًا مرتبًا أو أي عرض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقيق الخطر المبين في العقد، وذلك نذير قسط أية دفعة مالية أخرى

195 - فؤاد الشعيبي: م. س، ص: 676.

196 - عبد الخالق حسن أحمد: " الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة"، ج5، عقد التأمين، ط1، سنة 1990 منشورات بن دسمال، دبي، ص:5.

197 - أحمد محمد عطية محمد: " التأمين من المسؤولية المفترضة لمستخدمي الأنترنت"، ط1، سنة 2007، دار الفكر الجامعي، مصر، ص: 9.

يؤديها المؤَّمن له للمؤمّن198. وبعبارة أخرى هو التزام طرف لآخر بتعويض نقدي يدفعه له أو لمن يعينه عند تحقق حادث احتمالي مبين في العقد، مقابل ما يدفعه له هذا الآخر من مبلغ نقدي في قسط أو نحوه199. وللتأمين أنواع متعددة من حيث المحل الذي يرد عليه، فقد يرد على الأشخاص وقد يرد على الأموال وقد يرد على المسؤولية. فتأمين على الأشخاص مفاده أن يتقدم شخص ما إلى شركة التأمين لإبرام عقد التأمين على الحياة لمدة معينة بموجبه تلتزم الشركة بدفع المبلغ المدفوع له مع فوائده بعد تمام المدة، أو دفع المال لورثته إن مات بتمامه حتى وإن لم يدفع إلا قسطا واحدا200. أما التأمين عن الأموال فمن أنواعه التأمين على البيت من الحرائق، أو الهدم أو نحوه، أو على البضاعة أثناء نقلها برًا أو بحرًا أو جوًا، أو التأمين على المتجر من الحريق ونحوه أو السيرات وغيرها من الأشياء والأموال بدفع قسط محدد.

أما التأمين على المسؤولية مفاده التأمين على الأخطاء التي قد يرتكبها الشخص بمزاولة مهنة ما، مثل تأمين أصحاب السيارات فيما يقع لهم من أخطاء تضر بالأخرين. وبالرجوع إلى موضوعنا من الممكن أن يؤمن المشترك في بنوك المعلومات الإلكترونية عن الأضرار التي قد تصيب الآخرين من جراء استعماله لخدمات الأنترنت وقد يؤمن مقدم الخدمة عما قد يصدر عنه من أضرار قبل المشتركين. خاصة وأن المسؤولية المدنية تمثل أمان المجتمع ولكن مما يجدر الإشارة إليه أن هذه المسؤولية يجب أن تتطور تزامنا مع تطور المخاطر التي تهدد المجتمع. حيث أن الأخطار لم تعد تقتصر على الظواهر الطبيعية كالزلازل والبراكين بل أصبحت تخص كذلك الأنظمة المعلوماتية والتقنية201.

وفي الواقع، مسؤولية مستخدمي الأنترنت المفترضة لا تنتج عن منتجات تقليدية معروفة بل هي مسؤولية جديدة ناشئة عن أنشطة مستحدثة، كونها مسؤولية لا يمكن تحديد مجالها أو نطاقها؛ وهي بهذا الوصف تشبه المسؤولية الناشئة عن المواد المشعة وبالتالي يصعب حتى حصر الأضرار الناتجة عنها ولصعوبة حصر أضرارها وضخامة التعويضات التي تنتج عن هذه الأضرار رأى البعض أن الحل الأمثل لهذه المسألة يكمن في التأمين لكون الخطر في الغالب غير محدد والتعويض بالمقابل يصعب تحديده سلفا202.

وعموما، إن من أشهر أنواع الضرر التي يمكن أن يغطيها التأمين مما يحقق قدرا كبيرا من الثقة للمشترك ومقدم خدمات المعلومات الإلكترونية معا ما يلي:

- الأضرار المادية، والتي تنحصر في التدمير المادي للأنظمة المعلوماتية أو الأداء السلبي لها، أو تعطلها عن العمل بصورة نهائية.
- الأضرار غير المادية، وهي التي تتعلق بالقيم المعنوية للنظام المعلوماتي، كتدمير البرامج والبيانات أو إفشاء المعلومات.
- الأضرار الناتجة عن سوء البرامج المستخدمة في النظام.
- الأضرار الناتجة عن الاستغلال أو الاستخدام غير المألوف أو الشاذ للنظام المعلوماتي.

الفقرة الثانية: التعويض عن الضرر الإلكتروني.

يترتب على قيام المسؤولية التزام المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحقه، فالتعويض هو جبر الضرر الذي يلحق المضرور. وتقدير التعويض قد يتم مباشرة عن طريق المشرع (التعويض القانوني)، وقد يقدر بالاتفاق (التعويض الاتفاقي) وقد يتولى القاضي تقدير التعويض اللازم لجبر الضرر عند توافر شروط المسؤولية. وقد نظم المشرع المغربي التعويض من خلال الفصل

198 - المادة 747 من القانون المدني المصري.

199 - سليمان بن إبراهيم بن ثنيان: " التأمين وأحكامه"، ط1، سنة 2003، دار ابن الجزم، ص: 40.

200 - فؤاد الشعيبي: م. س، ص: 696.

201 - احمد محمد عطية محمد: م. س، ص: 5.

202 -فؤاد الشعيبي: م. س، ص: 697.

77 و98 من ظ.ل.ع، إذ اعتبر بالموازاة مع المادة 123 من القانون المدني المصري على أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

والتعويض قد يكون نقدا، أو قد يكون عينيا، يتمثل التعويض العيني في إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع العمل غير المشروع، فهو يزيل الضرر الناشئ عنه؛ وبهذا الصدد يعتبر التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية بصدد المعاملات الإلكترونية، حيث يلتزم المنتج أو مقدم الخدمة بتنفيذ التزامه، مثل تقديم البرنامج المناسب أو السلعة أو الخدمة المتفق عليها أو إزالة الفيروس أو تقديم أسلوب التحصن منه[203]. أما التعويض بمقابل، وبصفة خاصة في صورة نقدية هو الأنسب والأصل في مجال المسؤولية التقصيرية، حيث يتفق مع طبيعة الضرر ويفضله المضرور عادة في حالات الضرر الأدبي والجسماني حيث يستحيل التنفيذ العيني. وهذه هي الصورة الغالبة في المسؤولية الإلكترونية، عند اختراق النظام المعلوماتي أو تدميره، أو التعدي على حقوق الملكية الفكرية أو الحقوق الشخصية كإفشاء الأسرار والمساس بالحق في الخصوصية، والمساس بسمعة الشخص أو المشروع عبر صفحات الويب. وهنا قد يرى القاضي بالإضافة إلى التعويض النقدي إلزام المسؤول بنشر تصحيح أو اعتذار بنفس الطريقة التي تم بها التعدي[204].

وإجمالا، إن الهدف من المسؤولية المدنية هو الجبر لا الضرر، وذلك بإعادة المضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبل حدوث الضرر، أي إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر، وذلك على نفقة المسؤول. ويتحقق ذلك بالتعويض الكامل للضرر، فالتعويض يجب ألا يتجاوز قدر الضرر من جهة، وألا يقل عنه من جهة أخرى. ويشمل التعويض كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، بالإضافة إلى تعويض الضرر الأدبي. ولا يوجد في القانون نص معين يلزم بإتباع معايير معينة لتقدير التعويض، لذلك فإن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقديره، بشرط أن يكون هذا التقدير قائما على أسس سائغة لها ما يبررها من مستندات. وتقدير التعويض يعد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، ويجوز للمحكمة القضاء بتعويض إجمالي عن كافة عناصر الضرر، دون تحديد ما يخص كل عنصر على حدة. لاسيما تعيين عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض، وبالتالي يتعين على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها عناصر الضرر.

خاتمة:

تتميز بنوك المعلومات الإلكترونية بقدرتها على معالجة كميات هائلة من البيانات وتوفير الأمان والحماية للمعلومات المخزنة، إلا أنها تتطلب أيضا اتخاذ تدابير قوية لحماية البيانات من الاختراقات أو الاستخدام غير المشروع. وهنا تتجسد مسؤولية مقدم الخدمات في توفير حماية كافية للبيانات والمعلومات المخزنة لدى بنوك المعلومات الإلكترونية. عند الاخلال بهذه الالتزامات، سواء من خلال الإهمال أو الفشل في تأمين البيانات من الهجمات الإلكترونية أو التسريبات، قد يتعرض مقدم الخدمة للمساءلة القانونية. إذ يجب إثبات وجود علاقة سببية مباشرة بين خطأ مقدم الخدمة والضرر الذي لحق بالمشتركين لتفعيل المسؤولية المدنية والتعويض.

من جهة أخرى، يتحمل المشترك أيضا مسؤولية تقصيرية إذا ارتكب أخطاء من قبيل استخدام كلمات مرور ضعيفة، أو مشاركة معلومات الدخول، أو عدم اتباع الإجراءات الأمنية المناسبة، مما يسهم في حدوث ضرر مثل تسريب البيانات أو تعرض البنك الإلكتروني لهجمات. أما فيما يتعلق بالتعويض، فإن الأضرار الناتجة عن الإهمال أو التقصير يمكن أن تكون مادية أو معنوية. وهنا يلعب التأمين دوراً مهما في تغطية المخاطر المرتبطة بهذه المسؤولية سواء بالنسبة لمقدم الخدمات أو المشتركين، مما يساهم في تخفيف آثار الأضرار المالية وتوفير الحماية اللازمة للطرفين في ظل بيئة رقمية تتسم بالتعقيد والمخاطر المتزايدة.

203 - محمد حسين منصور: " المسؤولية الإلكترونية"، ط1، سنة 2006، منشأة المعارف، مصر، ص: 342.

204 - محمد حسين منصور: م. س، ص: 343

لائحة المراجع:

- أبا خليل: " الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ضوء القانون المغربي والقانون المقارن"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المقاولة التجارية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، سنة: 2012-2013.
- أحمد محمد عطية محمد: " التأمين من المسؤولية المفترضة لمستخدمي الأنترنت"، ط1، سنة 2007، دار الفكر الجامعي، مصر.
- اشرف محمد رزق فايد: " منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الأنترنت"، ط1، سنة: 2018، منشورات المنهل.
- بن سعيد صبرينة: " حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد تكنولوجيا الاعلام والاتصال"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، جزائر، سنة 2015-2014.
- سليمان بن إبراهيم بن ثنيان: " التأمين وأحكامه"، ط1، سنة 2003، دار ابن الحزم.
- عبد الخالق حسن أحمد: " الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة"، ج5، عقد التأمين، ط1، سنة 1990 منشورات بن دسمال، دبي.
- فؤاد الشعيبي: " التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات"، ط1، سنة: 2014، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com

محور قانون المال و الأعمال

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

الإشكاليات القانونية حول الملاحة البحرية في التجارة الدولية: دراسة تحليلية مقارنة لعقود النقل متعدد الوسائط في الاتفاقيات الدولية والاقليمية لعقود النقل الدولي البحري للبضائع والنظام البحري التجاري السعودي وقانون نقل البضائع بحراً الأمريكي

Legal Issues Surrounding Maritime Navigation in International Trade: Analytical Comparative Study of Multimodal Transport Contracts in International and Regional Agreements for International Maritime Cargo Transport, The Saudi Maritime Commercial Law, and The Carriage of Goods Sea Act in the U.S.

الدكتورة : هاديه احمد بالخيور
أستاذ مساعد في القانون التجاري وعقود التجارة الدولية
كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية

المستخلص

في المملكة العربية السعودية يعتبر قطاع اللوجستيات أحد القطاعات الحيوية الأساسية حيث تهدف الاستراتيجية الوطنية للنقل ووكالة الخدمات اللوجستية التابعة لوزارة النقل والصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (271) وتاريخ 1440/5/23هـ إلى تطوير هذا القطاع، خاصةً أن المملكة تتمتع بموقع جغرافي استراتيجي يتقاطع فيه خطوط التجارة العالمية. تسعى الدراسة لتحديد مسؤوليات متعهد النقل في عقد النقل المتعدد الوسائط، ومعالجة الإشكاليات القانونية في الملاحة البحرية المتعلقة بمستندات النقل المتعدد الوسائط لتحسين كفاءة الخدمات اللوجستية وتقليل التكاليف والوقت في عمليات النقل. تهدف هذه الدراسة إلى تطوير وتحسين عقود النقل متعدد الوسائط من خلال استعراض الإطار القانوني الذي ينظم عقود النقل الدولي المتعدد الوسائط على الصعيدين الدولي والاقليمي والمحلي، تناولت الدراسة تحليل ومقارنة بعض الاتفاقيات الدولية والاقليمية على وجه التحديد اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً ويشار لها بقواعد روتردام 2008، واتفاقية النقل المتعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية 2009. ثم تستعرض الدراسة تحليلاً لبعض المواد في النظام البحري التجاري السعودي 2019 وقانون نقل البضائع بحراً الأمريكي (COGSA) 1999م فيما يتعلق بمسؤولية متعهد النقل البحري في عقود النقل المتعدد الوسائط واساس المسؤولية وكيفية تقدير التعويضات عن مسؤوليات الناقل في عقود النقل المتعدد الوسائط. وتوصلت الدراسة الى ان النظام الأمريكي يميل الى تحديد نطاق مسؤولية الناقل بشكل أكثر تفصيلاً وفقاً لوسيلة النقل المستخدمة، بينما يتبنى النظام السعودي مفهوم المسؤولية الموحدة للناقل متعدد الوسائط بشكل أكثر شمولية، حيث يظهر النظام الأمريكي تعقيداً في التعامل مع قضايا النقل متعدد الوسائط، خاصة عند تداخل النقل البحري مع البري، مما أدى إلى تطور قضائي في هذا المجال. في حين ان النظام السعودي تبنى نهجاً أكثر توحيداً من خلال الإحالة إلى اتفاقية النقل المتعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية.

الكلمات المفتاحية: عقد النقل المتعدد الوسائط، تقدير التعويضات، مسؤولية متعهد النقل، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً (قواعد روتردام)، قانون نقل البضائع بحراً الأمريكي (COGSA)، النظام البحري التجاري السعودي، اتفاقية النقل المتعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية.

Abstract

In the Kingdom of Saudi Arabia, the logistics sector is considered one of the vital and essential sectors. The Ministry of Transport, through Cabinet Resolution No. (271) dated 23/5/1440 AH, established the National Transport Strategy and the Logistics Services Agency to foster the growth of this sector, particularly given the Kingdom's strategic location at the intersection of global trade routes. The study aims to determine the responsibilities of the carrier in a multimodal transport contract and address the legal issues in maritime navigation related to multimodal transport documents, with the goal of enhancing the efficiency of logistics services and reducing costs and time in transport operations. This study aims to develop and improve multimodal transport contracts by reviewing the legal framework that regulates international multimodal transport contracts at the international, regional, and local levels. The study conducted an analysis of several international and regional agreements, particularly the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (New York, 2008), also known as the "Rotterdam Rules," and the Multimodal transport agreement for goods between Arab countries. The study then conducts an analysis of several articles from the Saudi Commercial Maritime Law 2019 and the U.S. Carriage of Goods by Sea Act (COGSA) 1999, focusing on the maritime carrier's liability in multimodal transport contracts, the foundation of this liability, and the methods for determining compensation for the carrier's liabilities in these contracts. The study found that the Saudi law adopts the concept of unified liability for multimodal carriers in a more comprehensive manner, whereas the U.S. law tends to define the carrier's liability in more detail based on the mode of transport. The U.S. law shows complexity in dealing with multimodal transport issues, especially when maritime transport overlaps with land transport, leading to judicial developments in this field. The Saudi law, on the other hand, has adopted a more unified approach by referencing the Multimodal transport agreement for goods between Arab countries.

Keywords: Multimodal Transport Contract, Compensation Estimation, Carrier Liability, United Nations Convention On Contracts For The International Carriage Of Goods Wholly Or Partially By Sea (Rotterdam Rules), U.S. Carriage Of Goods By Sea Act (COGSA), Saudi Maritime Commercial Law, Arab Agreement On The Multimodal Transport Of Goods.

المقدمة

يعد النقل المتعدد الوسائط أحد أهم أنواع عقود النقل الدولية للبضائع في التجارة العالمية حيث يسهم في تعزيز التنافسية، وفعالية سلسلة التوريد من خلال نقل البضائع بكفاءة ودقة بين الأطراف المختلفة باستخدام وسائل نقل متعددة. تبرز الحاجة إلى إطار قانوني موحد يشمل جوانب النقل بشكل شامل ومتوازن في عقود النقل الدولي المتعدد الوسائط مع التركيز على تحديد المسؤوليات وآليات التعويض. يستند الإطار القانوني على الاتفاقيات الدولية للتجارة لضمان الأمان والتوازن في العلاقات التجارية الدولية. يقدم النقل المتعدد الوسائط العديد من الفوائد الهامة في مجال النقل الدولي حيث يساهم في تحسين كفاءة سلسلة التوريد والتصدير من خلال توفير وسيلة فعالة لنقل البضائع بين الأطراف المختلفة بالإضافة الى تقليل التكاليف الناتجة عن

النقل بفضل تحسين التخطيط واستخدام الوسائل النقل المتعددة بشكل أفضل. ذلك بدوره يزيد من مستوى الأمان من خلال توفير إطار قانوني موحد يحد من المخاطر، ويضمن سلامة العمليات اللوجستية، ويساهم في تبسيط العمليات وتنظيمها بشكل أفضل من خلال توحيد القوانين واللوائح المتعلقة بالنقل المتعدد الوسائط. اصبحت الخدمات اللوجستية في قطاع النقل من المتطلبات لازدهار التجارة الدولية حيث أن لوجستية النقل تتكون من ثلاث أعمال رئيسية، وهي تحديد شبكات النقل الدولي للبضائع، وتخطيط عملياتها، وإدارتها بشكل فعال.**205** إن الاهتمام بوضع عقود النقل المتعدد الوسائط يعكس أهمية تطوير الإنتاجية، وزيادة القدرة التنافسية في عقود نقل البضائع للشركات التجارية الدولية. من خلال توحيد وتنسيق القوانين والاتفاقيات المتعلقة بنقل البضائع عبر الوسائط المختلفة سيمكن تحقيق التسهيلات اللازمة في العمليات التجارية الدولية، وتقليل التكاليف والمخاطر. عالمياً تشير الأبحاث إلى أنه حتى عام 2025 م، يظهر حجم نقل البضائع في الحاويات البحرية نموًا مستقرًا بمعدل يبلغ حوالي 8٪ سنويًا، وقد يزداد حجم حركة الحاويات خلال العشر سنوات المقبلة بمقدار 2-2.5 مرة.**206**

أهمية البحث

تخضع عملية تقدير التعويضات عن الخسائر والأضرار الناشئة في سياق نقل البضائع التجارية البحرية لمنظومة قانونية متعددة المستويات. حيث تتباين القواعد القانونية وفقاً لوسيلة النقل المستخدمة والإطار التشريعي المطبق في كل دولة. تكمن أهمية هذه الدراسة في تحليل المنظومة القانونية بمستوياتها الثلاثة - الدولية والإقليمية والمحلية - لتحديد نطاق مسؤولية متعهد النقل وتوضيح الأسس المعتمدة في تقدير التعويضات وفقاً للممارسات العملية. وعليه، تبرز الحاجة الملحة إلى توحيد الإطار القانوني لعقود النقل متعدد الوسائط في المجال التجاري بما يضمن وجود نظام قانوني موحد يحظى باعتراف دولي، ويضبط العلاقات بين الأطراف المعنية، ويحد من التباين في تطبيق القوانين. يسهم التوحيد في تيسير تسوية النزاعات التجارية البحرية وتعزيز مبادئ الثقة والشفافية في العلاقات التجارية الدولية.

مشكلة الدراسة

هنالك صعوبات في تنظيم وتنفيذ عمليات النقل الدولي بسبب الاشكاليات القانونية المتعلقة بالتشريعات الدولية والوطنية، وضرورة الامتثال لهذه التشريعات واللوائح المعمول بها في مجال النقل. فعلى سبيل المثال عدم اليقين وعدم الاتساق في تحديد المسؤولية عن هلاك البضاعة أو تلفها أو تأخرها في عقود النقل المتعدد الوسائط يخلق تحديات أمام الشاحنين والناقلين على السواء في فهم حقوقهم والتزاماتهم في حالة المنازعات أو الحوادث أثناء النقل. وتتطلب هذه المشكلة القانونية توثيق العلاقات التجارية الدولية بشكل صحيح، وضمان توافق العمليات مع القوانين واللوائح المعمول بها في مجال النقل الدولي. بالمقابل في العقود البحرية التجارية أحادية الوسيلة، يكون الناقل المسؤول عن فقدان أو تلف البضائع خلال عملية النقل. مع ذلك في النقل متعدد الوسائط يشارك عدة أطراف في النقل مثل شركات النقل، ومشغلي المحطات، وشركات الخدمات، ولكل جهة مسؤولياتها الخاصة. ذلك يوضح مدى تعقيد ترتيبات النقل متعدد الوسائط حيث قد لا يكون الناقل المتعاقد مع المرسل الأصلي هو من يقوم فعليًا بنقل البضائع بدلاً من أن يقوم بإدارة شبكة من المتعاقدين من الباطن للوفاء بالتزامات الناقل. إن النمط من الترتيبات التعاقدية يثير تساؤلات مهمة حول المسؤولية القانونية وإدارة المخاطر في سلسلة النقل متعدد الوسائط مما يستدعي دراسة متعمقة للقوانين التي تحكم هذه العمليات المعقدة.

---

205 بعطوش، عبدالله، (2016)، "التطبيقات الحديثة للنقل متعدد الوسائط"، مجلة العلوم الإنسانية، ع 45، مج ب،111-91. ص 95. مسترجع من: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/89029

206Nekhoroshkov, V., Vakulenko, S., Kurenkov, P., Nekhoroshkov, E., Deruzhinskiy, G.,Ignatenko, A., Aroshidze, A., Astafiev, A., Seryapova, I., Solskaya, I. (2022), "Optimization of the international multimodal container transportation", Scientific Journal of Silesian University of Technology. Series Transport., 114, p.103-114. p.110. DOI: https://doi.org/10.20858/sjsutst.2022.114.9

ISSN:2509-0291

من ناحية اخرى تعتمد المسؤولية في عقود النقل المتعددة الوسائط على العديد من العوامل والعلاقات بين الأطراف مثل الاتفاقيات التعاقدية، والشروط التجارية، والتشريعات الوطنية. التي قي تؤدي إلى عدم توحيد المعايير والقواعد في التعامل مع المسؤوليات وتحديد المخاطر في حالة فقدان أو تلف البضائع. لمعالجة الإشكاليات القانونية المتعلقة بالنقل متعدد الوسائط من الأهمية التطرق أولاً إلى اتفاقية الأمم المتحدة للنقل الدولي المتعدد الوسائط لعام 1980م فيما يتعلق بمسؤولية متعهد النقل وأساس المسؤولية من المادة الرابعة عشر الى المادة الثامنة عشر، والأخذ في عين الاعتبار أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ بعد نظراً لعدم استيفاء شرط التصديق المنصوص عليه في المادة السادسة والثلاثون؛ فاشترطت هذه المادة مصادقة ثلاثين دولة على الاتفاقية لكي تدخل حيز التنفيذ بعد اثني عشر شهراً من تاريخ اكتمال العدد.**207** نتيجة لعدم تحقق هذا الشرط أصبحت الاتفاقية غير نافذة مما أدى إلى استمرار الفراغ القانوني في تنظيم النقل متعدد الوسائط على المستوى الدولي. لكن ترتب على ذلك انها أصبحت مرجعا لبعض الدول عند صياغة وتشريع القوانين الوطنية المتعلقة بعقود النقل المتعدد الوسائط.

ويثور التساؤل الرئيسي حول مدى فعالية الجهود التشريعية الحالية سواء على المستوى الوطني أو الإقليمي أو الدولي في تنظيم النقل متعدد الوسائط، وهل هناك حاجة لمزيد من التوحيد القانوني في هذا المجال؟ وكيف تختلف الأنظمة القانونية في تحديد نطاق مسؤولية متعهد النقل في عقود النقل المتعدد الوسائط، وما هي الآثار المترتبة على هذه الاختلافات؟

وبناء لذلك نحدد التساؤلات الفرعية المتعلقة بالمشكلة البحثية على النحو التالي:

1. كيف عرفت التشريعات والاتفاقيات الحديثة النقل متعدد الوسائط، وما هي العناصر الأساسية لهذا النوع من النقل؟ ما هو تنظيم التزامات ومسؤوليات الشاحن في إطار عقود النقل متعدد الوسائط؟
2. ما مدى توافق أحكام النظام البحري التجاري السعودي . الذي أحال بدوره في المادة الثالثة والخمسون بعد المائتين تطبيق قواعد الاتفاقية العربية للنقل متعدد الوسائط 2009 . مع الاتفاقيات الدولية في مجال النقل متعدد الوسائط كاتفاقية روتردام 2008؟
3. ما هو الاساس القانوني لقيام مسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط في النظام البحري التجاري السعودي وقانون نقل البضائع بحراً الأمريكي (COGSA)؟

اهداف الدراسة

1. توضيح الإطار القانوني لتنظيم عقود النقل متعدد الوسائط على المستوى الدولي ومواكبة التطورات الحديثة والممارسات التجارية في عقود النقل المتعدد الوسائط.
2. تحليل وتقييم التعريفات القانونية الحديثة للنقل متعدد الوسائط في التشريعات والاتفاقيات المختلفة، وتحديد العناصر الأساسية المكونة لهذا النوع من النقل.
3. استعراض وتحليل الالتزامات والمسؤوليات القانونية لمتعهد النقل في إطار عقود النقل متعدد الوسائط وفقاً للتشريعات والاتفاقيات الدولية.
4. تحليل أحكام النظام البحري التجاري السعودي والاتفاقيات الدولية والإقليمية الحديثة في مجال النقل متعدد الوسائط مثل اتفاقية روتردام 2008، والاتفاقية العربية للنقل متعدد الوسائط 2009 التي نظاماً يحيل اليها المشرع السعودي في التطبيق لتوضيح مسؤولية متعهد النقل.
5. تحديد مفهوم مسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط والأساس القانوني للتعويضات واحكامها في النظام التجاري السعودي وقانون نقل البضائع بحراً الأمريكي (COGSA) .

منهجية البحث

207 خليل، محمد محمود، (2022)، "المركز القانوني لمتعهد النقل الدولي متعدد الوسائط في ضوء التشريع الأردني: دراسة مقارنة مع الاتفاقيات الدولية الحديثة"، أبحاث اليرموك - سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مج31, ع3، 152 – 168، ص 153، مسترجع من: https://doi.org/10.35192/jjoas-h.v33i2.379

اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي المقارن لدراسة وتقييم القوانين المنظمة للنقل متعدد الوسائط على المستويات الوطنية والإقليمية والدولية. تضمن هذا المنهج تحليلاً معمقاً لنصوص الاتفاقيات الدولية والقوانين الاقليمية ذات الصلة مع مقارنة بعضاً من مواد النظام التجاري السعودي وقانون نقل البضائع بحراً الأمريكي (COGSA) فيما يتعلق بمسؤولية متعهد النقل. كما شمل البحث تحليلاً لأحكام النظام البحري التجاري في الاتفاقيات الدولية والإقليمية خاصة قواعد روتردام 2008 والاتفاقية العربية للنقل متعدد الوسائط 2009. هذه المنهجية تلقي الضوء على الفجوات التشريعية والتحديات العملية في عمليات النقل الدولي وصولاً إلى استخلاص نتائج وتوصيات لتطوير الإطار القانوني بما يتلاءم مع المتطلبات الحالية للتجارة الدولية البحرية.

تقسيم الدراسة

تنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين يتناولان الإطار القانوني لعقود النقل المتعددة الوسائط على المستويين الدولي والإقليمي. يركز الفصل الأول على الاتفاقيات الدولية حيث يتناول المطلب الأول اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً (قواعد روتردام). بينما يستعرض المطلب الثاني عقود النقل المتعددة الوسائط في اتفاقية النقل المتعدد الوسائط لعام 1980م. أما المبحث الثاني فيتناول عقود النقل المتعدد الوسائط في الاتفاقيات الإقليمية والقوانين الوطنية حيث يبحث في مسؤولية متعهد النقل في النظام البحري التجاري السعودي، ويستعرض اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية، وأخيراً يناقش قضايا المسؤولية في عقود النقل البحري في القوانين الأمريكية. هذا التقسيم يتيح دراسة شاملة لبعض القوانين المختلفة التي تنظم النقل المتعدد الوسائط على المستويات الدولية والإقليمية والوطنية.

المبحث الأول: الإطار القانوني لعقود النقل المتعددة الوسائط في الاتفاقيات الدولية

في سياق تطور القانون البحري الدولي يبرز التباين الملحوظ بين القوانين القائمة وواقع الممارسات التجارية المعاصرة. يتجلى هذا التباين في عدة جوانب أبرزها الافتقار إلى التوحيد القانوني على المستوى الدولي مما يؤدي إلى تعقيدات قانونية وعملية في إدارة عمليات النقل البحري للبضائع عبر الحدود الدولية. إن عدم مواكبة التشريعات الحالية للتطورات التكنولوجية واللوجستية في مجال النقل البحري يشكل تحدياً رئيسياً. فالتعاقدات مثل النقل بالحاويات وعقود النقل من الباب إلى الباب التي أصبحت من الركائز الأساسية في التجارة العالمية المعاصرة لم تجد بعد انعكاساً كافياً في القوانين الحالية. يتضح ان هنالك فراغ تشريعي يخلق حالة من عدم اليقين القانوني مما قد يعوق التدفق السلس للتجارة الدولية ويزيد من احتمالات النزاعات القانونية. في ضوء هذه التحديات جاء قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1966م بإنشاء لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) كخطوة محورية نحو معالجة هذه الإشكاليات. تم تكليف هذه اللجنة بمهمة جوهرية تتمثل في تعزيز التنسيق والتوحيد التدريجي للقانون التجاري الدولي مع التركيز خاصةً على مجال النقل الدولي للبضائع.**208**

كانت اتفاقية بروكسل الخاصة بتوحيد القواعد المتعلقة بسندات الشحن البحري والتي انعقدت في بروكسل 1924م من الاتفاقيات الأوائل التي وضعت تنظيم لعقود النقل البحري للبضائع بنصها الأصلي بالإضافة الى التعديلات التي أضيفت الى النص في العامين 1968م و1979م.**209** على الرغم من إن اتفاقية بروكسل لها دور محوري في قطاع النقل البحري العالمي لعقود طويلة؛ فإنها أصبحت قاصرة عن مواكبة التحولات المتعددة التي شهدها العالم لا سيما في المجالات المالية والاقتصادية والتكنولوجية

208 UN General Assembly (21st Sess.: 1966), "Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law.", 1967, https://digitallibrary.un.org/record/203421

209 بودليو، سليم، (2014)، "اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع بالمقارنة مع اتفاقية بروكسل "، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، ع42، 515 – 529، ص 516، مسترجع من: http://demo.mandumah.com/Record/785172

بشكل خاص؛ فإن النصوص الأصلية للاتفاقية لم تعد تتماشى مع التطورات الحاصلة في عمليات النقل البحري كما أنها لا توفر الحماية الكافية للشاحنين في تعاملاتهم مع الناقلين.**210**

في إطار الجهود الدولية لتحديث قوانين النقل البحري انعقد مؤتمر دبلوماسي تحت رعاية الأمم المتحدة في مدينة هامبورغ الألمانية وتُوج هذا المؤتمر بتوقيع "اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع" في 31 مارس 1978م، والتي اشتهرت باسم "قواعد هامبورغ".**211** تميزت هذه الاتفاقية بتوجهها نحو تعزيز حقوق الشاحنين مما شكل تحولاً جوهرياً في موازين القوى التعاقدية في قطاع النقل البحري، ونجحت الاتفاقية في تحقيق هدفها الرئيسي المتمثل في توفير حماية أكثر شمولاً للشاحنين في مواجهة الناقلين. هذا التحول الجذري في التوازن القانوني أدى إلى انعكاس الأدوار، حيث أصبح الناقلون هم من يشتكون من أحكام الاتفاقية، بعد أن كان الشاحنون هم المتضررون من نصوص اتفاقية بروكسل السابقة.**212** ثم جاءت قواعد روتردام التي تمثل تطوراً في مجال القانون البحري الدولي. حيث تقدم إطاراً قانونياً شاملاً ومتكاملاً يستجيب لمتطلبات العصر الحديث في مجال النقل البحري للبضائع وتمثل تطوراً جوهرياً في مجال تنظيم النقل البحري الدولي. تتميز هذه القواعد بكونها تتجاوز حدود الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية بروكسل واتفاقية هامبورغ لتقدم نظاماً قانونياً أكثر شمولية وتطوراً.**213** اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية في 11 ديسمبر 2008 بهدف تحديث وتوحيد الإطار القانوني للشحن البحري على المستوى العالمي.**214** لذلك تم تطوير قواعد روتردام لمعالجة أوجه القصور المتصورة في الإطار القانوني الذي ينظم نقل البضائع الدولي عن طريق البحر. تستند قواعد روتردام إلى الاتفاقيات الماضية المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع عن طريق البحر على الخصوص إلى الاتفاقية الدولية لتوحيد قواعد قانونية متعلقة بسندات الشحن (بروكسل، 25 آب/أغسطس 1924) ("قواعد لاهاي")، والبروتوكولات الملحقة بها (قواعد لاهاي- فيسبي)، واتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع (هامبورغ، 31 آذار/مارس 1978) ("قواعد هامبورغ").**215** يجد المؤيدون للاتفاقية أن الأنظمة الحالية تفتقر إلى التوحيد ولا تأخذ في الحسبان بشكل كافٍ ممارسات النقل الحديثة مثل النقل المتعدد الوسائط، واستخدام الحاويات وتقنينها، والتبادل الإلكتروني للبيانات والاتفاقيات الدولية الحالية ولا توفر للمرسلين والناقلين نظامًا شاملاً وملزمًا ينظم العقود التي تتضمن وسائل نقل متعددة.**216**

نصت المادة الأولى الفقرة (1) من قواعد روتردام 2008 على ان عقد النقل "... يجب أن ينص العقد على النقل بحرا، ويجوز أن ينص على النقل بوسائط نقل أخرى إضافة الى النقل البحري". لهذا تميزت قواعد روتردام بنطاق تطبيق موسع يتجاوز حدود النقل البحري التقليدي. فهي تشمل عقود النقل التي تتضمن، إضافة إلى المرحلة البحرية، وسائط نقل أخرى متنوعة. هذا النهج

---

210 حاطوم، وجدي، (2022)، "الجديد في النقل البحري الدولي للبضائع في ضوء اتفاقية روتردام بشأن عقود نقل البضائع كلياً او جزئياً بطريق البحر للعام Rotterdam 2008 Rules"، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، مركز الابحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية،1034-1016، ص 1016، مسترجع من: http://dspa.ul.edu.lb/static/uploads/files/etudes-differentes/justice-journal/adl-0117.pdf

211 اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع (قواعد هامبورغ)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، (1978)، مسترجع من: https://uncitral.un.org/ar/texts/transportgoods /conventions/ha mburg_rules

212 حاطوم، وجدي، مرجع سابق، ص 1018-1017.

213 ملش، فاروق محمد، (2012)، "هل حقا تنظم قواعد روتردام لسنة 2008 أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 1، 725 - 774، ص 742-740، مسترجع من: http://search.mandumah.com/Record/192728

214 اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً (قواعد روتردام)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مسترجع من: https://uncitral.un.org/ar/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules

215 خالد، كوثر سعيد عدنان، (2018)، "النظام القانوني للعقد الكهي في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا "قواعد روتردام 2009"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات - كلية الحقوق، مج4، ع1، 1 - 185. ص 1-2، مسترجع من: http://demo.mandumah.com/Record/1075306

216Nazery, Khalid , Rakish, Suppiah,(2010), "The Rotterdam Rules: Catalyst for trade or cumbersome convention?," Maritime Policy & Management, Taylor & Francis Journals, vol. 37(4), p. 447-450, p.447, DOI: 10.1080/03088839.2010.486657

الشامل يغطي مجموعة واسعة من أنماط النقل، بما في ذلك النقل بالسكك الحديدية، والنقل البري، والنقل الجوي، والنقل النهري. 217

المطلب الأول: اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً (قواعد روتردام)

التوسع في نطاق التطبيق يعكس مفهوم النقل البحري "كلياً أو جزئياً"، حيث تظل المرحلة البحرية عنصراً أساسياً، ولكنها قد تكون جزءاً من سلسلة نقل أكثر تعقيداً. نتيجة لذلك تتعامل قواعد روتردام مع ما يُعرف بالنقل متعدد الوسائط وهو نظام يجمع بين عدة وسائل نقل تحت مظلة عقد واحد. يعالج هذا النطاق الأوسع واقع الشحن الحديث بالحاويات، ويتيح مرونة أكبر لشحنات الحاويات واسعة النطاق، وتدمج أحكام التجارة الإلكترونية لاستيعاب الاستخدام المتزايد للوثائق الرقمية في النقل بالحاويات والنقل متعدد الوسائط. بالإضافة إلى ذلك تهدف القواعد إلى تحقيق التوازن بين مصالح الناقل والشاحن من خلال إجراء تغييرات على نظام المسؤولية مثل إلغاء استثناء "الخطأ الملاحي" وزيادة حدود المسؤولية.218

في حين تهدف هذه التغييرات إلى تحديث وتنسيق الإطار القانوني للنقل بالحاويات والنقل متعدد الوسائط. ولا تزال هناك مخاوف بشأن تعقيد القواعد ونطاقها المحدود في مواد الاتفاقية في معالجة جميع جوانب النقل متعدد الوسائط بشكل كامل. سيعتمد التأثير النهائي لقواعد روتردام على الحاويات والنقل متعدد الوسائط إلى حد كبير على اعتمادها وتنفيذها على نطاق واسع من قبل الدول التجارية الرئيسية. من جهة أخرى قواعد روتردام تمد أحكاماً مماثلة لتلك التي تحكم الناقلين البحريين لتشمل الناقلين الآخرين المشاركين في مراحل عرضية للرحلة البحرية حتى عندما تقع هذه المراحل خارج الفترة التقليدية لمسؤولية الناقل من ميناء إلى ميناء. هذا يشمل تطبيق قواعد مماثلة على ناقلي السكك الحديدية والطرق والجو عندما يقومون بتنفيذ أجزاء من عقد يغلب عليه الطابع البحري، وكذلك على الأطراف الأخرى التي تنفذ التزامات ضرورية مرتبطة بالمرحلة البحرية.219 ان ما نصت المادة الثانية والثمانون الفقرات (أ)، (ب)، (ج)، (د) "المسائل التي لا تحكمها قواعد روتردام " في انه لا يؤثر تطبيق الاتفاقية على أي من الاتفاقيات الدولية السارية المفعول عند بدء نفاذها والتي تنظم مسؤولية الناقل عن فقدان البضائع أو تلفها بما في ذلك أي تعديلات مستقبلية لتلك الاتفاقيات. وتشمل هذه الاتفاقيات ما يلي:

1. الاتفاقيات المنظمة للنقل الجوي للبضائع، حيثما تنطبق على أي جزء من عقد النقل وفقاً لأحكامها.
2. الاتفاقيات المنظمة للنقل البري للبضائع حيثما تنطبق على نقل البضائع المحملة على مركبات شحن برية منقولة على متن السفن وفقاً لأحكامها.
3. الاتفاقيات المنظمة لنقل البضائع بالسكك الحديدية حيثما تنطبق على النقل البحري كجزء مكمل للنقل بالسكك الحديدية وفقاً لأحكامها.
4. الاتفاقيات المنظمة لنقل البضائع عبر الممرات المائية الداخلية حيثما تنطبق على نقل البضائع دون إعادة شحن سواء عبر الممرات المائية الداخلية أو البحر وفقاً لأحكامها.

قد يكون ذلك من شأنه تعدد تطبيق الاتفاقيات المنظمة الدولية لعقود النقل المتعدد الوسائط وعدم شملها في إطار تنظيمي موحد ولا يزال تأثيرها غير مؤكد. يرى بعض مؤيدو القواعد أنها ستعزز اليقين القانوني وتحسن الكفاءة وتسهل التجارة من خلال توفير إطار شامل يغطي النقل متعدد الوسائط، بينما يرى منتقدوها أن الاتفاقية معقدة للغاية ومحدودة النطاق وقد تخلق غموضًا

217 ملش، فاروق محمد، مرجع سابق، ص 730.

218 Nazery Khalid, Rakish Suppiah ، مرجع سابق، ص 448.

219 Mo, John S, (2010), "Determination of Performing Party's Liability Under the Rotterdam Rules." Asia Pacific Law Review, 18 (2),p. 243–58.p. 244-245 doi:10.1080/10192557.2010.11788235

قانونيًا.220 بالإضافة انها لا تهدف إلى أن تكون اتفاقية متعددة الوسائط بشكل كامل؛ بل يمكن النظر إلى قواعد روتردام على أنها اتفاقية نقل بحري موسعة.

اتفاقية روتردام لم تقتصر في معالجة المسؤولية في عقد النقل البحري على مسؤولية الناقل فقط انما نصت بأحكام خاصة مسؤولية الشاحن؛ فحققت نوع من التوازن بين مصالح الناقل البحري والشاحن من خلال عدة آليات رئيسية. أولاً توسع القواعد نطاق مسؤولية الناقل لتشمل الفترات قبل الشحن وبعد التفريغ مما يعزز حماية الشاحنين. ثانياً تتيح إمكانية النقل من الباب إلى الباب حيث تمتد مسؤولية الناقل من لحظة استلام البضاعة حتى تسليمها النهائي. ثالثاً تعالج القواعد واقع النقل الحديث متعدد الوسائط مراعية التطورات التكنولوجية في مجال النقل بالحاويات والتجارة الإلكترونية.221

الفرع الأول: مسؤولية الناقل البحري

يتحمل الناقل المسؤولية عن أي إخلال بالتزاماته المنصوص عليها في قواعد روتردام استناداً للمادة الثامنة عشر سواء كان ذلك ناتجًا عن أفعال أو إهمال من قبله أو من قبل أي طرف منفذ، أو ربان السفينة وطاقمها، أو موظفي الناقل، أو الطرف المنفذ، أو أي شخص آخر يؤدي أو يتعهد بأداء أي من واجبات الناقل بموجب عقد النقل. وتمتد هذه المسؤولية لتشمل أي شخص يتصرف، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، بناءً على طلب الناقل أو تحت إشرافه أو سيطرته. وبهذا تغطي مسؤولية الناقل نطاقًا واسعًا يشمل جميع الأطراف المشاركة في تنفيذ عقد النقل، مما يضمن مساءلة شاملة موحدة عن أي تقصير في الوفاء بالالتزامات التعاقدية. يتضح أن قواعد روتردام اعتمدت نظام "المسؤولية الشبكية" كأساس للنقل متعدد الوسائط لأنه شبكي في حالات الهلاك او التلف او التأخير؛ فإذا حدث أي من هذه الحالات في مرحلة محددة تحكمها اتفاقيه دوليه مطبقة او قانون وطني معمول به فإنه سيطبق عليها.222

نصت المادة الحادية عشر بأن يقوم الناقل بنقل البضائع وتسليمها للمرسل اليه، وتبدء مسؤولية الناقل البحري عندما يتسلم الناقل، او أي طرف منفذ البضائع محل العقد ويقوم بدوره بتسليمها. أوضحت احكام المادة الثانية عشر الفقرة (أ) مدة مسؤولية الناقل إذا كان قد تم الاتفاق ان مكان التسلم للبضائع تقضي بأن التسلم يكون من قبل سلطة ما، او طرف ثالث وبناء على ذلك تبدأ مسؤولية الناقل عندما يتسلم البضائع من السلطة المحددة او الطرف الثالث الآخر. ويجوز على الطرفين في عقد النقل البحري ان يتفقوا على وقت ومكان لتسلم البضائع بشرط ألا ينص في العقد ان يكون وقت تسلمها لاحقاً لبدء التحميل الاولي، او يكون وقت التسليم سابقاً لإتمام التفريغ النهائي بمقتضى عقد النقل والا أصبح هذا الشرط باطلاً استناداً للمادة الثانية عشر الفقرة (3).

يعد على صعيد آخر مصطلح **"الطرف المنفذ"** من المصطلحات التي ابتكرتها قواعد روتردام 2008 بمعنى أن يكون هنالك شخص غير الناقل البحري قد يتم التعاقد معه لأداء أحد التزامات الناقل بحسب ما تم النص عليه في عقد النقل. يستطيع الناقل التعاقد مع الطرف المنفذ لتسليم او تحميل البضائع، أيضا يمتد ذلك الى الالتزام بحفظ البضائع او تفريغها متى كان ذلك التصرف ينفذ بشكل مباشر او غير مباشر بناء على تعليمات وتوجيهات الناقل او تحت اشرافه وسيطرته. يُعرَّف الطرف المنفذ بأنه شخص يتعهد بأداء أي من مسؤوليات الناقل بموجب عقد النقل، ولكنه ليس مسؤولاً مباشرة أمام أصحاب المصلحة في البضائع ويتحمل الناقل بموجب عقد النقل البحري. سواء كان النقل كليًا أو جزئيًا عن طريق البحر. مسؤولية الاخلال بالواجبات المترتبة نتيجة للأفعال التي يقدم عليها، او حتى يغفلها أي طرف منفذ متى كان ذلك يتصرف بصورة مباشرة او غير مباشرة بناء على طلب الناقل او تحت

220 Nazery Khalid, Rakish Suppiah ، مرجع سابق ، ص 447–449.

221 ملش، فاروق محمد. مرجع سابق، ص 235.

222 قماز، ليلى، (2015)، "قواعد روتردام اتفاقية نقل بحري بطابع متعدد الوسائط. المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل"، ع3، مج 1، 25-50، ص45 ، مسترجع من: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/83763

اشرافه او سيطرته. لذلك من اللازم ان تثبت العلاقة التعاقدية بين الناقل والطرف المنفذ بشكل كتابي ومحدد بناء على حدود المسؤولية طبقاً للاتفاقية.

يمكننا ان نوضح مصطلح "الطرف المنفذ" من عدة جوانب:

أولاً: يشترط في الطرف المنفذ ألا يكون هو "**الناقل**" نفسه. فالناقل وفقاً للمادة الأولى فقرة (5) هو "الشخص الذي يبرم عقد النقل مع الشاحن". ولتوضيح مفهوم الناقل بشكل أدق، يجب قراءة هذا التعريف مقترناً بالمادة الأولى فقرة (1) التي تعرّف عقد النقل بأنه عقد يتعهد فيه الناقل بنقل بضائع من مكان إلى آخر مقابل أجرة نقل. ويشترط أن ينص العقد على النقل بحراً، مع إمكانية النص على وسائط نقل أخرى إضافة للنقل البحري. هنا تظهر إمكانية تطبيق قواعد روتردام على عقود النقل متعدد الوسائط. ثانياً: يجب أن يقوم الطرف المنفذ بتنفيذ جزء من مسؤوليات الناقل المنصوص عليها في عقد النقل. وهذا يتطلب إثبات أن الطرف المعني يؤدي فعلياً ما يلتزم به الناقل بموجب العقد، ليستوفي شروط "الطرف المنفذ" وفقاً للاتفاقية. ثالثاً: يشترط في الطرف المنفذ أن يؤدي عمله بصورة مباشرة أو غير مباشرة بناءً على طلب الناقل أو تحت إشرافه أو سيطرته. ويستلزم ذلك إثبات وجود علاقة تعاقدية محددة لتأكيد صفة "الطرف المنفذ" وفقاً لقواعد روتردام. 223 وبالتالي، فإن أي طرف يعينه الشاحن - سواء كان الشاحن المتعاقد أو الشاحن المستندي - لا يعتبر طرفاً منفذاً بموجب هذه القواعد.

من جهة أخرى أوضحت الاتفاقية في الفقرة (ب) أن مفهوم الطرف المنفذ لا يشمل أي شخص يستعين به بصورة مباشرة، أو غير مباشرة الشاحن، أو الشاحن المستندي، أو الطرف المسيطر، أو المرسل إليه وليس الناقل البحري. كما عرّفت الفقرة (13) الطرف المسيطر بأنه الشخص الذي له الحق في ممارسة حق السيطرة وفقاً للمادة الواحدة والخمسون مع التأكيد على أنه لا يعد "طرفاً منفذاً" حتى وإن قام بأعمال مشابهة لما يقوم به الطرف المنفذ. في ضوء المادة السابقة تهدف هذه التعريفات والاستثناءات إلى تحديد نطاق مفهوم "الطرف المنفذ" بدقة وتمييزه عن الأطراف الأخرى في عملية النقل مما يساعد في تحديد المسؤوليات والالتزامات القانونية بشكل واضح ضمن إطار قواعد روتردام.

الطرف المنفذ هو مفهوم محدد يشير إلى انه أي شخص غير الناقل يقوم بتنفيذ التزامات الناقل بموجب عقد النقل المشمول بـ قواعد روتردام. وعليه يمكن للطرف المنفذ أن يقوم بتنفيذ كل أو بعض التزامات الناقل بناءً على طلب الناقل. أهمية الطرف المنفذ في عملية النقل البحري واضحة بحد ذاتها على الرغم من أن الناقلين البحريين قد يستعينوا بخدمات أطراف أخرى لغرض الوفاء بالتزاماتهم تجاه الشاحن أو مالك البضائع في الممارسات البحرية لسنوات عديدة إلا أن هذه هي المحاولة الأولى في تاريخ قانون الشحن الدولي لتنظيم وظائف الطرف المنفذ بوضوح وصراحة ضمن نفس النظام القانوني الذي ينظم الناقل.224

تنص المادة السادسة والعشرون من قواعد روتردام على أنه في حالة وجود اتفاقية دولية أخرى تنظم نقل البضائع بوسائل نقل غير بحرية؛ فإن أحكام تلك الاتفاقية تكون لها الأولوية والسيادة على أحكام قواعد روتردام وتكون في الحالتين التالية:

١- إذا أمكن تحديد مكان حدوث الهلاك أو التلف أو الظرف المسبب للتأخير في الجزء غير البحري من الرحلة. ٢- إذا كان هذا الجزء خاضعاً لاتفاقية دولية محددة للنقل فعلى سبيل المثال، إذا حدث هلاك أو تلف للبضاعة أثناء النقل البري الذي يسبق أو يلي الرحلة البحرية، فإن أحكام اتفاقية النقل البري تكون هي الواجبة التطبيق على هذا الجزء من الرحلة.225 ويتضح ان أحكام قواعد روتردام تطبق على كامل رحلة نقل البضاعة بما فيها الأجزاء غير البحرية إذا حدث الهلاك أو التلف في أكثر من مرحلة من مراحل النقل، او إذا لم يكن بالإمكان إثبات مكان وقوع الهلاك أو التلف. بالتالي فإن إجمالي رحلة نقل البضاعة من الباب إلى الباب أو النقل متعدد الوسائط ستخضع بكاملها لأحكام قواعد روتردام.

---

223 John S Mo ، المرجع السابق، ص 246.

224 المرجع السابق.

225 ملش، فاروق محمد، مرجع سابق، ص 758.

وفقاً لقواعد روتردام أيضا تقوم مسؤولية الناقل على أساس قرينة الخطأ المفترض. فقد نصت المادة السابعة عشر من الاتفاقية مسؤولية الناقل عن الهلاك أو التلف أو التأخير في تسليم البضائع على هذا الأساس حيث وضعت على عاتق الناقل قرينة الخطأ بالمسؤولية عن الأضرار الحاصلة للبضائع شريطة أن يثبت الشاحن أن هذه الأضرار حصلت أثناء مدة مسؤولية الناقل كما حددتها الاتفاقية. غير أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. إذ خولت المادة السابعة عشر فقرة (2) الناقل إمكانية إبراء نفسه من المسؤولية إذا أثبت أن الأضرار اللاحقة بالبضائع أو الخسارة الاقتصادية الناجمة عن التأخير لا تؤدي إلى خطأ ارتكبه هو أو أحد تابعيه.**226** يتحمل الشاحن المسؤولية تجاه الناقل عن الخسائر أو الأضرار الناجمة عن إخلاله بواجباته المنصوص عليها في الاتفاقية استناداً للمادة الثلاثون شريطة أن يثبت الناقل أن هذه الخسائر أو الأضرار نتجت عن هذا الإخلال.

الفرع الثاني: تقدير التعويض الأضرار للبضائع المحملة

تعتمد قواعد روتردام، في تحديدها لمسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق بالبضائع على نهج مماثل لما اتبعته الاتفاقيات السابقة. يستند هذا النهج إلى معيار مزدوج لتقدير التعويض، حيث يتم احتساب المسؤولية على أساسين: الطرد أو وحدة الشحن والوزن بالكيلوغرام للبضائع المتضررة أو التالفة.**227** وفقاً لهذا النظام يتم تحديد مبلغ مالي للتعويض لكل من الطرد أو وحدة الشحن بالإضافة إلى مبلغ محدد لكل كيلوغرام من البضائع المتضررة أو التالفة خلال الرحلة البحرية. يتم تطبيق الأساس الذي ينتج عنه أعلى قيمة للتعويض مما يوفر حماية أكبر لأصحاب البضائع.

يعرف الطرد بأنه الشحنة المنفردة ذات الهوية الخاصة والتي يتسلمها الناقل بشكل مستقل عن باقي الشحنات. قد يتخذ الطرد أشكالاً متنوعة مثل الصندوق، الكيس، الجوال، أو الكرتونة، ويتم تمييزه عادةً بأرقام وعلامات خاصة وكل وحدة من هذه الأشكال تعتبر طرداً منفصلاً، ويجب ذكر عدد هذه الطرود في سند الشحن حيث يتم على أساس هذا العدد تحديد الحد الأقصى لمسؤولية الطرف المنفذ البحري في حالة هلاك أو تلف البضاعة خلال الرحلة البحرية. **228**

أما وحدة الشحن فتشير إلى المقياس المستخدم لتحديد حجم أو وزن أو كمية البضاعة، وقد تكون هذه الوحدة المتر، الطن، أو الكيلوغرام اعتماداً على طبيعة البضاعة ومعايير القياس المتبعة في التجارة البحرية. هذا التمييز بين الطرد ووحدة الشحن يلعب دوراً حاسماً في تحديد نطاق المسؤولية القانونية للناقل البحري وحساب التعويضات المحتملة في حالات الضرر أو الفقدان للبضائع.**229**

تحديداً وضعت قواعد روتردام حدوداً قصوى للتعويض الذي يلتزم به الناقل في حالات هلاك أو تلف البضائع. وفقاً للمادة التاسعة والخمسون الفقرة (1) من هذه القواعد يتم تحديد التعويض بقدر (875) وحدة حسابية لكل طرد، أو وحدة شح ، وقدر 3 وحدات حسابية لكل كيلوغرام من الوزن الإجمالي للبضائع المتضررة أو التالفة محل النزاع بين الطرفين أيهما أعلى مع مراعاة الاستثناءات لحالات الإعلان عن القيمة، أو الاتفاق على حد أعلى. الفقرة (3) من المادة ذاتها نصت ان تكون الوحدة الحسابية المشار لها في المادة هي حق السحب الخاص كما حدده صندوق النقد الدولي لتحديد التعويضات.**230** يتم تحويل هذه الوحدة إلى العملات الوطنية وفقاً لقيمتها في تاريخ صدور الحكم القضائي، أو قرار التحكيم، أو التاريخ المتفق عليه بين الأطراف.

---

226 المرجع السابق.

227 مخلوف، حنان عبد العزيز، (2019)، "النظام القانوني للطرف المنفذ البحري في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً (قواعد روتردام 2009)"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، 31(2)، 40-185، ص 119-121, doi: 10.21608/lsej.2019.92858.

228 مخلوف، حنان عبد العزيز، المرجع السابق.

229 المرجع السابق، ص 120.

230 يمثل نظام حقوق السحب الخاصة آلية مبتكرة في إدارة السيولة الدولية حيث تتلقى المصارف المركزية للدول الأعضاء في صندوق النقد الدولي وحدات من حقوق السحب الخاصة وفق نظام محاسبي فريد. تُسجل هذه الوحدات في الميزانيات العمومية للبنوك المركزية كأصول احتياطية مع إدراج مقابل لها في جانب الخصوم مما يعكس طبيعتها المزدوجة كأصل والتزام في آن واحد. يقوم الصندوق بدوره بفتح حسابات للدول المشاركة تكون دائنة ومدينة في الوقت ذاته بقيمة الوحدات المخصصة. تتميز هذه الآلية بأنها تخلق أصولاً احتياطية دون مقابل مادي فهي ذات وجود محاسبي فقط، مُسجلة كقيود دفترية في سجلات البنوك المركزية والصندوق. هذا النظام يعزز قدرة الدول الأعضاء على إدارة احتياطاتها

بالنسبة للدول الأعضاء في صندوق النقد الدولي، يتم حساب قيمة عملاتها الوطنية مقابل حق السحب الخاص باستخدام منهجية التقييم المعتمدة من الصندوق في التاريخ المعني. أما الدول غير الأعضاء في الصندوق، فتقوم بتحديد طريقة حساب قيمة عملتها الوطنية مقابل حق السحب الخاص وفقاً لآلياتها الخاصة لذلك.231 فالمادة التاسعة والخمسون توضح عملية تقدير التعويضات في النقل البحري الدولي، مع مراعاة التباينات في الأنظمة النقدية والاقتصادية للدول المختلفة.

نصت قواعد روتردام في مسألة مسؤولية متعهد النقل عن الخسارة الاقتصادية الناجمة عن التأخير في تسليم البضائع بطريقة مشابهة لقواعد هامبورج، مع بعض الاختلافات الملحوظة كتحديد التعويض وفقاً للمادة ستون من قواعد روتردام. حُدد التعويض عن التأخير بما يعادل 2.5 ضعف أجرة النقل المستحقة عن البضائع المتأخرة. والحد الأقصى للمسؤولية. على عكس قواعد هامبورج لم تشترط قواعد روتردام أن يكون الحد الأقصى للمسؤولية عن التأخير مساوياً لمجموع أجرة النقل المحددة في عقد النقل البحري. اما حالة السقف الإجمالي للتعويض اشترطت قواعد روتردام ألا يتجاوز إجمالي المبلغ المستحق بموجب المادة ستون والفقرة الأولى من المادة التاسعة والخمسون الحد المقرر في الفقرة الأولى من المادة التاسعة والخمسون في حالة الهلاك الكلي للبضائع المعنية. هذا النهج يهدف إلى توفير توازن بين حماية مصالح الشاحنين في حالات التأخير مع ضمان عدم تجاوز التعويضات حدوداً معقولة وتراعي مصالح الناقلين أيضاً. كما يضمن هذا النظام ألا يكون التعويض عن التأخير أكبر من التعويض في حالة الفقدان الكلي للبضائع مما يحقق نوعاً من الاتساق في نظام المسؤولية.

الفرع الثالث: مستند النقل البحري في ضوء قواعد روتردام والمشروع الجديد للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)

قواعد روتردام اضافت اعترافاً قانونيا يعكس التقنية المبتكرة في مجال النقل البحري وادخلت نظام سجل النقل الإلكتروني إلى جانب مستندات النقل الورقية التقليدية. فقد عرّفت الاتفاقية هذا السجل المادة الأولى فقرة (18) بأنه معلومات إلكترونية صادرة عن الناقل تثبت استلام البضائع، وتحمل توقيعًا إلكترونيًا. وأجازت الاتفاقية استخدام هذا السجل بموافقة الشاحن والناقل، ومنحته ذات الحجية القانونية للمستندات الورقية. في إطار التطورات الحديثة في مجال النقل الدولي تظهر اتفاقية روتردام ايضا كنقطة تحول مهمة في تنظيم النقل متعدد الوسائط الذي يتضمن مرحلة بحرية. وحددت توضيحا لمفهوم النقل "من الباب إلى الباب"، والذي يهدف إلى توحيد نظام المسؤولية للناقل عبر جميع مراحل النقل. رغم أن هذا التنظيم قد ورد في مادة واحدة فقط المادة السادسة والعشرون من الاتفاقية إلا أنه يمثل خطوة جوهرية نحو تكامل عمليات النقل الدولي. يستند هذا النظام على مبدأ الاتفاق الموحد، حيث يتولى متعهد النقل متعدد الوسائط المسؤولية الشاملة عن الرحلة بأكملها.

من الإشكاليات في ذلك ملحوظة قدمها الصين في الدورة الثانية والخمسين التابع للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) 2019 من اجل استحداث مستندات نقل قابلة للتداول في مجال النقل بالسكك الحديدية عبر المنطقة الأوروبية الآسيوية. وفقاً للاقتراح المقدم يتضح أن إذن الشحن بالسكك الحديدية على عكس سند الشحن البحري لا يعمل كسند مالي قابل للاستخدام في تسوية خطابات الاعتماد وتمويلها.232 هذا القصور في وظائف إذن الشحن بالسكك الحديدية يضع قيوداً على قدرة المصارف في تقديم الخدمات المالية اللازمة. نتيجة لذلك، تتفاقم الضغوط المالية على المستوردين، كما تزداد المخاطر التي يواجهها المصدرون في عملية تحصيل المدفوعات. هذه العوائق تشكل تحدياً كبيراً أمام كفاءة وفعالية التجارة الدولية عبر شبكات السكك الحديدية الممتدة بين أوروبا وآسيا.

الدولية بمرونة أكبر، ويوفر آلية لتوزيع السيولة الدولية بشكل أكثر كفاءة مما يسهم في استقرار النظام النقدي العالمي وتعزيز التعاون المالي الدولي. انظر الى الحويش، ياسر، (2014)، "حقوق السحب الخاصة مفهومها واقعها ومستقبلها"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 30، ع2، 9-35. ص 13-14. مسترجع من: https://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/index.php?lang=1&set=31&Ser=6&id=4

231 الحويش، ياسر، المرجع السابق، ص 16-14.

232 لجنة الأمم المتحدة للقانون التجار ي الدولي (الفريق العامل السادس المعني بمستندات الشحن القابلة للتداول) ، الدورة الرابعة والأربعون نيويورك 2024، مسترجع من: https://uncitral.un.org/ar/working_groups/6/negotiablecargodocuments

من الحلول فيما يتعلق بمستندات النقل غير القابلة للتداول من الناحية العملية يتجلى المشروع الجديد للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في إصدار مستند نقل واحدة تغطي كامل مسار الرحلة قابل للتداول بدءًا من نقطة الانطلاق وحتى الوجهة النهائية. تتميز هذه الوثيقة باحتوائها على معلومات تفصيلية وإلزامية. لذلك يعكف الفريق العامل السادس التابع للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) على وضع هذا الصك الجديد بشأن مستندات النقل القابلة للتداول لحل الإشكاليات القانونية في الملاحة البحرية حول مستندات النقل التي لا يمكن تداولها مثل مستندات النقل البري والجوي التي تعرف باسم أذون الشحن والتي تكون غير قابلة للتداول؛ فالهدف من المشروع استحداث طريقة أكثر مرونة ومبتكرة من مستندات الملكية يعرف بمستند الشحن القابل للتداول، والذي سيكون بمثابة سند شحن بحري لنقل البضائع في عقود النقل المتعددة الوسائط.233

لذلك نرى ان مستندات الملكية من هذا النوع توفر كفاءة للمعاملات التجارية الدولية من خلال تسهيل نقل حقوق الملكية للبضائع أثناء عملية الشحن حيث يمكن تداولها، أو إعادة تحميلها خلال فترة النقل خاصة في حالات الشحن متعدد الوسائط. كما تتيح للأطراف المعنية إمكانية بيع البضائع، أو التصرف فيها بطرق مختلفة لأغراض مالية، أو تشغيلية، أو استراتيجية. بالإضافة إلى ذلك توفر مستندات الملكية ضمانات إضافية للمصارف والمؤسسات المالية التي تقدم التمويل التجاري والاعتمادات المستندية للعملاء.234 علاوة على ذلك؛ فإن استخدامها يعزز مرونة التجارة الدولية في سياق النقل متعدد الوسائط.

من المفترض ان لا يؤثر مستند النقل القابل للتداول حقوق والتزامات متعهد النقل بين المرسل والمرسل إليه بموجب الاتفاقيات الدولية المطبقة أو القانون الوطني المطبق في عقد النقل المتعدد الوسائط. حيث يكون حامل مستند النقل القابل للتداول يكتسب حقوق السيطرة على البضائع أثناء عملية النقل مما يؤدي إلى انقضاء أي حقوق سابقة على البضائع. أيضا من المهم ان يعالج المشروع الجديد حين إصداره بشكل نهائي المسائل المتعلقة بمسؤولية متعهد النقل في إطار القانون الذي يحكم عقد النقل سواء تم تطبيق اتفاقية دولية او قانون داخلي بحسب القانون الواجب التطبيق في عقد النقل المتعدد الوسائط، وتجنب التداخل أو التعارض مع احكام المسؤولية المتعلقة بمسؤولية متعهد النقل في الاتفاقيات الدولية لعقود النقل البحري المتعددة الوسائط. لذلك نرى أهمية أن يوضح ويوسع المشروع الجديد مسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط وحالات الاعفاء عن الأخطاء التي قد ترد في عملية التسليم والاستلام، او الإهمال بموجب مستند النقل القابل للتداول.

المطلب الثاني: عقود النقل المتعددة الوسائط في اتفاقية النقل المتعدد الوسائط 1980

تبرز أهمية النقل متعدد الوسائط في تحقيق انسيابية وكفاءة حركة البضائع عبر سلسلة نقل متكاملة بتعرفة موحدة وجدول زمني محدد. يسهم هذا النوع من النقل في تيسير تدفق التجارة بسلاسة من مراكز العرض إلى مراكز الطلب عبر شبكة متناسقة من وسائط النقل المختلفة - البحرية والبرية والجوية والتنسيق المكاني والزماني الدقيق؛ مما يقلل من احتمالية حدوث فجوات في عملية النقل. نتيجة لهذا التكامل يحقق عقد النقل متعدد الوسائط عدة مزايا رئيسية منها: تعزيز الكفاءة التشغيلية، وخفض التكاليف الإجمالية، وتحسين القدرة التنافسية للتجارة على المستويين الإقليمي والدولي. 235

رغم أهميته لم يتوصل التشريع الدولي إلى توحيد قانوني لهذا النوع من العقود. فاتفاقية النقل المتعدد الوسائط لعام 1980 لم تدخل حيز النفاذ لكنها أثرت على القوانين الداخلية للعديد من الدول. هدفت الاتفاقية إلى توحيد القواعد وإقامة توازن بين مصالح الدول المتقدمة والنامية، وسعت لحل قضايا المسؤولية، وتحفيز تطوير خدمات النقل المتعدد الوسائط. كان هدف الاتفاقية توحيد القواعد وإقامة توازن عادل بين مصالح الدول المتقدمة والنامية، لضمان توزيع عادل للأنشطة المتعلقة بالتجارة.

---

233 المرجع السابق.

234 المرجع السابق.

235 مصداع، راضية، بن ناصر، عبد الحميد، وشنوف، جمال، (2020)، "واقع النقل بالحاويات في الجزائر ودوره في النقل متعدد الوسائط في ظل المنظومة اللوجستية"، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، 13(3) ، من ص. 867-878. ص. 178، مسترجع من: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/140446

على الرغم من انها لك تدخل حيز النفاذ إلا انه كان لها تأثير في الرجوع لها من قبل الدول التي أصدرت قوانينها الداخلية المتخصصة في عقد النقل المتعدد الوسائط.236

الفرع الأول: تعريف عقد النقل المتعدد الوسائط

عرف عقد النقل المتعدد الوسائط في الاتفاقية بأنه "نقل بضائع بواسطتين مختلفتين على الأقل من وسائط النقل على أساس عقد نقل متعدد الوسائط يأخذ فيه متعهد النقل متعدد الوسائط البضائع في حراسته من مكان في بلد ما إلى المكان المحدد للتسليم في بلد آخر".237 يتضح من خلال التعريف الخصائص التالية:

أولاً: نطاق التطبيق للنقل حيث يتم نقل البضائع من نقطة انطلاق في دولة معينة إلى نقطة تسليم متفق عليها في دولة أخرى.

ثانيًا: الشرط القانوني المتعلق بأطراف العقد إذ تشترط الاتفاقية أن تكون إحدى الدولتين المعنيتين بالنقل على الأقل طرفًا متعاقدًا في الاتفاقية يضمن تطبيق أحكام الاتفاقية على العقد. لذلك نرى أن الطابع الدولي للعقد لا يتأثر بجنسية الأطراف المتعاقدة؛ فالعامل الحاسم هو حركة البضائع عبر الحدود الدولية مع الالتزام بتسليمها في بلد مختلف عن بلد الشحن.238 تركز الاتفاقية على الجوانب الموضوعية للنقل متجاوزة الاعتبارات الشخصية لأطراف العقد. هذا التعريف الشامل للطابع الدولي للعقد يعكس سعي الاتفاقية إلى توسيع نطاق تطبيقها، وضمان فعاليتها في تنظيم عمليات النقل الدولي مع مراعاة تنوع الممارسات التجارية العالمية.

المادة الرابعة من الاتفاقية وضعت توازن دقيق بين الإطار القانوني الدولي للنقل المتعدد الوسائط والحقوق السيادية للدول في تنظيم عقد النقل المتعدد الوسائط. فهي تؤكد أولاً على عدم تعارض الاتفاقية مع الاتفاقيات الدولية أو القوانين الوطنية القائمة مما يضمن التكامل القانوني؛ ثم تحفظ حق كل دولة في تنظيم ومراقبة عمليات النقل المتعدد الوسائط على المستوى الوطني بما في ذلك تنظيم المشاورات، والترخيص للمتعهدين، وحماية المصالح الاقتصادية التجارية الوطنية. ثانياً: تلزم المادة متعهدي النقل المتعدد الوسائط بالامتثال للقوانين المحلية في البلدان التي يعملون فيها؛ بالإضافة إلى أحكام الاتفاقية ذاتها. هذا بدوره يعكس التعقيد الكامن في تنظيم النقل الدولي، ويسعى إلى تحقيق توازن بين المعايير الدولية، والاعتبارات الوطنية.

الفرع الثاني: متعهد النقل المتعدد الوسائط

عرفت الاتفاقية في المادة الأولى الفقرة (2) ان متعهد النقل المتعدد الوسائط وهو الطرف الذي يبرم عقد النقل المتعدد الوسائط اصاله عن نفسه او طريق شخص آخر ينوب عنه، ويتصرف بصفته اصيلا، ويتحمل مسؤولية تنفيذ العقد بشكل كامل. مفهوم التصرف كأصيل حددته المادة انه يكون مستقلا ولا يتصرف بالوكالة او بالنيابة عن المرسل او الناقلين المشتركين في عمليات النقل المتعدد الوسائط.239 تناولت المواد من الرابعة عشر إلى الثامنة عشر من الاتفاقية الجوانب القانونية لمسؤولية متعهد النقل المتعدد الوسائط، وحددت المواد نطاق المسؤولية، وأساسها القانوني، وايضاً حدودها المالية.

استناداً الى نص الفقرة (1) تبدأ مسؤولية المتعهد من لحظة استلام البضائع وتستمر حتى تسليمها مع تحديد دقيق لمفهوم "العهدة" القانونية، ويتحمل المتعهد المسؤولية استنداً للفقرة (2) عن تصرفات موظفيه ووكلائه وأي أطراف ثالثة يستعين بها لتنفيذ العقد.

---

236 العطير، عبد القادر، (1984)، "اتفاقية الأمم المتحدة حول النقل الدولي متعدد الوسائل للبضائع لسنة 1980". مجلة الحقوق، مج 8 ع(3)، من ص.206-171. ص.187. مسترجع من: https://doi.org/10.34120/jol.v8i3.545

237 United Nations Treaty Collection", The United Nations Convention on International Multimodal Transport of goods (1980) https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-E-1&chapter=11&clang=_en .

238 التريكي، عبدا الله بن عبد الرحمن بن عبد العزيز، (2023)، "آثار عقد النقل متعدد الوسائط على الناقل البحري"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية- المنوفية،(2)58، 9-40، ص 18، مسترجع من: https://doi.org/10.21608/jslem.2023.215534.1243

239 عبدالصمد، رقيق، مراد، بسعيد، (2021)، "النظام القانوني للنقل الدولي متعدد الوسائط"، مجلة القانون والعلوم السياسية، ع 2، مج 7، 114-101، ص 107. مسترجع من: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/163124

يُعتبر المتعهد مسؤولاً ايضاً عن الخسائر الناتجة عن هلاك البضائع، أو تلفها، أو التأخير في تسليمها ما لم يثبت اتخاذه كافة التدابير المعقولة لتجنب الضرر.240

نصت الاتفاقية صراحه على ان مسؤولية متعهد النقل في عقد النقل متعدد الوسائط ترتكز على مبدأ الخطأ المفترض أو الإهمال المفترض، وهذا يتضح على ان أساس المسؤولية هو الخطأ المفترض الذي ينتفي بإثبات العكس والقرينة هي قرينه خطأ وليس قرينة مسؤولية ولا تنتفي الا بإثبات ان متعهد النقل لم يرتكب أي خطأ اثناء عملية النقل.241 لذلك تكون مسؤولية متعهد النقل مسؤولية عقدية من حيث الطبيعة، وتنعقد مسؤوليته حين اثبات الخطأ أو الإهمال، وتمتد ايضاً الى الإهمال او الخطأ الصادر من تابعيه ووكلاءه، وكل من تعاقد معهم، وهي مسؤولية شخصية استناداً للمادة الخامسة عشر من الاتفاقية.

وضعت الاتفاقية حدوداً قصوى للتعويضات المالية حيث نصت المادة الرابعة عشر حدود المسؤولية المالية لمتعهد النقل المتعدد الوسائط في حالات الخسارة أو التلف أو التأخير في تسليم البضائع، ووضعت حداً اعلى للتعويضات يبلغ 920 وحدة حسابية لكل طرد، أو 2.75 وحدة حسابية لكل كيلوغرام أيهما أكبر.

بالإضافة انها حددت توجيهات واضحة لحساب هذه الحدود في حالات استخدام الحاويات، أو المنصات النقالة. كما تميز الاتفاقية بين النقل البري والبحري حيث تحدد سقفاً أعلى قدره 8.33 وحدة حسابية لكل كيلوغرام في حالة النقل البري فقط. فيما يخص التأخير في التسليم تُحدد المسؤولية بمثلين ونصف من أجرة النقل للبضائع المتأخرة مع وضع حد أقصى لا يتجاوز إجمالي أجرة النقل. هذه الاتفاقية تعكس جهوداً لتحقيق توازن دقيق بين حماية مصالح الشاحنين، وتوفير إطار قانوني واضح ومرن لمتعهدي النقل، وتميز بين النقل البحري والبري مع السماح بزيادة حدود المسؤولية بالاتفاق بين الأطراف، وتوفر أساساً عملياً لتحسين فعالية العمليات اللوجستية إذا طبقت فعلياً على المستوى العالمي.

المبحث الثاني: عقود النقل المتعدد الوسائط في الاتفاقيات الاقليمية والقو انين الوطنية

في مجال تنظيم النقل الدولي متعدد الوسائط ظهرت مجموعة متنوعة من النهج الوطنية والإقليمية في ظل غياب إطار دولي مقبول عالميًا. يُعزى هذا التشتت إلى حد كبير إلى فشل اتفاقية الأمم المتحدة للنقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع لعام 1980 في دخولها حيز التنفيذ.242 ونتيجة لذلك طورت العديد من الدول أنظمتها التنظيمية الخاصة بها مستوحاة في كثير من الأحيان من اتفاقية الأمم المتحدة، وقواعد الأونكتاد غرفة التجارة الدولية للنقل متعدد الوسائط لكن مع اختلافات متباينة. 243

المطلب الاول: مسؤولية متعهد النقل في النظام البحري التجاري السعودي

تناول المنظم السعودي في النظام البحري التجاري السعودي الصادر عام 1440هـ تعريفاً قانونياً لعقد النقل متعدد الوسائط، وجاء متميزاً بتعريفات دقيقة للمصطلحات الأساسية لهذا العقد. يعرّف النظام هذا العقد في الفقرة (22) بأنه العقد الذي يبرمه الشاحن مع متعهد النقل متعدد الوسائط لنقل البضائع بوسيلتي نقل مختلفتين، أو أكثر بين مكانين يقعان في دولة واحدة أو أكثر. يتسلم بموجبه متعهد النقل المتعدد الوسائط البضاعة، وتكون في عهدته إلى المكان المحدد للتسليم، ويتولى التنفيذ بنفسه، أو عن طريق غيره مقابل أجر. تتنوع الكيانات التي تضطلع بدور متعهد النقل متعدد الوسائط في القطاع اللوجستي الحديث حيث يمكن تصنيفها إلى ثلاث فئات رئيسية.

---

240 المرجع السابق، ص 108.

241 المرجع السابق، ص 110.

242 خليل، محمد محمود، والجزائري، هاشم رمضان، (2007)، "المشاكل القانونية الناجمة عن النقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع"، جامعة عمان العربية، عمان. 1 – 132، ص 34-33، مسترجع من: http://search.mandumah.com/Record/587668

243 زنبوعة، محمود، (2006)، "أثر تفعيل النقل المتعدد الوسائط في تنمية التجارة البينية العربية"، جامعة دمشق-مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، ع 2، مج 22، 249-272، ص 252، مسترجع من: https://damascusuniversity.edu.sy/mag/law/index.php?lang=1&set=31&Ser=6&id=23

أولا: شركات ملاحة متخصصة تتميز هذه الشركات بامتلاكها وتشغيلها لأساطيل من السفن، وتستطيع التحكم بشكل مباشر في الجزء البحري من سلاسل النقل مما يمنحها مرونة وكفاءة في إدارة عمليات النقل البحرية التجارية الدولية.

ثانيا: الشركات الوسيطة غير المالكة للأصول هذه الفئة تشمل الشركات التي لا تمتلك وسائل نقل خاصة بها، بل تعتمد على خدمات واصول شركات أخرى مقدمي خدمات النقل البري والبحري (طرق وسكك حديدية)، وتستفيد من للتعاقد مع عدة جهات للجمع بين خدمات ومهام مختلفة تتعلق بالتزام متعهد النقل البحري.

ثالثا: مزودين الخدمات اللوجستية المتكاملة ويقوموا بتقديم خدمات متكاملة تتجاوز نطاق النقل التقليدي. تتميز هذه الكيانات بقدرتها على دمج وإدارة مجموعة واسعة من أنشطة النقل مع التركيز على تطوير البنية التحتية اللوجستية كمراكز التوزيع المتطورة. كما تقوم بإدارة شبكات معقدة من الوكلاء على المستويين المحلي والدولي، مما يضمن تغطية جغرافية واسعة وخدمة عملاء فعالة تحقق حد أدنى من التشغيل. **244** وحرص المنظم في المادة الخامسة والثلاثون من اللائحة المنظمة لنشاط نقل البضائع ووسطاء الشحن وتأجير الشاحنات على الطرق البرية وضع إطارً شامل لتحديد المتطلبات الأساسية لتدريب الجدارة المهنية لمدير التشغيل في قطاع نقل البضائع، وتغطي المادة ستة محاور رئيسية تشكل الحد الأدنى لمحتوى التدريب بالأخص الفقرة السادسة التي تؤكد على أهمية تعريف وتدريب الممارسين في عمليات النقل على مفهوم النقل المتعدد الوسائط، وكيفية توظيف الشاحنات في عملياته.**245**

أصدر المنظم السعودي عدة لوائح تنفيذية تنظم مسؤولية الناقل البحري تتبع النظام البحري التجاري بحسب نوع نشاط النقل، ونص المنظم السعودي على مسؤوليات وسيط الشحن والناقل، وألزم الشركات، والمؤسسات على إصدار التراخيص اللازمة لمزولة أي من اعمال النقل البحري والبري. وفي حالة مخالفة أي من ذلك يتم تقرير العقوبات المالية بشكل محدد لكل مخالفة في اللوائح التنفيذية المختصة التي تم تفصيلها في كل لائحة على حدى بتحديد جدول للمخالفة والعقوبات المالية المطبقة. فعلى سبيل المثال نصت لائحة مزاولة أعمال النقل البحري في المادة الثانية والثالثة الإطار التنظيمي لأعمال النقل البحري في المملكة العربية السعودية ونطاق التطبيق. وهدفت إلى تنظيم عملية إصدار وإدارة تراخيص النقل البحري، بما في ذلك تحديد التزامات المنشآت المرخصة وآليات الرقابة عليها. تتميز اللائحة بشموليتها حيث تطبق على جميع مزاولي النشاط والسفن المشغلة بغض النظر عن جنسيتها مع مراعاة الاتفاقيات الدولية والأنظمة المحلية القائمة.**246**

الفرع الأول: مسؤولية وسيط الشحن

اعتمد وزير النقل والخدمات اللوجستية بقرار رقم (548) وتاريخ 24/ 3/ 1443هـ اللائحة المنظمة لنشاط وسيط الشحن، والغت هذه اللائحة الفصل الرابع من اللائحة المنظمة لنشاط نقل البضائع ووسطاء الشحن وتأجير الشاحنات على الطرق البرية الصادرة بقرار وزير النقل رقم (122/ 41/ 1) وتاريخ 7/ 5/ 1441هـ، والأحكام المتصلة بالوساطة في الشحن، وكذلك لائحة وسيط شحن البضائع بحراً الصادرة بقرار مجلس إدارة الهيئة رقم (43/ 9/ 39) وتاريخ 15/ 9/ 1439هـ، والغاء جميع ما يتعارض معها من تعليمات سابقة.**247** يمثل هذا القرار خطوة جوهرية في تحديث وتوحيد الإطار التنظيمي لقطاع النقل والشحن في المملكة من خلال إلغاء عدة لوائح وأنظمة سابقة. وضحت اللائحة المنظمة لنشاط وسيط الشحن الى تحقيق تكاملي لوجستي بين مختلف

---

244 زنبوعة، محمود، المرجع السابق، ص252.

245 اللائحة التنفيذية المنظمة لنشاط نقل البضائع وتأجير الشاحنات على الطرق البرية، الهيئة العامة للنقل الصادرة بقرار معالي وزير النقل والخدمات اللوجستية رقم (122/ 41/ 1) وتاريخ 7/ 5/ 1441هـ، وتعديلاتها. مسترجع من: https://www.tga.gov.sa/Regulations/Read/1542

246 "لائحة مزاولة أعمال النقل البحري - الهيئة العامة للنقل"، والمعدلة بقرار وزير النقل رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للنقل رقم (243/ 42/ 1) وتاريخ 10/ 8/ 1442هـ، مسترجع من: https://www.tga.gov.sa/Regulations/Read/2187, 2024.

247 "اعتماد اللائحة المنظمة لنشاط وسيط الشحن"، تاريخ الوصول 2 سبتمبر، https://uqn.gov.sa/details?p=18594.2024 ,

وسائل النقل، وحددت الإجراءات الإدارية والتنظيمية مما يسهل على الشركات المرخصة الامتثال للقوانين المعمول بها في المملكة.[248]

يعكس هذا التغيير استجابة للتطورات والتغيرات في الممارسات التجارية في المملكة. نصت اللائحة في المادة الأولى الفقرة (13) تعريفاً شاملاً لوسائط النقل بأنه الجزء المادي الذي تتم عبره عملية النقل وتشتمل على سبيل المثال لا الحصر الطرق البرية، السكك الحديدية، النقل البحري، والنقل الجوي. ونصت في الفقرة (12) على ان وسيلة النقل هي كل وسيلة نقل مرخصة لنقل البضائع، وأضافت ذات المادة تعريفاً بالأخص للنقل المتعدد الوسائط في الفقرة (14) نقل بضاعة بين دولتين أو أكثر باستخدام واسطتي نقل مختلفتين أو أكثر بعقد نقل واحد ووثيقة نقل واحدة وتحت مسؤولية وسيط الشحن، وتكون من نقطة استلامه للبضاعة من المرسل وحتى تسليمها للمرسل إليه.

ايضاً المادة الخامسة عشر سبعة وضحت حدود المسؤولية في العلاقة التعاقدية بين وسيط الشحن والناقل متعدد الوسائط. وهي المادة التي تفردت في اللائحة ووضحت احكاماً خاصة ترتبط بالتعاقد مع الناقل متعدد الوسائط. حيث استناداً للمادة تمنح الفقرة (1) وسيط الشحن الحق في التعاقد مع ناقل متعدد الوسائط شريطة أن يكون مسؤولًا بصفته أصيلاً من نقطة استلامه للبضاعة من المرسل وحتى تسليمها للمرسل إليه بالتحديد طوال مدة عملية النقل مما يوفر ضماناً قانونياً للمرسل والمرسل إليه. هذا النص يعزز مرونة العمليات اللوجستية وضمان وضوح المسؤولية القانونية. نصت الفقرة (2) إعفاءً محدداً من المسؤولية في حالة النقص في البضائع المنقولة في حاويات مختومة من قبل المرسل. هذه الفقرة تحمي وسيط الشحن من المسؤولية عن أخطاء أو تلاعب قد يحدث قبل استلامه للبضاعة شريطة أن يتم تسليم الحاوية بختمها السليم، وفي الوقت المحدد. بالإضافة ان الفقرة (3) وضعت حماية قانونية لوسيط الشحن في حالات الطوارئ البحرية التي تعفيه من المسؤولية عن الهلاك، أو التلف، أو التأخير التي تنتج عن إجراءات إنقاذ الأرواح أو الممتلكات في البحر. يتوافق ذلك مع المبادئ الدولية للقانون البحري التي تعطي الأولوية لسلامة الأرواح والممتلكات.

بالإضافة لذلك عالجت الفقرة (4) والفقرة (5) من اللائحة إشكالية مهمة في عملية النقل والشحن، وهي حالة عدم استلام البضائع من قبل المرسل إليه خلال فترة محدد. هذه الفترة حددت بأربعة عشر يوماً بعد وصول البضائع في الوقت والمكان المحددين في وثيقة الشحن ولم يتلقى وسيط الشحن تعليمات اخرى وافية ممن له حق التصرف في البضاعة؛ فبناء على ذلك منح المنظم وسيط الشحن صلاحية التصرف كوكيل للمرسل إليه مع خيارات لتخزين البضاعة، أو تفريغها من الحاويات حسب الضرورة.

في الفقرة (5) نصت اللائحة في حال استمرار التأخير من تاريخ الاخطار بوصول البضائع جاز لوسيط الشحن اتخاذ قرارات أكثر صرامة بالتصرف في بيع البضاعة وفقاً للأنظمة واللوائح ذات العلاقة، او الطلب من المحكمة المختصة إثبات حالة البضاعة والأذن له بوضعها تحت إشراف حارس قضائي لحساب المستفيد وعلى مسؤوليته، أو التصرف في البضاعة حسبما يرى وسيط الشحن أن الظروف تقتضي ذلك وفي حدود المعقول. تحدد الفقرتان السادسة والسابعة من المادة الخامسة عشرة الجوانب المالية والقانونية المتعلقة بتصرف وسيط الشحن في حالات عدم استلام البضائع. ألزمت الفقرة (6) الشخص المخول بالتصرف في البضاعة بتحمل جميع التكاليف الناتجة عن إجراءات وسيط الشحن، مع منح الناقل حق اقتطاع تكاليفه ومستحقاته من عائدات بيع البضاعة. أما الفقرة (7) فتوفر حماية قانونية لوسيط الشحن من المسؤولية عن التلف أو الخسارة الناتجة عن ممارسة حقوقه، إلا في حالات الخطأ أو الإهمال. هذه الأحكام تهدف إلى توزيع المسؤوليات المالية والقانونية بشكل عادل، مع توفير حوافز لوسيط الشحن للتصرف بمسؤولية وكفاءة في إدارة البضائع غير المستلمة، مما يعزز استقرار وفعالية نظام النقل والشحن.

248 لائحة وسيط شحن البضائع بحراً (الخدمات اللوجستية) الهيئة العامة للنقل", اللائحة المنظمة لنشاط وسيط الشحن، الصادرة بقرار معالي وزير النقل رقم (122/41/1) وتاريخ 07/05/1441هـ، والمعدلة بالقرار الوزاري رقم (01/134) وتاريخ 04/09/1442هـ مسترجع من: https://www.tga.gov.sa/Regulations/Read/2923

فيما يتعلق بتقدير حدود التعويض حدد المادة التاسعة عشر من اللائحة آليات تقدير وحدود التعويض في حالات الخسارة أو التلف أو التأخير في تسليم البضائع في عمليات الشحن. تبدأ بتحديد قيمة التعويض على أساس قيمة البضاعة المذكورة في وثيقة الشحن، وتقدم بدائل متدرجة لتقدير القيمة في حال عدم تحديدها، بما في ذلك الرجوع إلى أسعار السوق أو تعيين خبير قضائي. ايضاً وضعت المادة حداً أقصى للتعويض عن التأخير بمرتين ونصف من قيمة أجرة شحن البضاعة المتأخرة، مع عدم تجاوز إجمالي أجرة الشحن. كما تشترط إصدار إخطار كتابي خلال 21 يوماً تالية لليوم الذي استلم فيه المرسل إليه البضاعة، أو اليوم الذي أعلم فيه أن البضاعة قد تم تسليمها للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن التأخير في التسليم.

من الجدير بالذكران المنظم في اللائحة التنفيذية المنظمة لنشاط نقل البضائع وتأجير الشاحنات على الطرق البرية في الفصل السادس في المادة الواحد والسبعين وضع إطاراً شاملاً ودقيقاً لتحديد وتقييد مسؤولية الناقل البري في حالات الخسارة أو التلف أو التأخير في نقل البضائع. والتي تبدأ بتحديد آليات تقدير قيمة التعويض في حال عدم تحديد قيمة البضاعة في وثيقة النقل. تضع المادة حداً أقصى للتعويض باستخدام "وحدات السحب الخاصة" **249** ، حيث حددت المادة الواحد والسبعين في الفقرة (3) ألا يتجاوز قيمة التعويض عن التلف الجزئي او الكلي أو فقدان البضائع 8.33 وحدة من وحدات حقوق السحب الخاصة لكل كيلو جرام من الوزن الإجمالي للبضاعة التالفة أو المفقودة مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.**250**

تحدد الفقرة (4) سقوفاً للتعويض في حالات التأخير عن تسليم البضاعة في موعدها وكان الناقل مسؤولا عن التأخير فإن التعويض يكون في هذه الحالة يعادل مرتين ونصف من قيمة أجرة نقل البضاعة المتأخرة مع وضع حد أقصى لا يتجاوز قيمة أجرة نقل إجمالي البضاعة طبقاً لعقد النقل.

نصت الفقرة (5) في حالة ثبوت اضرار غير مباشرة نتيجة مسؤولية الناقل البري عن تلف البضاعة او فقدها او التأخير في تسليمها عن الموعد المتفق عليه وضحت الفقرة ذاتها امثلة لذلك مثل تعطل عجلة الإنتاج، أو وصول البضاعة في غير موسمها فإن حدود مسؤولية الناقل عن الضرر غير المباشر لا تزيد عن قيمة أجرة النقل المتفق عليه في العقد عن البضاعة الهالكة، أو المفقودة، أو التي يتأخر تسليمها.

هنا نرى ان عملية تقدير التعويض في اللائحتين قد لا يتناسب مع طبيعة مسؤولية الناقل الشاملة في العقود المتعددة الوسائط، واختلاف وسائل النقل وحدود المسؤولية فاللائحة المنظمة لنشاط وسيط الشحن حددت مسؤولية وسيط الشحن في حالة التعاقد مع ناقل متعدد الوسائط. مع الاخذ بعين الاعتبار أن الإعفاءات للناقل في عقد النقل المتعدد الوسائط للتابعين والوكلاء تعتبر باطلة حسب الاتفاقيات الدولية والإقليمية.

كما نصت اتفاقية النقل المتعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية في المادة الثانية عشر الفقرة (11) تشديداً لمسؤولية الناقل في هذا النوع من العقود، وحتى لا يكون هنالك تعارض في تطبيق القوانين المحلية والدولية وهذا يجعل الملاحقة القضائية بالتعويضات عن الاضرار المحتملة صعبة التقدير ومعقدة. **251**

---

249 حقوق السحب الخاصة (SDR) هي أصل احتياطي دولي أنشأه صندوق النقد الدولي في 1969م كمكمل للاحتياطيات الرسمية للدول الأعضاء. تستند قيمتها إلى سلة من خمس عملات رئيسية. وهي ليست عملة بل مطالبة محتملة على عملات الدول الأعضاء القابلة للاستخدام الحر. يُقيّم الصندوق قيمة SDR يومياً بناءً على أسعار الصرف السوقية للعملات في السلة. تقتصر المشاركة والحيازة على الدول الأعضاء في الصندوق والحائزين المعتمدين البالغ عددهم 15 كياناً، وتستخدم كأصل احتياطي ووحدة حساب في الصندوق وبعض المنظمات الدولية. في سياق النقل متعدد الوسائط، يوفر استخدام SDR كوحدة لتحديد التعويضات معياراً دولياً موحداً، مما يسهل تطبيق الاتفاقيات الدولية ويضمن عدالة في تقدير التعويضات عبر مختلف الدول والعملات، مساهماً بذلك في تنظيم وتوحيد الممارسات في مجال النقل الدولي. انظر الى موقع صندوق النقد الدولي مقالة أسئلة أساسية عن حق السحب الخاص"، IMF، تاريخ الوصول ٥ سبتمبر، 2024, https://www.imf.org/ar/About/FAQ/special-drawing-right.

250 اللائحة التنفيذية المنظمة لنشاط نقل البضائع وتأجير الشاحنات على الطرق البرية، الهيئة العامة للنقل الصادرة بقرار معالي وزير النقل والخدمات اللوجستية رقم (122 /41 /1) وتاريخ 7 /5 /1441هـ، وتعديلاتها. مسترجع من: https://www.tga.gov.sa/Regulations/Read/1542

251 اتفاقية النقل المتعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية 2009، المعتمدة بقرار مجلس جامعة الدول العربية رقم (7123/دع132) وتاريخ 19/9/1430، المصدر الاسكوا لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا – التابعة للأمم المتحدة https://www.unescwa.org/ar/node/1107.

أما المنظم السعودي في اللائحة التنفيذية المنظمة لنشاط نقل البضائع وتأجير الشاحنات على الطرق البرية حددت المسؤولية للناقل البري بشكل محدد دون التطرق لاحتمالية تطبيقها في عقود النقل المتعدد الوسائط. لذلك أحال المنظم السعودي في النظام البحري التجاري الاحكام الخاصة بعقد النقل المتعدد الوسائط في المادة الثالثة والخمسون بعد المائتين بأن "يطبق على عقود النقل المتعدد الوسائط أحكام اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية وتعديلاتها".**252** ونبين في التالي الاحكام الخاصة بمسؤولية متعهد النقل في العقد المتعدد الوسائط بناء على الاتفاقية.

المطلب الثاني: اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية

عقدت اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي اسيا الإسكوا في الدورة الخامسة والعشرين في الفترة 26- 29 مايو 2008 م للنظر في مشروع اتفاقية النقل الدولي متعدد الوسائط بين الدول العربية، وتم الاتفاق للتنسيق بين الأمانة التنفيذية للإسكوا والأمانة العامة لجامعة الدول العربية لتقديم نص موحد للاتفاقية الى البلدان الأعضاء للنظر والتصديق خلال الاجتماعات لوزراء النقل العرب في أكتوبر 2008 م.**253** تم اقتراح إمكانية النظر لاحقاً في المستقبل لتوسيع نطاق الاتفاقية بحيث يشمل عمليات النقل المتعدد الوسائط بين الدول العربية والدول الأجنبية من جهة أخرى وافق على الاتفاقية بحسب تقرير الإسكوا مجلس الجامعة العربية والمجلس الاقتصادي والاجتماعي في عام 2008 م. وقعت المملكة العربية السعودية في ٢٨ ابريل 2010م على اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية بحضور الأمين العام المساعد للجامعة العربية للشئون الاقتصادية. **254** حيث ان الهدف منها تعزيز الروابط الاقتصادية وتنمية التجارة الإقليمية بين الدول العربية.

نصت الاتفاقية في الديباجة بشكل محدد في أحد أهدافها على أهمية التوازن بين مصالح متعهدي خدمات النقل المتعدد الوسائط، وبين مستخدمين هذه الخدمات في إطار تنظيمي وقانوني موحد يكفل ذلك في ضوء الاتفاقية. وعرفت الاتفاقية في المادة الأولى تعريفاً لمتعهد النقل المتعدد الوسائط بأنه الشخص المرخص له من الجهة المختصة بدولة منضمة للاتفاقية، والذي يبرم عقل النقل المتعدد الوسائط مع المرسل باسمه، أو عن طريق شخص اخر ينوب عنه ويتصرف بصفته اصيلا بموجب عقد النقل المتعدد الوسائط، ويتحمل مسؤولية تنفيذ العقد.**255** هذا التعريف يتطابق في معظم العناصر مع تعريف متعهد النقل في اتفاقية النقل المتعدد الوسائط 1980م في المادة الأولى الفقرة (2) فيما عدا تشديد اتفاقية 1980 في التزام متعهد النقل "بعدم التصرف بالوكالة او بالنيابة عن المرسل او الناقلين المشتركين في عمليات النقل المتعدد الوسائط".**256**

بشكل عام كلا التعريفين يتضمنان خمسة عناصر أساسية تؤكد على الجوانب القانونية والعملية لدور متعهد النقل متعدد الوسائط في الاتفاقيتين وتشدد على استقلاليته وشمولية مسؤوليته، وهي كالتالي:

أولا: وجوب حصول متعهد النقل على الترخيص الرسمي من قبل الجهة المختصة في الدولة المنضمة للاتفاقية. ثانياً: ان يكون طرفاً متعاقداً اصيلاً ويستطيع ابرام العقد مع المرسل باسمه، او عبر من ينوب عنه.

ثالثاً: مسؤولية متعهد النقل تكون كاملة عن تنفيذ العقد بجميع مراحله.

رابعاً: الاستقلال في التصرف ويعمل متعهد النقل بصفته اصيلاً.

خامساً: التنسيق لعملية النقل من الباب الى الباب ويشمل ذلك جميع وسائط النقل المتعددة بحسب العقد.

---

252 النظام البحري التجاري السعودي الصادر بالمرسوم الملكي مرسوم ملكي رقم (م/33) وتاريخ 05/04/1440هـ بقرار مجلس الوزراء رقم (197) بتاريخ 4/4/1440هـ، مسترجع من: https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/43344715-1e0d-4e7f-9895-aa3d00f670e6/1

253 انظر الى تقرير اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي اسيا (الإسكوا) دورتها الخامسة والعشرين، صنعاء، ٢٦-٢٩ مايو 2008، ص 36، الفقرة 70، (E/ESCWA/25/10/Rev.1).

254 تقرير لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا", مسترجع من: http://www.unescwa.org/ar ,2024.

255 اتفاقية النقل المتعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية 2009، المعتمدة بقرار مجلس جامعة الدول العربية رقم (7123/دع132) وتاريخ 19/9/1430، المصدر الاسكوا لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا – التابعة للأمم المتحدة https://www.unescwa.org/ar/node/1107.

256 عبدالصمد، رقيق، مراد، بسعيد، المرجع السابق، ص107.

نصت اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية في المادة الأولى تصنيف عناصر النقل إلى فئتين رئيسيتين: واسطة النقل ووسيلة النقل لذلك تُعرَّف واسطة النقل في المادة بأنها البنية التحتية المادية التي تتم من خلالها عملية النقل، وتشمل المسطحات والممرات المائية، شبكات الطرق البرية، خطوط السكك الحديدية، المجال الجوي، وشبكات الأنابيب. أما وسيلة النقل فهي الأداة أو المركبة المستخدمة لنقل البضائع عبر هذه الواسط، وتتضمن المركبات البرية كالشاحنات، القطارات، السفن البحرية والمراكب النهرية، الطائرات، وخطوط الأنابيب، بالإضافة إلى أنواع أخرى من المركبات أو الآليات المستخدمة في نقل البضائع وفقاً للتطورات التكنولوجية وحاجات السوق. وفيما يتعلق بتوضيح نطاق تطبيق الاتفاقية وعلاقتها بالتشريعات الأخرى نصت المادة الثانية تسري أحكام هذه الاتفاقية على جميع عقود نقل البضائع متعددة الوسائط بين الدول العربية الأعضاء مع الحفاظ على حق المرسل في اختيار النقل المجزأ حتى لا تتعارض الاتفاقية مع الاتفاقيات الدولية الأخرى. كما تحترم الاتفاقية حق الدول الأعضاء في وضع القوانين المنظمة للنقل متعدد الوسائط، ويلتزم متعهدو النقل بقوانين البلدان التي يعملون فيها مع مراعاة انسجامها مع الاتفاقية. وفي المسائل غير المشمولة بالاتفاقية تطبق التشريعات الداخلية للدول الأعضاء. لذلك كان من أهدافها تحقيق التوازن بين توحيد الإطار القانوني للنقل متعدد الوسائط بين الدول العربية واحترام السيادة للقوانين الوطنية.

وضحت الاتفاقية تعريف "الطرف المنفذ" في المادة الأولى كما ذكر في الاتفاقيات الدولية السابق ذكرها بأنه شخص يعهد إليه متعهد النقل بتنفيذ أي من الالتزامات المنصوص عليها في عقد النقل. وقد يكون وسيط الشحن الذي يتعاقد مع الناقل في العقد المتعدد الوسائط كما وضح المنظم السعودي في اللائحة المنظمة لنشاط وسيط الشحن. تشمل مسؤوليات الطرف المنفذ في الاتفاقية على سبيل المثال لا الحصر القيام بعمليات النقل البحري والنقل الجوي والنقل البري وغيرها، بالإضافة إلى مناولة البضائع وشحنها وتفريغها وتخزينها تستمر مسؤولية الطرف المنفذ فيها حتى إتمام عملية تسليم البضاعة إلى المرسل إليه وفقاً لشروط العقد المبرم؛ فنلاحظ ان مسؤولية متعهد النقل تظل قائمة.نصت المادة التاسعة عشرة من الاتفاقية نطاق مسؤولية متعهد النقل عن تصرفات وأفعال تابعيه في إطار النقل متعدد الوسائط. حيث تفرض مسؤولية مباشرة على متعهد النقل عن جميع تصرفات وأفعال تابعيه، ويشمل مفهوم "التابع" نطاقاً واسعاً من الأشخاص بما في ذلك الأطراف المنفذة .كالمتعاقدين من الباطن والممثلين والمفوضين و الموظفين والوكلاء والمندوبين . فتغطي هذه المسؤولية جميع الأفعال والتصرفات المتعلقة بالبضاعة المنقولة شريطة أن تكون واقعة ضمن نطاق عقد النقل، وتنص المادة التاسعة عشر صراحة على بطلان أي شرط يهدف إلى إعفاء متعهد النقل من هذه المسؤولية.

نرى ان الاتفاقية تتوافق هذا الالتزام المشدد على متعهد النقل مع الاتفاقيات الدولية في النقل البحري. حيث تتميز اتفاقية روتردام بموقفها المتباين عن اتفاقية هامبورغ فيما يتعلق بتحديد المسؤولية وتتيح للشاحن إمكانية تجاوز الحد الأقصى للتعويض المستحق من الناقل شريطة الإعلان عن قيمة البضائع وإدراجها في تفاصيل العقد.257

المادة الخامسة عشر من اتفاقية النقل المتعدد الوسائط 1980م نصت مشددة على ان متعهد النقل مسؤول مسؤولية شخصية عن أي تصرف أو تقصير يصدر عن مستخدميه، أو وكلائه أثناء أدائهم لمهامهم ضمن نطاق وظائفهم، أو عن أي شخص آخر يستعين بخدماته لتنفيذ عقد النقل المتعدد الوسائط.258

خلاصةً لذلك هذه الاتفاقيات تتفق جميعها على عدم جواز الإعفاء أو التخفيف من مسؤولية الناقل معتبرة أي بند بهذا المعنى باطلاً؛ فالتشديد حول مسؤولية متعهد النقل في عقد النقل متعدد الوسائط يضمن حماية أكبر لمصالح الأطراف الأخرى في عملية النقل.

الفرع الأول: حدود مسؤولية متعهد النقل في عقد النقل المتعدد الوسائط

257 حاطوم، وجدي، المرجع السابق، ص 1026.

258 عبدالصمد، رقيق، مراد، بسعيد، المرجع السابق، ص 110-109.

حددت المادة الثانية عشر في الاتفاقية الأسس الرئيسية لمسؤولية متعهد النقل في النقل متعدد الوسائط، ويتحمل متعهد النقل المسؤولية الكاملة عن سلامة البضاعة خلال جميع مراحل النقل بدءاً من استلامها وحتى تسليمها. تشمل هذه المسؤولية عمليات التحميل والمناولة والترتيب، وايضا النقل والتفريغ والحفظ؛ فيجب على متعهد النقل استخدام وسائل نقل ومعدات تستوفي معايير الأمن والسلامة الدولية مع بذل العناية اللازمة في جميع المراحل. في حال الاتفاق على قيام المرسل بتحميل البضاعة وترتيبها يجب أن يتم ذلك وفقاً للقواعد المعمول بها، وتحت إشراف متعهد النقل. هذا الشرط يضمن التزام المرسل بالمعايير المهنية حتى عند قيامه بجزء من العمليات.

تسمح المادة بالاستثناءات التعاقدية لهذه المسؤوليات مما يوفر مرونة للأطراف في تحديد نطاق مسؤولية متعهد النقل حسب ظروف كل عملية نقل. مع ذلك فإن المسؤولية الأساسية عن سلامة البضاعة تظل على عاتق متعهد النقل ما لم يتم الاتفاق صراحة على خلاف ذلك. بالإضافة نصت المادة الثانية عشر في الفقرة (3) والفقرة (4) من الاتفاقية نطاق مسؤولية متعهد النقل وحالات الإعفاء منها حيث يتحمل المسؤولية عن الخسارة الناتجة عن تلف أو فقد البضاعة أو التأخير في تسليمها أثناء وجودها في عهدته، ما لم يثبت بذل العناية الكافية أو وقوع الحادث بسبب قوة قاهرة. كما يمكن إعفاؤه من المسؤولية إذا أثبت عدم وجود خطأ أو إهمال من جانبه أو من موظفيه، أو إذا كان سبب الضرر يعود إلى خطأ المرسل أو المرسل إليه، او ظرف قاهر، او عيب في البضاعة، او نقص طبيعي في الحجم أو الوزن، أو أي سبب آخر خارج عن سيطرته.

الفقرة (5) و (6) من المادة الثانية عشر وضعت إطاراً تفصيلياً لمسؤولية متعهد النقل فيما يتعلق بتأخير تسليم البضاعة أو تلفها أو خسارتها. فإذا أثبت المرسل إليه وقوع حادث من جانب متعهد النقل أدى إلى وقوع الضرر ولم يتمكن المتعهد من نفي مسؤوليته؛ فيتحمل المسؤولية الكاملة، أو الجزئية عن الخسارة. بالإضافة يكون المتعهد مسؤولاً عن التلف أو الخسارة الناجمة عن التأخير في التسليم في الموعد المحدد إذا كان المرسل في أعلن كتابةً عن رغبته في تسلم البضاعة في هذا الموعد المحدد ووافق عليه متعهد النقل.

لم تحدد الفقرة المدة الزمنية التي يوافق عليها متعهد النقل للمرسل او شكليتها، وقد يكون في ذلك إشكالية كبيرة تسبب اضراراً بمصالح المرسل إذا لم يتم النص عليها وتحديدها في العقد. لذلك نرى أهمية تحديدها في العقد وبأن تكون الموافقة كتابياً ويتم تحديد مدة تتناسب مع طبيعة البضائع محل العقد.

الفقرة (7) الى الفقرة (10) نصت على مسؤولية متعهد النقل في حالات التأخير وفقدان البضاعة، وتوضح حقوقه في التعاقد من الباطن. ففي حالة عدم وجود اتفاق مسبق على موعد التسليم يكون متعهد النقل مسؤولاً عن التأخير إذا تجاوز "فترة زمنية مناسبة" تراعي الظروف المحيطة. أما إذا لم تصل البضاعة خلال 90 يوماً من تاريخ التسليم المتفق عليه أو الوقت المناسب؛ فتعتبر البضائع مفقودة، ويتحمل متعهد النقل مسؤولية فقدها.

مع ذلك لا يكون مسؤولاً عن الخسائر الناجمة عن التأخير أو التلف أو الفقدان إذا كان ذلك نتيجة لتقديم المرسل بيانات خاطئة عن طبيعة البضاعة.

استناداً الى الفقرة (10) انه يحق لمتعهد النقل التعاقد من الباطن مع ناقلين آخرين أو أطراف أخرى لأداء مهام النقل. يمكن القول ان مسؤولية متعهد النقل في عقود النقل متعدد الوسائط تمتد من لحظة استلام البضائع وحتى تسليمها للمرسل إليه أو من ينوب عنه. وتتضمن هذه المسؤولية عدة عناصر أساسية:

- ضمان سلامة البضائع طوال الرحلة، اختيار أنسب الطرق ووسائل النقل.
- الإشراف الدقيق على مجريات عملية النقل.
- العمل على إيصال البضائع إلى وجهتها المحددة في الوقت المتفق عليه وبحالة سليمة.
- يلتزم المتعهد بتجنب أي تلف أو فقدان للبضائع.
- الحرص على الالتزام بالجدول الزمني المحدد للتسليم دون تأخير.

وتبعاً لذلك الفقرة (11) وضعت قيوداً صارمة على إمكانية إعفاء متعهد النقل من المسؤولية؛ فتنص المادة على بطلان أي شرط يعفي متعهد النقل من المسؤولية عن هلاك البضاعة كلياً أو جزئياً أو تلفها إذا نشأت عن أفعاله أو أفعال تابعيه. من جانب اخر تُظهر قواعد روتردام تأثراً واضحاً بقواعد هامبورغ التي لعبت دوراً محورياً في تطويرها. إذ يتجاوز نطاق النقل البحري التقليدي ليشمل النقل متعدد الوسائط، ويبقى واجب العناية التزاماً أساسياً يعلو على الإعفاءات المتاحة للناقل. تتميز هذه المسؤولية بطابعها الشامل إذ تنطبق بغض النظر عن الأساس القانوني الذي يختاره أصحاب الحق في البضاعة للمطالبة بالتعويض سواء كان ذلك على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية.**259** مما يجعله الركيزة المهيمنة أيضا في اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية استناداً للمادة الثانية عشر.

الفرع الثاني: الية تقدير التعويضات عن الخسارة أو التلف أو التأخير في تسليم البضاعة

نصت المادة الرابعة عشر الأسس التي يتم بموجبها تقدير التعويض عن الخسارة أو التلف أو التأخير في تسليم البضاعة في إطار النقل متعدد الوسائط. يتم احتساب التعويض على أساس قيمة البضاعة في المكان والوقت المفترض لتسليمها وفقاً لعقد النقل. لتحديد قيمة البضاعة يتم اتباع تسلسل هرمي. أولاً يتم الرجوع إلى سعر السلعة في البورصة وإذا لم يكن متاحاً؛ فيتم اعتماد سعر السوق الحالي. في حالة تعذر تحديد سعر السوق يتم تقدير القيمة بالرجوع إلى بضاعة مماثلة من حيث النوع والقيمة والمنشأ، وإذا لم تتوفر جميع الخيارات السابقة يتم تعيين خبير من قبل المحكمة لتقدير قيمة البضاعة على وجه الاستعجال. هذا المادة تضمن تقييماً عادلاً وموضوعياً لقيمة البضاعة لأغراض التعويض مع مراعاة مختلف الظروف في السوق التجارية والالتزامات القانونية، ووضحت الاتفاقية تفصيلياً كما يلي الحالتين المتعلقة بتقدير التعويض للبضائع في حالات الفقد.

١- أسس تقدير التعويض إذا كانت طبيعة وقيمة البضاعة غير محددة وكانت مرحلة النقل التي حدث فيها التلف أو الفقد معروفة

المادة الخامسة عشر من الاتفاقية نصت على آلية تقدير التعويض في هذه الحالة حيث تنص المادة على أنه في حال تحمل متعهد النقل المسؤولية عن تلف، أو فقدان البضاعة دون وجود تحديد مسبق لطبيعتها وقيمتها في وثيقة النقل، فيتم تحديد سقف التعويض وفقاً للمعيار الأعلى، او القيمة الأعلى بين ما تنص عليه الاتفاقيات الدولية المطبقة، أو القانون المحلي المتعلق بوسيلة النقل المعنية التي حدث أثنائها التلف او الفقد في المكان الذي وقع فيه الضرر. بناء على ذلك تشير المادة انه إذا كان نقلاً برياً ووقع الضرر اثناء عملية النقل البري في النقل المتعدد الوسائط سيتم تقدير التعويض بناء على القيمة الأعلى استناداً الى ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية المطبقة أو القانون المحلي المتعلق بوسيلة النقل. هذا بدوره يرجح لمصلحة المتضرر، وخصوصاً إذا كان هنالك تباين او اختلاف في اليه تقدير التعويضات بين التشريعات المحلية والدولية.

٢- أسس تقدير التعويض إذا كانت طبيعة وقيمة البضاعة غير محددة وكانت مرحلة النقل التي حدث فيها التلف أو الفقد غير معروفة

تضع المادة السادسة عشر سقفين للتعويض. إما سيتم تقدير قيمة لتعويض 2.0 وحدة سحب خاصة لكل كيلوجرام من وزن البضاعة المتضررة، أو تقدر 667.0 وحدة سحب خاصة لكل عبوة أو طرد أو وحدة شحن، أيهما أكبر قيمة. يتم تحديد قيمة وحدات السحب الخاصة وفقاً لسعر الصرف المحددة من صندوق النقد الدولي في تاريخ الاستحقاق. تعرف المادة السادسة عشر "وحدة الشحن" بأنها الوحدات أو العبوات المعدودة أو المرصوصة في وحدة نقل جزئية كالحاوية، وفي حال عدم تحديدها عدداً تعتبر "محتويات الحاوية بأكملها وحدة شحن واحدة".**260** لذلك نرى من المهم الإفصاح عن طبيعة وقيمة البضائع في سند الشحن حتى

---

259 زاير، إيمان وزروال، معزوزة، (2021)، " النظام القانوني للحاويات وفق قواعد روتردام"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، مج 6، ع 4، 500-515. ص 508-509، مسترجع من: https://search.emarefa.net/detail/BIM-1309571

260 في ذلك يثير التكييف القانوني للحاوية (container) في مجال النقل البحري جدلاً فقهياً وقضائياً واسعاً حيث تتباين الآراء القانونية حول طبيعتها القانونية بين ثلاث اتجاهات رئيسية: الأول يعتبرها من ملحقات السفينة، والثاني يضفي عليها وصف البضاعة بينما يذهب الثالث إلى اعتبارها وسيلة نقل مستقلة، وقد قدم القضاء الأمريكي إسهاماً مهماً في هذا النقاش حيث أصدرت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حكماً مهماً في عام 1501م اعتبرت فيه الحاوية جزءاً لا يتجزأ من السفينة، معللة ذلك بوظيفتها كعنبر متحرك"

تكون هنالك حماية قانونية لمتعهد النقل من التعويضات المالية غير المحدودة. تناولت الاتفاقية في الفقرة (2) من المادة ذاتها حالات النقل متعدد الوسائط التي لا تشمل النقل البحري أو النهري، وعند تعذر تحديد مرحلة وقوع الضرر يحدد سقف التعويض لمسؤولية متعهد النقل إلى 8.33 وحدة سحب خاصة لكل كيلوجرام من وزن البضاعة المتضررة أو المفقودة. تقدم الاتفاقية آلية مرنة لتحويل وحدات حقوق السحب الخاصة إلى العملات المحلية ويتم التحويل وفقاً لسعر الصرف السائد في تاريخ الحكم القضائي، أو قرار التحكيم، أو التاريخ المتفق عليه بين الأطراف. تعتمد هذه العملية على طريقة التقييم المطبقة من قبل صندوق النقد الدولي وهو بدوره يوفر اليه واضحة لتحديد قيمة التعويضات مع مراعاة الظروف الاقتصادية للدول، ويضمن توحيد معايير التعويض عبر مختلف وسائل النقل متعدد الوسائط في الدول العربية مع الحفاظ على التوازن بين حماية حقوق متعهدي النقل وضمان تعويض عادل للأطراف المتضررة.

المطلب الثالث: قضايا المسؤولية في عقود النقل البحري في القوانين الامريكية

هنالك عدة قوانين تؤخذ في عين الاعتبار عند تطبيقها في عقود النقل البحري في القضاء الأمريكي كقانون هارتر (The Harter Act) ، وقانون نقل البضائع بحراً (The Carriage of Goods by Sea Act (COGSA))، وتداخل قانون كارماك (Carmack) للنقل البري في العديد من قضايا التعويض في المحاكم الامريكية.

الفرع الأول: قانون هارتر (The Harter Act)

بداية يعتبر قانون هارتر قانون فيدرالي تم إقراره عام 1893م لتنظيم مسؤولية الناقلين عن فقدان أو تلف البضائع المنقولة بحراً بموجب سندات الشحن وهو لا يزال ساري المفعول في نطاق محدد حتى وقتنا الحالي. يحمّل القانون الناقلين مسؤولية النقل الآمن للبضائع ويلزمهم باتخاذ تدابير معقولة لضمان وصول البضائع إلى وجهتها بحالة جيدة. في حال فقدان أو تلف البضائع أثناء النقل يتحمل الناقل المسؤولية عن قيمة البضائع. **261**

المادة 190 المتعلقة بالبنود المعفية من المسؤولية عن الإهمال نصت انه يحظر على وكلاء، أو وسطاء شحن، أو مالكي السفن التي تنقل البضائع من أو بين موانئ الولايات المتحدة والموانئ الأجنبية إدراج أي بند أو اتفاق في سندات الشحن، أو وثائق الشحن يهدف إلى إعفائهم من المسؤولية عن الخسائر أو الأضرار الناجمة عن الإهمال، أو الخطأ أو الفشل في التحميل، أو رص البضائع، أو الحفظ، أو العناية، أو التسليم السليم للبضائع. ينص القانون صراحة على أن أي كلمات أو بنود من هذا القبيل تُدرج في سندات الشحن تعتبر باطلة ولاغية وليس لها أي أثر قانوني. **262**

وضحت المادة 192 من قانون هارتر على حالات اعفاء مالكي السفن، ووكلائهم، ومستأجريها من المسؤولية عن الأضرار، أو الخسائر الناتجة عن أخطاء في الملاحة، أو إدارة السفينة، ومخاطر البحر، والقوة القاهرة، والعيوب الذاتية للبضائع، وعدم كفاية التغليف، والحجز القانوني، وأفعال الشاحن أو مالك البضائع، ومحاولات الإنقاذ في البحر شريطة أن يكون مالك السفينة قد مارس العناية الواجبة لضمان صلاحية السفينة للإبحار وتزويدها بطاقم مؤهل ومعدات وإمدادات مناسبة. **263**

للسفينة. هذا الجدل القانوني اكتسب أهمية متزايدة مع ظهور السفن المخصصة لنقل الحاويات لهذا تبنت قواعد روتردام موقفاً متميزاً في تكييف الطبيعة القانونية للحاوية حيث تصنفها ضمن فئة البضائع وفقاً لأحكام المادة الثانية والعشرون الفقرة (1) لكن هذا التصنيف يخضع لمعيار مهم يتعلق بمصدر تقديم الحاوية؛ وبمفهوم المخالفة تُعتبر الحاوية الفارغة المقدمة من الشاحن في حكم البضاعة بينما تفقد هذا الوصف إذا قدمها الناقل. يستند هذا التمييز إلى طبيعة الحاوية الفريدة التي تجعل من الصعب تصنيفها كجزء من السفينة أو كملحق للبضاعة. إذ تتميز عن وسائل التغليف التقليدية بقابليتها لإعادة الاستخدام المتكرر لنقل بضائع مختلفة عبر رحلات متعددة، فضلاً عن قيمتها المادية المرتفعة التي قد تتجاوز في بعض الحالات قيمة البضائع المنقولة فيها. انظر الى زاير، إيمان وزروال، معزوزة، المرجع السابق، ص 504-503.

261 Robert ,Force,(2009), "COGSA v. Carmack", Transportation Law Journal, Vol.36 ,Iss.1, 1-20, p. 4–5

مسترجع من: https://digitalcommons.du.edu/tlj/vol36/iss1/

262 Harter Act 1893, Act of February 13, 1893, Chap.105, 27 Stat. 445-46, 46 U.S. Code Appendix 190-196. Avalabile at https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title46-section30701&num=0&edition=prelim

263 المرجع السابق.

وتُلزم المادة 193 من قانون هارتر مالكي السفن والوسطاء ووكلاءها الذين يقومون بنقل البضائع أو المتلكات من أو بين موانئ الولايات المتحدة والموانئ الأجنبية بإصدار سند شحن. ويجب أن تتضمن هذا السند معلومات أساسية عن البضاعة المنقولة بما في ذلك العلامات اللازمة للتعريف وعدد الطرود أو الكمية (مع تحديد ما إذا كان الوزن المذكور هو وزن الناقل أم الشاحن)، والحالة الظاهرة للبضاعة عند استلامها. تنص المادة على أن هذه الوثيقة تعتبر دليلاً أولياً على استلام البضائع الموصوفة فيها. وخلاصةً هدف قانون هارتر إلى ضمان الشفافية والدقة في توثيق عمليات الشحن البحري، وتوفير حماية قانونية لكل من الشاحنين والناقلين من خلال توثيق حالة البضائع وكميتها عند بدء عملية النقل.

كان قانون هارتر أول محاولة لتوزيع مخاطر الخسارة في النقل البحري بين الناقل ومصالح الشحن، وقد شكل نموذجاً لقانون نقل البضائع بحراً (COGSA) الذي حل محله إلى حد كبير في الممارسة العملية والتطبيقية في الوقت الراهن.**264**

الفرع الثاني: قانون نقل البضائع بحراً (COGSA) The Carriage of Goods by Sea Act

قانون نقل البضائع بحراً (COGSA) وهو قانون فدرالي صدر في عام 1936م واستندت عليه الألاف القضايا المتعلقة بالتعويضات في عقود النقل البحري في المحاكم الامريكية.**265** يعد قانون COGSA ركيزة أساسية في تنظيم النقل البحري الدولي من وإلى الموانئ الأمريكية. يستند هذا القانون الفيدرالي إلى قواعد لاهاي الدولية مما يعزز توافقه مع الأنظمة البحرية العالمية، ويهدف إلى توحيد الإطار القانوني لمسؤوليات وحقوق الناقلين والشاحنين. قانون (COGSA) حدد نطاق التطبيق في المادة USC §131146 ، حيث ينص على أن سريانه يبدأ "من وقت تحميل البضائع إلى وقت تفريغها من السفينة".**266** هذا التعريف المعروف أيضًا بمبدأ "من الرافعة إلى الرافعة"، ويبدأ تطبيقه عند عبور البضائع حاجز السفينة في ميناء التحميل وينتهي عند مغادرتها هذا الحاجز في ميناء التفريغ. يُعد هذا التحديد الدقيق لنطاق التطبيق أمرًا بالغ الأهمية في تحديد المسؤوليات القانونية للناقلين البحريين وغيرهم من الأطراف المعنية في عملية الشحن.

تمنح المادة 46 U.S. Code § 40101 في الفقرة (a) لجنة الملاحة البحرية الفيدرالية The Federal Maritime Commission (FMC) سلطة إصدار إعفاءات من متطلبات هذا الجزء من القانون لفئات معينة من الاتفاقيات أو الأنشطة المحددة. يمكن للجنة أن تتخذ هذا القرار بناءً على طلب أو بمبادرة منها، شريطة أن تجد أن الإعفاء لن يؤدي إلى تخفيض كبير في المنافسة أو يكون ضارًا بالتجارة.**267** تحتفظ اللجنة بحق إرفاق شروط بالإعفاء أو إلغائه. مع ذلك فإن إصدار أمر أو لائحة للإعفاء أو إلغائه يتطلب من اللجنة توفير فرصة للاستماع للأطراف المعنية بما في ذلك الأشخاص المهتمين والإدارات والوكالات الحكومية الأمريكية.268

بالنسبة لفترة التقادم للدعاوى يحدد قانون نقل البضائع بحراً (COGSA) فترة تقادم قصيرة نسبياً للدعاوى القضائية حيث ينص على ما يلي: " في جميع الأحوال، يُعفى الناقل والسفينة من كافة المسؤوليات المتعلقة بالخسارة أو الضرر ما لم تُرفع دعوى قضائية خلال سنة واحدة من تاريخ تسليم البضائع، أو التاريخ الذي كان يجب فيه تسليم البضائع". **269** تبدأ هذه الفترة من تاريخ تسليم

---

264 Argentieri, Meaghan, Gaglias, Marina, (2023), "US COGSA and The Harter Act: Where Do We Currently (and Contractually) Stand?", UK P&I Club N.V., Avalabile at https://www.ukpandi.com/news-and-resources/articles/2021/us-cogsa-and-the-harter-act-where-do-we-currently-and-contractually-stand /

265 Matthew K. Bell, (2010) ,"Forget What You Intended: Surprisingly Strict Liability and COGSA versus Carmack", Transportation Law Journal , Vol.36 ,Iss.1, 57-71, p. 61–62 ،

مسترجع من:https://digitalcommons.du.edu/tlj/vol37/iss1/4/

266 المرجع السابق.

267 لجنة التجارة البحرية الفيدرالية (FMC) هي الوكالة الفيدرالية المستقلة المسؤولة عن تنظيم نظام النقل البحري الدولي للولايات المتحدة لصالح المصدرين والمستوردين والمستهلكين الأمريكيين. انظر الى المرجع FMC History, Federal Maritime Commission blog, تاريخ الوصول 1 أكتوبر، 2024, https://www.fmc.gov/about/fmc-history/.

268 Title 46—SHIPPING, Subtitle IV—Regulation of Ocean Shipping,Part A—Ocean Shipping, "46 USC Ch. 401: GENERAL" ، مسترجع من: https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title46/subtitle4/partA/chapter401&edition=prelim.

269 Matthew K. Bell, مرجع سابق، ص61.

البضائع، أو التاريخ الذي كان ينبغي فيه تسليمها. إذا لم يتم رفع الدعوى خلال هذه المدة يُعفى الناقل والسفينة من جميع المسؤوليات المتعلقة بالخسارة أو الضرر. تهدف هذه الفترة القصيرة نسبياً إلى تشجيع التسوية السريعة للمطالبات وتوفير اليقين القانوني للناقلين يمكن للأطراف الاتفاق على تمديد فترة التقادم لكن لا يُسمح بتقصيرها عن سنة واحدة.270

نظراً لهذه المدة المحددة من الضروري أن يكون الشاحنون والمستلمون على دراية تامة بها لضمان حماية حقوقهم القانونية في حالة حدوث أي خسارة، أو ضرر للبضائع المنقولة بحراً مما يستلزم الاستعجال في رفع أي دعاوى محتملة ضمن الإطار الزمني المحدد، وقد رفضت القرارات القضائية في المحاكم الامريكية بشكل موحد محاولات الالتفاف على فترة التقادم هذه المحددة بسنة واحدة، وتستند المحاكم في رفضها لهذه المحاولات إلى أن قانون COGSA يلغي ويحل محل أسباب الدعوى المستندة إلى القانون العرفي. هذا يعني أن COGSA يعتبر المرجع الحصري لتحديد المسؤولية في قضايا نقل البضائع بحراً ضمن نطاق تطبيقه، ولا يمكن استخدام أسس قانونية أخرى لمخالفة أحكامه في القضاء الامريكي بما في ذلك فترة التقادم المحددة271.

من الجدير بالذكر ان قانون COGSA وضع حداً أقصى لمسؤولية الناقل، وتقدر بمبلغ 500 دولار لكل طرد، أو وحدة شحن بالإضافة إلى تحديده فترة تقادم للمطالبات بعام واحد.272 كما يوفر القانون مجموعة من الدفوع القانونية للناقلين مما يخلق توازناً بين مصالح الأطراف المختلفة في عملية النقل البحري. ونظراً لأهميته البالغة يعتبر فهم COGSA ضرورياً لجميع المشاركين في التجارة البحرية مع الولايات المتحدة بما في ذلك الشاحنين، والناقلين، وشركات التأمين، والمحامين المتخصصين في القانون البحري حيث يشكل الإطار القانوني الأساسي الذي يحكم العلاقات التعاقدية والمسؤوليات في مجال النقل البحري الدولي داخل النطاق القضائي الأمريكي.273

من جانب اخر قانون COGSA لا يتضمن بشكل عام الاحكام الخاصة بعقود النقل المتعددة الوسائط وينطبق على عقود النقل البحري فحسب لذلك نرى ان هنالك العديد من القضايا التي استندت في تعويضات اضرار البضائع على قانون كارماك (Carmack) الأمريكي المتعلق بالنقل البري في حالة كانت وسيلة أخرى برية متصلة اثناء عملية النقل البحري للبضائع.

الفرع الثالث: القانون الذي يحكم المطالبات في الاضراربين الولايات في الولايات المتحدة الامريكية في النقل البري(Carmack)

صدر الكونغرس الأمريكي قانون كارماك في عام 1906 كتعديل لقانون التجارة بين الولايات لعام 1887، وذلك بهدف توفير إطار قانوني موحد على المستوى الوطني للتعامل مع حالات تلف أو فقدان البضائع أثناء الشحن بين الولايات بواسطة الناقلين العموميين.274 يعكس هذا التشريع الحاجة التي ظهرت في أوائل القرن العشرين لتنظيم المسؤولية في قطاع النقل المتنامي بسرعة في الولايات المتحدة. يهدف قانون كارماك إلى توحيد القواعد القانونية المطبقة على عمليات النقل بين الولايات مما يوفر قدرًا أكبر من اليقين القانوني للشاحنين والناقلين على حد سواء. يعتبر هذا القانون علامة بارزة في تطور قانون النقل الأمريكي حيث ساهم في تسهيل التجارة بين الولايات من خلال توفير إطار قانوني متسق لمعالجة النزاعات المتعلقة بالبضائع المتضررة، أو المفقودة أثناء النقل. يضع القانون إطارًا قانونيًا محوريًا في تنظيم العلاقة بين شركات الشحن ومالكي البضائع في الولايات المتحدة الامريكية.275

270 Ulfbeck, V. G., (2009), Multimodal transports in the Unidted States and Europe: global or regional lliablility rules? Tulane Maritime Law Journal, Vol.34 ,Iss 1, 37-90, p.42 مسترجع من: https://researchprofiles.ku.dk/en/publications/multimodal-transports-in-the-unidted-states-and-europe-global-or-

271 المرجع السابق.

272 المرجع السابق.

273 Singh, L, (2012), "The Law of Carriage of Goods by Sea", In The Law of Carriage of Goods by Sea, Bloomsbury Professional, p. 16-17, مسترجع من:https://www.bloomsburyprofessionalonline.com/view/law_carriage_goods_sea/law_carriage_goods_sea.xml

274NAnderson, John E, Patton, Jonathan R, (2013), "International Shipments and the Eroding Application of the Carmack Amendment", Association for Transportation Law, Logistics and Policy, Vol. 80 Issue.3, 163-170, p.164, مسترجع من: https://trid.trb.org/view/1286530

275 Robert ,Force، المرجع السابق، ص 3-4.

ISSN:2509-0291

ويهدف إلى تحديد مسؤوليات الناقلين حيث يقصر مسؤوليتهم على الخسائر، أو الأضرار الفعلية التي تلحق بالبضائع مما يوفر حماية للناقلين من المسؤولية غير المحدودة.

يضع قانون كارماك إطارًا موحدًا للتعامل مع المطالبات المتعلقة بالشحنات عبر خط السكك البرية بين الولايات بما في ذلك تحديد فترة إشعار لا تتجاوز تسعة أشهر للمطالبة، وفترة تقادم لا تزيد عن سنتين.**276** تميز قانون كارماك بأنه لا يتطلب من الشاحن إثبات الإهمال بل فقط إثبات تضرر البضائع؛ مما يجعل الناقل مسؤولاً عن الأضرار بغض النظر عن سببها ما لم يثبت عدم إهماله، أو انطباق أحد الاستثناءات المحددة مثل الكوارث الطبيعية، أو تدخل الحكومة بقرارات، أو السرقة، أو العيب الذاتي في البضاعة.**277** هذا يلزم شركات الشحن بالاحتفاظ بوثائق دقيقة عن حالة البضائع تحت مسؤوليتهم، وعلى الشاحن إثبات أن البضائع كانت في حالة جيدة عند استلام الناقل لها، وأنها تضررت بعد ذلك بأسباب اخرى مع تحديد قيمة الأضرار الفعلية. ومن ناحية اخرى شهد قانون كارماك عدة تغييرات واستثناءات على مر السنين خاصة بعد فترة الكساد الكبير مما أدى إلى تعقيد تفسيره وتطبيقه في بعض الحالات. ورغم هذه التعقيدات يظل قانون كارماك عنصرًا أساسيًا في القانون الأمريكي للنقل البري حيث يوفر إطارًا قانونيًا موحدًا يساهم في تنظيم وتسهيل عمليات الشحن بين حدود الولايات.

١- مسؤولية الناقل في الاضرار التي تكون في الجزء البري من عقد النقل البحري

يحكم قانون كارماك بشكل حصري مسؤولية الناقل عن فقدان، أو تلف الشحنات بين الولايات في القانون رقم (49 U.S.C. § 14706). يتضمن هذا القانون عدة عناصر أساسية:

أولاً: يحل القانون الفيدرالي محل جميع دعاوى قوانين الولايات المتعلقة بالشحنات بين الولايات.

ثانياً: يتحمل الناقل المسؤول المسؤولية عن "الخسارة أو الضرر الفعلي للممتلكات" المنقولة.

ثالثاً: يمنح الناقل سلطة تحديد متطلبات تقديم المطالبات ورفع الدعاوى في سند الشحن.

رابعاً: يمكن للناقل تحديد مسؤوليته بالاتفاق مع الشاحن مقابل رسوم شحن أقل.

خامساً: يؤسس التعديل اختصاصًا قضائيًا مشتركًا في المحاكم الولائية والفيدرالية، مع اشتراط أن تتجاوز قيمة المطالبة 10,000 دولار للاختصاص الفيدرالي.

وأخيراً يلزم الناقل بإصدار سند شحن أو إيصال للممتلكات التي يستلمها لكن عدم القيام بذلك لا يؤثر على مسؤوليته.**278** حدثت ايضاً عدة تغييرات تشريعية أدت إلى تحول كبير في تنظيم صناعة النقل البري في الولايات المتحدة حيث انتقلت من نظام مقيد بشدة إلى نظام أكثر مرونة. مع ذلك من المهم ملاحظة أن بعض جوانب كارماك مثل المسؤولية عن الأضرار، والحدود الزمنية لتقديم المطالبات ظلت سارية رغم هذه التغييرات التنظيمية.

٢- مسؤولية الناقل في عقد النقل المتعدد الوسائط

يعد التعاقد من الباطن في النقل أمرًا شائعًا في مجال النقل متعدد الوسائط في حين أن الأداء الفعلي للنقل بأكثر من وسيلة من قبل ناقل واحد يبدو استثناءً. عندما يقوم الناقل متعدد الوسائط بالتعاقد من الباطن على مراحل النقل، فإن هذا يعني أنه يصبح المرسل فيما يتعلق بالناقل المتعاقد من الباطن.**279** والنتيجة هي أنه من الممارسات الشائعة وجود مستويين - وأحيانًا أكثر - من العقود في النقل متعدد الوسائط أحدهما للعقد الرئيسي وهو العقد بين المرسل الأصلي والناقل متعدد الوسائط، والآخر للعقود

276 Vibe Garf Ulfbeck، المرجع السابق، ص 37.

277 Nanderson, John E, Patton, Jonathan R, المرجع السابق، ص 166-167.

278 المرجع السابق.

279 William P. Bryne, (2009)," Loss and Damage Freight Claims – Rail", Transportation Law Journal, Vol. 36. Iss.2, 145-175, p. 155-158 , مسترجع من: https://digitalcommons.du.edu/tlj/vol36/iss2/3

ISSN:2509-0291

من الباطن وهي العقود بين الناقل متعدد الوسائط الذي يعمل كمرسل والناقل أو الناقلين المتعاقدين من الباطن.**280** هناك حتى ناقلون يُعرفون في الولايات المتحدة الامريكية باسم الناقلين المشتركين غير المشغلين للسفن(NVOCCs) وفي أماكن أخرى باسم الناقلين "الورقيين" الذين ليس لديهم القدرة على نقل البضائع بأنفسهم على الإطلاق.**281** هؤلاء الناقلون "التعاقديين" - الذين هم في الواقع شائعون جدًا في النقل متعدد الوسائط - يتعاقدون من الباطن على جميع مراحل النقل التي وافقوا على أدائها مع ناقلين آخرين.

الناقلون المتعاقدون من الباطن الذين يقومون بالفعل بتنفيذ النقل يشار إليهم أحيانًا بالناقلين الفعليين، وأحيانًا بالناقلين المنفذين. يُعزى التعاقد من الباطن في مجال النقل عمومًا إلى أسباب اقتصادية وعملية. فكما سبق ذكره من الممكن أن يكون الناقل الذي تعهد بالنقل بأكمله هو ناقل مشترك غير مشغل للسفن(NVOC) ، وفي هذه الحالة يكون مضطرًا للتعاقد من الباطن على جميع مراحل النقل. وقد يكون الأمر أيضًا أن متعهد النقل ينفذ الجزء البحري من النقل بنفسه لأنه ناقل بحري، وبالتالي لا يملك سوى السفن تحت تصرفه. في هذه الحالة يكون مضطرًا لتوظيف متعاقدين من الباطن لأي نقل بري سابق أو لاحق مثل ناقلي الطرق، أو السكك الحديدية، أو الممرات المائية الداخلية.**282**

تطور القانون البحري الأمريكي حيث أدت سلسلة من القرارات القضائية إلى توحيد النهج القانوني المتبع في النقل متعدد الوسائط. بدأ هذا التحول مع قرار المحكمة العليا الأمريكية في قضية Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. v. Regal-Beloit Corp.، الذي أرسى مبدأ عدم تطبيق كاركاك على الجزء البري من الشحنات الدولية متعددة الوسائط معززًا بذلك التوحيد والقدرة على التنبؤ في هذا المجال. تبع ذلك قرار الدائرة الثانية في قضية Royal & Sun Alliance Insurance v. Ocean World Lines، حيث أيدت المحكمة حكم القاضي الذي كان قد خالف سابقًا السوابق القضائية لدائرته مفضلاً اتباع قرار المحكمة العليا.

في قضية Royal & Sun Aliance Insurance, PLC ضد Ocean World Lines, Inc. في سياق شحنة دولية تشمل وسائط نقل متعددة. هذه القرارات مجتمعة أدت إلى منع تغيير القوانين المطبقة من COGSA إلى Carmack خلال الجزء البري الأمريكي من الشحنات الدولية مما ساهم في زيادة كفاءة عقود الشحن الدولي وحل النزاعات، ويجعل القانون البحري الأمريكي أكثر توافقًا مع الممارسات الدولية.**283**

تعتبر وقائع قضية Royal & Sun قضية نموذجية في تنظيم النقل متعدد الوسائط.**284** حيث تعاقد شاحن مع ناقل مشترك غير مشغل للسفن (NVOCC) الذي تعاقد بدوره مع ناقل مشترك مشغل للسفن (VOCC) للنقل البحري.**285** قام الـ (VOCC) بالتعاقد

---

280 Hoeks, Marian,(2010), "Multimodal Transport Law. the Law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods", Aviation Law & Policy, 1-441, p.46-47, مسترجع من : https://api.semanticscholar.org/CorpusID:733286

281المرجع السابق.

282 المرجع السابق. ص 6-5.

283Force، Robert ، المرجع السابق، ص 9-8

284"Royal & Sun Alliance Insurance PLC v. Ocean World Lines, Inc., 572 F. Supp. 2d 379 | Casetext Search + Citator" , https://casetext.com/case/royal-sun-alliance-ins-plc-v-oc-world-lines. مسترجع من :

285 NVOCC (Vessel Operating Common Carrier) هو الناقل المشترك غير المشغل للسفن NVOCC والمعروف أيضًا باسم "المالك الافتراضي للسفن"، هو ناقل بحري عام لا يمتلك أسطولًا خاصًا به. نظرًا لعدم امتلاكه لسفن، يجب على NVOCC استئجار مساحة شحن من مالكي السفن. يعمل NVOCC من خلال إبرام اتفاقيات مع شركات الشحن وتقديم الخدمات على أساسها، مستخدمًا سند شحن يؤكد استلام شحنة معينة ويُلزم الناقل بتسليم البضاعة في ميناء الوصول إلى حامل سند الشحن. في الولايات المتحدة، تنظم لجنة الملاحة البحرية الفيدرالي التشريعات المتعلقة بـNVOCC محددة الشروط التي يجب أن تستوفيها الشركات الأمريكية والأجنبية للعمل كـ NVOCCs في النقل من وإلى الولايات المتحدة. وعلى صعيد اخر الناقل المشترك المشغل للسفن (Non-Vessel Operating Common Carrier) (VOCC)هو ناقل بحري عام يمتلك أسطوله الخاص من السفن، وبعد مصطلحاً شائعاً لشركات الشحن التي تمتلك سفنها وتؤجرها لكيانات أخرى. يتحمل مشغلي السفن مسؤولية مراقبة البضائع ونقلها بأمان إلى الميناء الصحيح في الوقت المحدد، كما أنهم مسؤولون عن تشغيل السفينة وجميع الجوانب المتعلقة بها. هذا الدور الشامل يميز VOCC عن الوسطاء أو الشركات التي تعتمد فقط على السفن المستأجرة، مما يجعلهم عنصراً أساسياً في صناعة الشحن البحري، حيث يوفرون السيطرة المباشرة على عمليات النقل والقدرة على تقديم خدمات شاملة لعملائهم. انظر الى Ulfbeck, V. G.، المرجع السابق، ص 22-21.

مع شركة سكك حديدية للنقل البري داخل الولايات المتحدة، ومن ثم تعاقدت شركة السكك الحديدية مع شركة نقل بالشاحنات لإكمال الرحلة البرية. تعرضت البضائع للتلف عندما حاولت شركة النقل بالشاحنات المرور تحت جسر منخفض لم يكن ارتفاعه كافيًا للشاحنة. تم منح جميع الناقلين المشاركين في النقل ميزة تحديد المسؤولية وفقًا لقانون نقل البضائع بحرًا (COGSA) من خلال شرط هيمالايا الخاص (NVOCC). لاحظت المحكمة أن أياً من الإصدارات التشريعية لكارماك لم تنطبق على الجزء البري المحلي من شحنة استيراد من الخارج بموجب سند شحن مباشر، وسببت المحكمة من أن تطبيق نظامين مختلفين لسندات الشحن على نفس الشحنة المباشرة من شأنه أن يقلل فعالية تطبيق COGSA في عقود النقل متعدد الوسائط.**286**

هذه القضية تؤكد على أهمية وجود نظام قانوني موحد وفعال للنقل المتعدد الوسائط، وتعكس توجهاً قضائياً نحو تفسير القوانين بطريقة تدعم وتسهل التجارة الدولية في عمليات النقل. كما تشير إلى الاعتراف القضائي بالتحديات الفريدة التي يواجهها النقل الدولي في عصر الحاويات والشحن المتكامل. من ناحية أخرى وضح قرار المحكمة أهمية سند الشحن المتعدد الوسائط، أو السند الشامل، ويعرف بأنه وثيقة تلزم الناقل بنقل البضائع من نقطة الانطلاق إلى الوجهة النهائية باستخدام أكثر من وسيلة نقل مع تطبيق رسوم شحن موحدة، وإصدار سند شحن واحد حيث يوفر هذا النوع من سندات الشحن للشاحنين إمكانية تجنب القيود المفروضة على المسؤولية بموجب قانون كارماك وذلك من خلال استخدام سند شحن بحري متعدد الوسائط لتغطية الجزء البري من الرحلة.

٣- بند هيمالايا (Clause of Himalaya) في سندات الشحن

بند هيمالايا هو شرط تعاقدي هام في سندات الشحن التي تعمل بمثابة سند هام لعقود النقل بين الشاحنين والناقلين في التجارة الدولية. يستمد شرط هيمالايا تسميته من قضية إنجليزية شهيرة تُعرف باسم "هيمالايا" التي تم الإبلاغ عنها رسمياً في قضية Adler v. Dickson (C.A. 1954) 1 Q.B. 158، وتتعلق وقائع هذه القضية بحادث وقع على متن السفينة السياحية "هيمالايا" وكان العقد موضوع النزاع لم يتضمن شرط هيمالايا.**287** إلا أن هذه القضية أظهرت للناقلين أهمية وضرورة إدراج مثل هذا الشرط في عقود النقل البحري، وقد أصبحت هذه القضية سابقة قانونية مهمة في تطور الأحكام المتعلقة بمسؤولية الناقل البحري وحماية الأطراف المساعدة في عملية النقل.**288** الغرض الأساسي من بند هيمالايا هو توسيع نطاق الحماية القانونية الممنوحة للناقل بموجب العقد لتشمل الأطراف الثالثة المشاركة في عملية النقل، كموظفي الناقل ووكلائه والمقاولين المستقلين العاملين معه.**289** من الناحية القانونية. يعمل شرط هيمالايا على تقييد حق الشاحن في رفع دعاوى قضائية ضد أي طرف باستثناء الناقل الرئيسي. هذا التقييد له أثر قانوني مهم يتمثل في منح الأطراف الثالثة المذكورة في الشرط حصانة فعلية ضد الإجراءات القانونية التي قد يرفعها الشاحن، وبالتالي فإن تطبيق المحاكم الامريكية لهذا الشرط يؤدي إلى ما يُعرف قانونيًا بـ"منع المطالبات" ضد هذه الأطراف الثالثة.

---

286 "Royal & Sun Alliance Insurance PLC v. Ocean World Lines, Inc., 572 F. Supp. 2d 379 | Case text Search + Citator", https://casetext.com/case/royal-sun-alliance-ins-plc-v-oc-world-lines. مسترجع من:

287 يؤكد القاضي في هذه القضية على مبدأ أساسي في القانون في حالات تسليم البضائع بين طرفين، وفي غياب عقد صريح يحدد العلاقة القانونية يجب استنباط شروط وأسس العلاقة التعاقدية من خلال دراسة جميع الوقائع والظروف المحيطة بالقضية. يشدد الحكم على أن الإعفاء من المسؤولية عن الأفعال التي تستوجب عادةً المساءلة القانونية يجب أن يستند إما إلى نص قانوني أو إلى عقد، سواء كان صريحاً أو ضمنياً، ولا يمكن الاستفادة من عقد لم يكن الطرف المطالب بالحصانة طرفاً فيه. وفي القضية قرر القاضي أن شركة الشحن لم تكن تتعاقد بصفتها وكيلة، وأن المدعي لم يقصد منح حصانة أوسع مما هو منصوص عليه صراحةً في سند الشحن، وبالتالي لا يمكن للمدعى عليهم الاستفادة من شروط السند كدفاع قانوني، مما أدى إلى قرار رفض الاستئناف. انظر لحكم قضية Adler v. Dickson, (1955) 1 Q.B. 158 (C.A. 1954)، مسترجع من: https://vlex.co.uk/vid/adler-v-dickson-himalaya-793442873

288 Michael F, Sturley,(2009), "Modernizing and Reforming U.S. Maritime Law: The Impact of the Rotterdam Rules in the United States", Texas International Law Journal, Vol. 44, Iss. 3, 427-455, p448-449,

مسترجع من: https://www.proquest.com/docview/213929315?sourcetype=Scholarly%20Journals

289 المرجع السابق.

شهد التطور القضائي لحماية المتعاقدين من الباطن في النقل البحري مساراً تاريخياً مهماً في النظام القانوني الأمريكي. فقبل خمسين عاماً قررت المحكمة العليا الأمريكية أن قانون نقل البضائع بحراً (COGSA) لا يوفر بذاته حماية للمتعاقدين من الباطن لكنها أبقت الباب مفتوحاً لإمكانية امتداد دفوع الناقل إلى الأطراف الثالثة من خلال إدراج شرط مناسب في سند الشحن. نتيجة لذلك أدرج الناقلون شروط هيمالايا في سندات الشحن مما أدى إلى قضاء المحاكم الأمريكية خمسة وأربعين عاماً في تحديد مدى كفاية هذه الشروط لحماية مختلف الأطراف الثالثة، ورغم كثرة القضايا المتعلقة بهذا الموضوع إلا أنها لم تصل إلى وضوح قانوني كافي لتفسير مدى كفاية هذا الشرط في اطار الحماية. **290** غير أن المحكمة العليا وفي خضم مفاوضات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) اتخذت منعطفاً جديداً بتجاهلها نسبياً للسوابق القضائية المتراكمة عبر 45 عاماً، وقررت أن شرط هيمالايا المصاغ بشكل واسع يجب أن يُفسر بشكل موسع ليشمل حماية أي طرف يمكن تصوره.**291**

القضية التاريخية لتطبيق شرط هيمالايا هي Robert C. Herd & Co. v. Krawill Machinery Corp. في عام 1958م حيث قضت المحكمة العليا بأنه يجب تفسير بند هيمالايا تفسيراً ضيقاً. في هذه القضية قام راكب على سفينة سياحية تدعى ذا هيمالايا بمقاضاة القبطان وضابط السطح بتهمة الإهمال لأن الناقل كان معفى تعاقدياً من جميع المسؤوليات. ومع ذلك نظراً لعدم وجود بند هيمالايا في العقد نجح المدعي في دعواه القضائية. **292** في قضية كانت عام 2018 م بين Global Oil Tools, Inc. v. Expeditors International of Washington, Inc., et al, والتي نظرتها المحكمة الجزئية الشرقية في لويزيانا، اعتبرت نموذجًا تطبيقيًا لمفهوم منع المطالبات الناتج عن تنفيذ بند هيمالايا.**293** حيث تعاقدت شركة المدعي مع شركة المدعي عليها لترتيب شحن حاويتين من نيو أورليانز، لويزيانا إلى كونستانتا، رومانيا. حجزت الشركة المدعى عليها نقلاً للحاويات على متن السفينة "إم في بافاريا" التي تشغلها شركة أخرى تدعى شركة Hapag-Lloy America LLC. أصدر المدعى عليها بصفته ناقلاً مشتركاً غير مشغل للسفن (NVOCC) ، وتضمن سند الشحن أحكام قانون نقل البضائع بحراً (COGSA)/قواعد لاهاي وبند هيمالايا. أجل المدعي شحن البضائع مرتين لكن شركة Hapag-Lloy America LLC فشلت في نقل تعليمات المدعي إلى شركة Ports America ، وهي شركة متخصصة بأعمال رص البضائع في عنبر السفينة والمسؤولة عن تحميل الحاويات على متن سفينة "بافاريا"، ونتيجة لذلك وصلت السفينة إلى الوجهة في وقت أبكر مما كانت المدعي قد جدوله. رفع المدعي دعوى ضد المدعى عليها وشركة Hapag-Lloy America LLC وشركة Ports America ،وأطراف أخرى مطالب بتعويضات عن الشحن الخاطئ المزعوم للبضائع. قدمت شركة Hapag-Lloy America LLC وشركة Ports America طلبات للحكم الإيجازي ما يعرف "Summary judgment" 294- وهو حكم مستعجل يصدره القاضي بدون اللجوء إلى محاكمة بل بناءً على دراسته للأوراق المقدمة من كلا الجانبين- مستندتين إلى تطبيق بند هيمالايا في سند الشحن. ادعى المدعي بأن بند هيمالايا لا ينطبق لأن سند الشحن لم يصدر إلا بعد الشحن الخاطئ، وأن سند الشحن غير قابل للتنفيذ لأنه لم يتم توقيعه أو الموافقة عليه من قبله. ايضاً أدعى المدعي أن سند الشحن ينتهك السياسة العامة المنصوص عليها في قانون COGSA/ قواعد لاهاي المادة 3.8 . بالإضافة ادعى المدعي بأن بند هيمالايا لا ينطبق لأن شركة Hapag-Lloy America LLC وشركة Ports America تصرفتا دون سلطة عندما قامتا بتحميل حاويات المدعي بشكل خاطئ. **295** الحكم القضائي انتهى في القضية بأن

290 المرجع السابق، ص 449.

291 المرجع السابق.

292 "Robert C. Herd & Co. v. Krawill Machinery Corp., 256 F.2d 946 | Casetext Search + Citator"، https://casetext.com/case/robert-c-herd-co-v-krawill-mach-corp مسترجع من:

293، "Global Oil Tools, Inc. v. Expeditors International of Washington, Inc. et al, No. 2:2016cv16372 - Document 113 (E.D. La. 2018)", مسترجع من:https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/louisiana/laedce/2:2016cv16372/190501/113/.

294Definition of "Summary Judgment", LII Legal Information Institute, Cornell Law School, مسترجع من: https://www.law.cornell.edu/wex/summary_judgment.

295 قضية Global Oil Tools, Inc. v. Expeditors International of Washington, Inc. I , المرجع السابق.

المحكمة نظرت في طلبات الحكم الايجازي المقدم من شركة Hapag-Lloy America LLC وشركة Ports America، وفيما يتعلق بحجة المدعي الأولى قررت المحكمة أن سند الشحن لا يصبح غير قابل للتنفيذ لمجرد أنه صدر بعد الشحن الخاطئ، وبخصوص حجة المدعي الثانية قضت المحكمة بأنه لا يلزم توقيع سند الشحن من قبل الشاحن ليكون قابلاً للتنفيذ طالما كان الشاحن على علم بشروط سند الشحن. أما فيما يخص حجة المدعي الثالثة قررت المحكمة أن التعهد بعدم المقاضاة الوارد في بند هيمالايا قابل للتنفيذ ولا ينتهك السياسة العامة، وتوصلت إلى أنه بموجب اللغة البسيطة لسند الشحن نفسه تنازل المدعي تعاقدياً عن أي حقوق قد تكون له في مقاضاة شركة Hapag-Lloy America LLC أو شركة Ports America.**296** هذه القضية وضحت الأثار القانونية لتطبيق هذا البند في سياق النزاعات القانونية المتعلقة بالنقل البحري الدولي.

ونرى ان دراسة وتحليل بند هيمالايا وتطبيقاته القضائية في سندات الشحن أمراً بالغ الأهمية نظرًا لدوره المحوري في تشكيل الإطار القانوني للمسؤوليات في مجال النقل البحري الامريكي، وتأثيره على توزيع المخاطر بين مختلف الأطراف المشاركة في سلسلة النقل الدولية.

من ناحية اخرى نصت قواعد روتردام نظاماً قانونياً متمايزاً في معاملة الأطراف المنفذة في النقل البحري حيث وضعت إطاراً شاملاً للأطراف المنفذة البحرية - المتعاقدون من الباطن مع الناقل الذين يؤدون مهامهم في البحر أو منطقة الميناء - من خلال المادة الرابعة الفقرة (1) والفقرة (2) التي منحتهم تلقائياً جميع دفوع وحدود مسؤولية الناقل بما يشمل موظفيهم وربان السفينة وطاقمها، وذلك بغض النظر عن المحكمة المختصة أو أساس الدعوى، ودون الحاجة لوجود شرط هيمالايا في العقد.**297** في المقابل تستبعد الاتفاقية من نطاق تطبيقها الأطراف المنفذة غير البحرية - مثل الناقلين البريين - حيث لا يتحملون التزامات الناقل ولا يستفيدون من دفوعه وحدود مسؤوليته المقررة في الاتفاقية ليظلوا بذلك خاضعين للقانون الداخلي وتفسير المحاكم لشرط هيمالايا. من المتوقع أن يُحدث تطبيق قواعد روتردام تحولاً جذرياً في منظومة القانون البحري الأمريكي، وذلك من خلال التحديث التدريجي للتشريعات البحرية، والاستفادة من التجربة العريقة لقانون نقل البضائع بحراً (COGSA). إضافة إلى إدخال إصلاحات تشريعية تتلاءم مع متطلبات قطاع النقل البحري الأمريكي المعاصر، وتكتسب هذه التغييرات أهمية استثنائية في تحديث القانون. خاصة أن المحاكم الامريكية تستند إلى تشريعات عريقة يتم تطبيقها على نطاق واسع رغم أنها تعود إلى أكثر من 75 عاماً.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة الإشكاليات القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية في التجارة الدولية، واعتمدت منهجاً تحليلياً لعقود النقل متعدد الوسائط في الاتفاقيات الدولية والإقليمية وفي النظام البحري التجاري السعودي وقانون نقل البضائع بحراً الأمريكي. إن تعقيد وتنوع عمليات النقل الدولي في العصر الحديث قد فرض تحديات كبيرة على القوانين المعمول بها بين الدول. فقد أظهرت الدراسة أن هناك تبايناً ملحوظاً بين الأنظمة القانونية المختلفة في معالجة قضايا النقل متعدد الوسائط سواء على مستوى الاتفاقيات الدولية، أو التشريعات الوطنية. كانت اتفاقية النقل المتعدد الوسائط 1980م محاولة طموحة لتوحيد القواعد على المستوى الدولي، ولم تدخل حيز التنفيذ لعدم اكتمال نصاب التصديق وغير معترف بها دولياً. لذلك تعتمد مسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط على الاتفاقات التعاقدية بين المرسل والمرسل إليه مع مراعاة القوانين المحلية والإقليمية المطبقة بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية للنقل البحري الدولي. تطبق هذه الاتفاقيات إما إلزاماً بموجب النظام المحلي، أو من خلال الإدراج التعاقدي خاصة عندما يمكن تحديد مرحلة النقل التي حدثت فيها الأضرار. على الصعيد الوطني يظهر النظام البحري التجاري السعودي تطوراً ملحوظاً في تنظيم النقل البحري مع الحرص على الموازنة بين متطلبات التجارة الدولية والقوانين المحلية. ويظهر دور الاتفاقية العربية للنقل متعدد الوسائط كإطار قانوني إقليمي يسعى لتوحيد الممارسات في العالم العربي في غياب وجود نظام محلي متخصص في عقود النقل المتعدد الوسائط. أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن تعدد المصادر القانونية وأهمية السوابق

296 المرجع السابق.

297 Michael F, Sturley , المرجع السابق، ص 450-449.

القضائية قد أدى إلى تطور فريد في معالجة قضايا النقل متعدد الوسائط خاصة فيما يتعلق بالتداخل بين النقل البحري والبري، وعدم وجود نظام متخصص في عقود النقل متعدد الوسائط. إن التحدي الأكبر الذي يواجه صناعة النقل اليوم يتمثل في مواكبة التطورات التكنولوجية السريعة خاصة فيما يتعلق بعقود النقل المتعدد الوسائط، والجهود الدولية في ذلك. ومنها المحاولات الحالية القائمة لإصدار سند شحن قابل للتداول يحظى بالاعتراف القانوني الدولي. وقد خلصت الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات مهمة تسلط الضوء على التطورات الحالية والتحديات المستقبلية في هذا المجال.

النتائج والتوصيات

1. تعكس الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية تطوراً ملحوظاً في تنظيم النقل متعدد الوسائط مع وجود تباين في المعالجة القانونية بين مختلف الأنظمة، فقد سعت اتفاقيات مثل روتردام إلى توحيد القواعد على المستوى الدولي بينما طورت بعض الدول قوانين تنظيمية خاصة بها.
2. تتسم مسؤولية متعهد النقل في العقود متعددة الوسائط بالشمولية حيث تمتد من لحظة استلام البضائع حتى تسليمها النهائي، وقد أدى هذا إلى ظهور مفهوم المسؤولية الموحدة الذي يهدف لتبسيط إجراءات المطالبة بالتعويض.
3. أدخلت الاتفاقيات الحديثة مفاهيم جديدة مثل "الطرف المنفذ" مما وسع نطاق المسؤولية ليشمل الأطراف المشاركة في تنفيذ عقد النقل مع الحفاظ على المسؤولية الأساسية لمتعهد النقل الرئيسي.
4. استخدمت اغلب الاتفاقيات وحدات حساب دولية مثل حقوق السحب الخاصة الصادرة من صندوق النقد الدولي لضمان توحيد معايير التعويض.
5. يتميز النظام الأمريكي بتعدد مصادره القانونية المنظمة للنقل البحري والبري على سبيل المثال يشمل المنظم قانون هارتر، وقانون نقل البضائع بحراً (COGSA)، وقانون كارماك للنقل البري مع تطبيق السوابق القضائية في القضايا ذات الصلة بعقود النقل المتعدد الوسائط. في المقابل يعتمد النظام السعودي على النظام البحري التجاري كمصدر رئيسي مع الإحالة إلى الاتفاقية العربية للنقل متعدد الوسائط. هذا التباين يعكس اختلاف البنية القانونية بين النظامين.
6. يميل النظام الأمريكي إلى تحديد نطاق مسؤولية الناقل بشكل أكثر تفصيلاً وفقاً لوسيلة النقل المستخدمة، بينما يتبنى النظام السعودي مفهوم المسؤولية الموحدة للناقل متعدد الوسائط بشكل أكثر شمولية حيث يظهر النظام الأمريكي تعقيداً في التعامل مع قضايا النقل متعدد الوسائط، خاصة عند تداخل النقل البحري مع البري مما أدى إلى تطور قضائي في هذا المجال. أما النظام السعودي، فيتبنى نهجاً أكثر توحيداً من خلال الإحالة إلى الاتفاقية العربية للنقل المتعدد الوسائط.
7. تلعب السوابق القضائية دوراً محورياً في تفسير وتطبيق القوانين في النظام الأمريكي، أما في النظام السعودي يعتمد التطبيق بشكل أكبر على النصوص التشريعية واللوائح التنظيمية، وأظهرت التطبيقات القضائية في النظام الأمريكي اشكاليات في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن عقود النقل متعددة الوسائط مما يبرز الحاجة إلى مزيد من التنسيق الدولي في هذا المجال.
8. يوفر النظام السعودي إطاراً أكثر تفصيلاً للتعامل مع الحالات الطارئة مثل عدم استلام البضائع بينما يعتمد النظام الأمريكي بشكل أكبر على الممارسات التجارية، والاتفاقات التعاقدية في مثل هذه الحالات.

هذه النتائج تبرز التباين في النهج القانوني بين النظامين مع وجود نقاط تقارب في بعض الجوانب، وتؤكد على أهمية فهم هذه الاختلافات في سياق التجارة الدولية والنقل متعدد الوسائط. وبناء على ذلك نوصي الآتي:

1. ينبغي تكثيف الجهود الدولية لتوحيد القواعد القانونية المتعلقة بالنقل متعدد الوسائط مع مراعاة خصوصيات القوانين الوطنية، ويمكن تحقيق ذلك من خلال تشجيع المزيد من الدول على الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.
2. ضرورة قيام الدول ذات الثقل الاقتصادي بمراجعة وتحديث تشريعاتها الوطنية لتتلاءم مع المعايير الدولية في مجال النقل متعدد الوسائط.

ISSN:2509-0291

3. نوصي المنظم السعودي بإصدار نظام وطني متخصص يعنى بعقود النقل متعدد الوسائط. يأتي هذا في ضوء التطور الملحوظ في البنية التحتية ووسائل النقل الداخلية في المملكة العربية السعودية، والذي سيتطلب حتماً استخدام وسائل متنوعة في عملية النقل الدولي للبضائع. هذا النهج التشريعي المتخصص قد اتبعته دول ذات تجارب رائدة في هذا المجال مثل الصين والهند مع الحرص على الحفاظ على المرونة اللازمة لتلبية الاحتياجات المحلية. إن مثل هذا النظام الوطني المتخصص من شأنه أن يعزز الإطار القانوني للنقل متعدد الوسائط في المملكة، ويسهم في تعزيز مكانتها كمركز لوجستي إقليمي رائد مع ضمان التوافق مع أفضل الممارسات الدولية في هذا المجال الحيوي.

4. نوصي بضرورة تطوير نظام موحد وشامل لتقدير التعويضات في عقود النقل متعدد الوسائط، وينبغي أن يراعي هذا النظام التباين في الممارسات الدولية والإقليمية مع الأخذ في الاعتبار خصوصيات السوق المحلي.

5. نقترح باعتماد معيار مزدوج لحساب التعويض يجمع بين قيمة البضاعة وحجم الضرر الفعلي ووضع حدود قصوى للمسؤولية تتناسب مع طبيعة النقل متعدد الوسائط.

وختاماً، إن تحقيق التوازن بين مصالح مختلف الأطراف في عمليات النقل متعدد الوسائط - من شاحنين وناقلين ووسطاء شحن- يبقى هدفاً أساسياً يجب أن تسعى إليه التشريعات والاتفاقيات الدولية. كما أن تعزيز التعاون الدولي والإقليمي في هذا المجال يعد ضرورة ملحة لمواجهة التحديات المشتركة وتسهيل التجارة العالمية، وتبقى الحاجة مستمرة لمزيد من البحث والدراسة في هذا المجال الهام في التجارة البحرية لضمان تطوير حلول قانونية فعالة ومستدامة تخدم مصالح جميع الأطراف المعنية وتدعم نمو وازدهار التجارة الدولية.

المراجع العربية

1. اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً (قواعد روتردام)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مسترجع من:
https://uncitral.un.org/ar/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules

2. اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع (قواعد هامبورغ)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، (1978)، مسترجع من: https://uncitral.un.org/ar/texts/transportgoods /conventions/ha mburg_rules

3. اتفاقية النقل المتعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية 2009، المعتمدة بقرار مجلس جامعة الدول العربية رقم (7123/دع132) وتاريخ 19/9/1430، المصدر الاسكوا لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا – التابعة للأمم المتحدة https://www.unescwa.org/ar/node/1107.

4. اتفاقية النقل المتعدد الوسائط للبضائع بين الدول العربية 2009، المعتمدة بقرار مجلس جامعة الدول العربية رقم (7123/دع132) وتاريخ 19/9/1430، المصدر الاسكوا لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا – التابعة للأمم المتحدة https://www.unescwa.org/ar/node/1107.

5. النظام البحري التجاري السعودي الصادر بالمرسوم الملكي مرسوم ملكي رقم (م/33) وتاريخ 05/04/1440هـ بقرار مجلس الوزراء رقم (197) بتاريخ 4/4/1440هـ، مسترجع من:
https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/43344715-1e0d-4e7f-9895-aa3d00f670e6/1

6. اعتماد اللائحة المنظمة لنشاط وسيط الشحن", جريدة ام القرى الرسمية في المملكة العربية السعودية، تاريخ الوصول 2 سبتمبر، 2024. https://uqn.gov.sa/details?p=18594

7. بعطوش، عبدالله، (2016)، "التطبيقات الحديثة للنقل متعدد الوسائط"، مجلة العلوم الإنسانية، ع 45، مج ب،-91 111. ص 95. مسترجع من: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/89029

8. بودليو، سليم، (2014)، "اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع بالمقارنة مع اتفاقية بروكسل "، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، ع42، 515 – 529، مسترجع من: http://demo.mandumah.com/Record/785172

9. التريكي، عبدا الله بن عبد الرحمن بن عبد العزيز، (2023)، "آثار عقد النقل متعدد الوسائط على الناقل البحري"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية- المنوفية،(2)58، 40-9، مسترجع من: https://doi.org/10.21608/jslem.2023.215534.1243

10. تقرير اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي اسيا (الإسكوا) دورتها الخامسة والعشرين، صنعاء، ٢٦-٢٩ مايو 2008، ص 36، الفقرة 70، (E/ESCWA/25/10/Rev.1).

11. حاطوم، وجدي، (2022)، "الجديد في النقل البحري الدولي للبضائع في ضوء اتفاقية روتردام بشأن عقود نقل البضائع كلياً او جزئياً بطريق البحر للعام Rotterdam Rules2008"، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، مركز الابحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، ، 1034-1016. مسترجع من: http://dspa.ul.edu.lb/static/uploads/files/etudes-differentes/justice-journal/adl-0117.pdf

12. الحويش، ياسر، (2014)، "حقوق السحب الخاصة مفهومها واقعها ومستقبلها"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 30، ع2، 9-35. مسترجع من: https://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/index.php?lang=1&set=31&Ser=6&id=4

13. خالد، كوثر سعيد عدنان، (2018)، "النظام القانوني للعقد الكمي في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا "قواعد روتردام 2009"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات - كلية الحقوق، مج4، ع1، 1 - 185، مسترجع من:http://demo.mandumah.com/Record/1075306

14. خليل، محمد محمود، (2022)، "المركز القانوني لمتعهد النقل الدولي متعدد الوسائط في ضوء التشريع الأردني: دراسة مقارنة مع الاتفاقيات الدولية الحديثة"، أبحاث اليرموك - سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مج31, ع3، 152 – 168 ، مسترجع من: https://doi.org/10.35192/jjoas-h.v33i2.379

15. خليل، محمد محمود، والجزائري، هاشم رمضان، (2007)، "المشاكل القانونية الناجمة عن النقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع"، جامعة عمان العربية، عمان. 1 – 132، مسترجع من: http://search.mandumah.com/Record/587668

16. زاير، إيمان وزروال، معزوزة، (2021)، " النظام القانوني للحاويات وفق قواعد روتردام"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، مج. 6، ع. 4، 500- 515، مسترجع من: https://search.emarefa.net/detail/BIM-1309571

17. زنبوعة، محمود، (2006)، "أثر تفعيل النقل المتعدد الوسائط في تنمية التجارة البينية العربية"، جامعة دمشق-مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، ع 2, مج 22، 249-272، مسترجع من: https://damascusuniversity.edu.sy/mag/law/index.php?lang=1&set=31&Ser=6&id=23

18. عبدالصمد، رقيق، مراد، بسعيد، (2021)، "النظام القانوني للنقل الدولي متعدد الوسائط"، مجلة القانون والعلوم السياسية، ع 2، مج 7، 101-114، مسترجع من: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/163124

19. العطير، عبد القادر، (1984)، "اتفاقية الأمم المتحدة حول النقل الدولي متعدد الوسائل للبضائع لسنة 1980". مجلة الحقوق، مج 8 ع (3)، 171-206، مسترجع من: https://doi.org/10.34120/jol.v8i3.545

20. قماز، ليلى، (2015)، "قواعد روتردام اتفاقية نقل بحري بطابع متعدد الوسائط. المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل"، ع3، مج 1، 25-50، مسترجع من: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/83763

21. اللائحة التنفيذية المنظمة لنشاط نقل البضائع وتأجير الشاحنات على الطرق البرية، الهيئة العامة للنقل الصادرة بقرار معالي وزير النقل والخدمات اللوجستية رقم (122 /41 /1) وتاريخ 7 /5 /1441هـ، وتعديلاتها. مسترجع من: https://www.tga.gov.sa/Regulations/Read/1542

22. اللائحة التنفيذية المنظمة لنشاط نقل البضائع وتأجير الشاحنات على الطرق البرية، الهيئة العامة للنقل الصادرة بقرار معالي وزير النقل والخدمات اللوجستية رقم (122 /41 /1) وتاريخ 7 /5 /1441هـ، وتعديلاتها. مسترجع من: https://www.tga.gov.sa/Regulations/Read/1542

23. لائحة مزاولة أعمال النقل البحري - الهيئة العامة للنقل، والمعدلة بقرار وزير النقل رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للنقل رقم (243 /42 /1) وتاريخ 10 /8 /1442هـ، مسترجع من: https://www.tga.gov.sa/Regulations/Read/2187, 2024.

24. لائحة وسيط شحن البضائع بحراً (الخدمات اللوجستية) الهيئة العامة للنقل", اللائحة المنظمة لنشاط وسيط الشحن، الصادرة بقرار معالي وزير النقل رقم (122/41/1) وتاريخ 07/05/1441هـ، والمعدلة بالقرار الوزاري رقم (01/134) وتاريخ 04/09/1442هـ. مسترجع من: https://www.tga.gov.sa/Regulations/Read/2923

25. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجار ي الدولي (الفريق العامل السادس المعني بمستندات الشحن القابلة للتداول)، الدورة الرابعة والأربعون نيويورك ٢٠٢٤، مسترجع من: https://uncitral.un.org/ar/working_groups/6/negotiablecargodocuments

26. مخلوف، حنان عبد العزيز، (2019)، "النظام القانوني للطرف المنفذ البحري في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً (قواعد روتردام 2009)"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، 31(2)، 40-185، doi:10.21608/lsej.2019.92858

27. مصداع، راضية، بن ناصر، عبد الحميد، وشنوف، جمال، (2020)، "واقع النقل بالحاويات في الجزائر ودوره في النقل متعدد الوسائط في ظل المنظومة اللوجستية"، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، 13(3)، من ص. 867-878، مسترجع من: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/140446

28. ملش، فاروق محمد، (2012)، "هل حقا تنظم قواعد روتردام لسنة 2008 أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 1، 725 - 774، مسترجع من: http://search.mandumah.com/Record/192728

29. موقع صندوق النقد الدولي مقالة أسئلة أساسية عن حق السحب الخاص", مسترجع من: IMF, https://www.imf.org/ar/About/FAQ/special-drawing-right.

المراجع الأجنبية

1. Adler v. Dickson, (1955) 1 Q.B. 158 (C.A. 1954) Avalabile at https://vlex.co.uk/vid/adler-v-dickson-himalaya-793442873

2. Argentieri, Meaghan, Gaglias, Marina, (2023), "US COGSA and The Harter Act: Where Do We Currently (and Contractually) Stand?", UK P&I Club N.V, Avalabile at https://www.ukpandi.com/news-and-resources/articles/2021/us-cogsa-and-the-harter-act-where-do-we-currently-and-contractually-stand

3. FMC History, Federal Maritime Commission blog, Avalabile at https://www.fmc.gov/about/fmc-history/.

4. Global Oil Tools, Inc. v. Expeditors International of Washington, Inc. et al, No. 2:2016cv16372 - Document 113 (E.D. La. 2018), Avalabile at https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/louisiana/laedce/2:2016cv16372/190501/113/.

5. Harter Act 1893, Act of February 13, 1893, Chap.105, 27 Stat. 445-46, 46 U.S. Code Appendix 190-196. Avalabile at https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title46-section30701&num=0&edition=prelim

6. Hoeks, Marian,(2010), "Multimodal Transport Law. the Law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods", Aviation Law & Policy, 1-441, p.46- Avalabile at https://api.semanticscholar.org/CorpusID:733286

7. LII Legal Information Institute, Cornell Law School, Avalabile at https://www.law.cornell.edu/wex/summary_judgment.

8. Matthew K. Bell, (2010) ,"Forget What You Intended: Surprisingly Strict Liability and COGSA versus Carmack", Transportation Law Journal , Vol.36 ,Iss.1, 57-71, Avalabile at https://digitalcommons.du.edu/tlj/vol37/iss1/4/

9. Michael F, Sturley,(2009), "Modernizing and Reforming U.S. Maritime Law: The Impact of the Rotterdam Rules in the United States", Texas International Law Journal, Vol. 44, Iss. 3, 427-455. Avalabile at https://www.proquest.com/docview/213929315?sourcetype=Scholarly%20Journals

10. Mo, John S, (2010), "Determination of Performing Party's Liability Under the Rotterdam Rules." Asia Pacific Law Review, 18 (2),p. 243–58. doi:10.1080/10192557.2010.11788235

11. Nanderson, John E, Patton, Jonathan R, (2013), "International Shipments and the Eroding Application of the Carmack Amendment", Association for Transportation Law, Logistics and Policy, Vol. 80 Issue.3, 163-170, p.164, Avalabile at https://trid.trb.org/view/1286530

12. Nazery, Khalid , Rakish, Suppiah,(2010), "The Rotterdam Rules: Catalyst for trade or cumbersome convention?," Maritime Policy & Management, Taylor & Francis Journals, vol. 37(4), p. 447-450, p.447, DOI: 10.1080/03088839.2010.486657

13. Nekhoroshkov, V., Vakulenko, S., Kurenkov, P., Nekhoroshkov, E., Deruzhinskiy, G.,Ignatenko, A., Aroshidze, A., Astafiev, A., Seryapova, I., Solskaya, I. (2022), "Optimization of the international multimodal container transportation", Scientific Journal of Silesian University of Technology. Series Transport., 114, 103-114. DOI: https://doi.org/10.20858/sjsutst.2022.114.9

14. Robert ,Force,(2009), "COGSA v. Carmack", Transportation Law Journal, Vol.36 ,Iss.1, 1-20, Avalabile at https://digitalcommons.du.edu/tlj/vol36/iss1/

15. Robert C. Herd & Co. v. Krawill Machinery Corp., 256 F.2d 946, Avalabile at https://casetext.com/case/robert-c-herd-co-v-krawill-mach-corp

16. Royal & Sun Alliance Insurance PLC v. Ocean World Lines, Inc., 572 F. Supp. 2d 379, Avalabile at https://casetext.com/case/royal-sun-alliance-ins-plc-v-oc-world-lines.

17. Singh, L, (2012), "The Law of Carriage of Goods by Sea", In The Law of Carriage of Goods by Sea, Bloomsbury Professional, Avalabile at https://www.bloomsburyprofessionalonline.com/view/law_carriage_goods_sea/law_carriage_goods_sea.xml

18. Title 46—SHIPPING, Subtitle IV—Regulation of Ocean Shipping,Part A—Ocean Shipping, "46 USC Ch. 401: GENERAL", Avalabile at https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title46/subtitle4/partA/chapter401&edition=prelim.

19. Ulfbeck, V. G., (2009), Multimodal transports in the Unidted States and Europe: global or regional lliablility rules? Tulane Maritime Law Journal, Vol.34 ,Iss 1, 37-90, p.42 Avalabile at https://researchprofiles.ku.dk/en/publications/multimodal-transports-in-the-unidted-states-and-europe-global-or-

20. UN General Assembly (21st Sess.: 1966), "Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law.", 1967, Avalabile at https://digitallibrary.un.org/record/203421

21. United Nations Treaty Collection", The United Nations Convention on International Multimodal Transport of goods (1980) https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-E-1&chapter=11&clang=_en.

22. William P. Bryne, (2009)," Loss and Damage Freight Claims – Rail", Transportation Law Journal, Vol. 36. Iss.2, 145-175, p. 155-158 , Avalabile at https://digitalcommons.du.edu/tlj/vol36/iss2/3

ISSN:2509-0291

أثر مقصد عقد الخزينة الحديدية على انعقاد المسؤولية البنكية عند فقدان أمتعة العميل التاجر في البنوك السعودية

The Effect of the Intention of the Safe Deposit Box Contract on the Establishment of Bank Responsibility in the event of the Loss of the Merchant client's Possessions in Saudi banks

الدكتور : علاء بن عمر الصبه
أستاذ القانون التجاري المساعد
كلية الحقوق،جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية

الملخص

هدفت هذه الدراسة إلى بيان مدى انعقاد مسؤولية البنك عن فقدان المستندات التجارية (الأمتعة) لعميله التاجر من الخزينة الحديدية؛ استناداً إلى تطبيق القاعدة الكُليّة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" على عقد الخزينة الحديدية، -المُبرم بين البنك وعميله-، وأخذاً في الاعتبار أن الإرادة الحقيقية الباعثة للعميل من إبرام العقد هو حفظ وضمان سلامة أمتعته، في ظل اعتياد البنوك التنصل أو إغفال مسألة انعقاد المسؤولية عليها عند فقدان أمتعة العميل. ولتحقيق هدف الدراسة، استند الباحث إلى المنهجين الوصفي التحليلي، والاستقرائي؛ من خلال بيان مفهوم القاعدة، ثم تحليل الطبيعة القانونية لعقد الخزينة الحديدية، وكذلك استقراء مدى انعقاد المسؤولية على البنك عند فقدان أمتعة عميله؛ تأسيساً على أن العبرة بمقصد ومعنى عقد الخزينة الحديدية لا ظاهر ألفاظه. وأشارت نتائج الدراسة، إلى أن الأثر المُترتب من إبرام العقد -في الأصل- يكون ناتجاً من اعتبار ألفاظه التي تعكس معانيه الظاهرة. وفي الحالة التي تتعارض تلك الألفاظ مع مقاصد العقد ومعناه، وتعذر الجمع بينهم؛ فيُقدم حينئذ مقصود العقد ومعناه على لفظه. كما أظهرت النتائج، بأنه على الرغم من جمع واحتواء عقد الخزينة الحديدية لأحكام الإيجار والوديعة، يظل العقد متميزاً عنهما **بخصائصه وأحكامه والتزاماته.** واستنتجت الدراسة، بأن المسؤولية العقدية على البنك عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية يُمكن أن تنعقد؛ بسبب وجود نص نظامي، أو وفقاً لبنود العقد واعتبار الأعراف والعادات المصرفية الخاصة بالعقد، أو بسبب تطبيق القاعدة المذكورة وإخضاع عقد الخزينة الحديدية لها. مع الأخذ في الاعتبار الحالات التي تمنع من انعقاد المسؤولية على البنك، بالرغم من فقدان أمتعة العميل، كأن يكون السبب المؤدي للفقدان ناتجاً عن قوة قاهرة أو بسبب يعود للعميل ذاته. كما أوضحت النتائج، بأن من أبرز الآثار القانونية المُترتبة من انعقاد المسؤولية العقدية على البنك عند فقدان أمتعة العميل هو إلزامه بتعويض العميل عما تسبب به من ضرر نتيجةً لفقدان أمتعته. وأكدت الدراسة على أن التزام البنك بحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل يُعتبر التزام بتحقيق نتيجة. وخلص البحث الى مجموعة من المقترحات والتوصيات.

كلمات دالة: العقد، الخزينة الحديدية، البنوك، المسؤولية، التاجر.

Abstract

This study aimed to clarify the bank's responsibility for the loss of the commercial possessions of its merchant client based on the application of the rule "in contracts, the intent and meaning are the basis, not the words and structures" on the safe deposit box contract – which concluded between the bank and its client. To achieve the aim of the study, the researcher relied on the analytical descriptive and inductive approaches. That by analyzing the legal nature of the safe deposit box contract as well as by extrapolating the extent of the bank's responsibility when the commercial possessions of its merchant client are lost, based on the intent and meaning of "the safe deposit box contract" not on the apparent meaning of its wording. The results of the study indicated that the effect of concluding a contract –in principle- is a result of considering its terms that reflect its apparent meanings. If those words conflict with the intention and the meaning of the contract and it is impossible to combine them, then the meaning and the intention of the contract are given precedence over its words. The results also showed that although the Safe Deposit Box Contract combines and contains some of a lease and a deposit contract's provisions, the contract remains distinct from them in its characteristics, provisions and obligations. The study concluded that the contractual responsibility of the bank when the client's possessions are lost from the Safe Deposit Box Contract could be established due to the following. (1) the existence of a regulatory text; (2) or in accordance with the terms of the contract as well as the banking customs and traditions specific to the contract; (3) or due to the application of the mentioned Rule subjecting the Safe Deposit Box Contract to it. Taking into consideration the cases that do not lead to consider the bank is responsible despite the loss of the client's possessions, such as if the reason leading to that is due to force majeure or due to a reason attributable to the client himself. The results also showed that the effect of the bank being held responsible when a client's possessions are lost is that it is obligated to compensate the client for any damage caused by the loss of his possessions. The study emphasized that the bank's commitment to preserving and ensuring the safety of the client's possessions is considered a commitment to achieving that result. The research concluded a set of proposals and recommendations.

Keywords: Contract, Safe Deposit Box, Banks, Responsibility, Merchant.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

يُنظر للبنوك على أنها أحد المؤسسات التي تساهم في النمو الاقتصادي للدول واستدامته. تقصدها الدولة -باعتبارها ذات سيادة- ، وكذلك الشركات، والمؤسسات، والأفراد للحصول على مختلف خدماتها البنكية؛ لتحقيق أغراضهم الاقتصادية والاستثمارية والتنموية والتجارية. ومن أبرز تلك الخدمات التي تُقدمها البنوك: ما يتعلق بتوفير السيولة المالية، ومنها ما يتعلق بتوفير العديد من مختلف صيغ التمويل، ومنها ما يتعلق بإدارة الأموال والممتلكات أو حفظها، ومنها ما يتعلق بتنفيذ عمليات الوساطة التجارية محلياً ودولياً، ومنها ما يتعلق بتقديم مختلف خدمات الضمان -كذلك محلياً ودولياً-.

ويُعتبر التجار -أفراد وشركات- أحد أبرز قاصدي هذه البنوك لتحقيق العديد من مستهدفاتهم التجارية؛ نظراً لدور البنوك المحوري في تسهيل وضمان القيام بأعمالهم التجارية بسرعة تتناسب مع طبيعة أعمالهم التجارية، وكذلك تجسيد عنصر الثقة في الخدمات

التي تقدمها البنوك -بما لها من موثوقية عالية- والتي تتطلّبها التعاملات التجارية. ومن هنا نشأت علاقة تكاد ألا تنفك بين أي تاجر وحاجته لخدمات البنوك.

وفي المقابل، تقوم البنوك -عادةً- بتوفير وتقديم خدماتها من خلال عقود تُبرمها مع قاصديها من العملاء الراغبين في الحصول على أحد خدماتها. فإذا ما أراد التاجر حفظ وضمان سلامة أمتعته المتعلقة بنشاطه التجاري، فإن خيار خدمة الخزينة الحديدية -التي توفرها البنوك لعملائها- يُعتبر من أحد أفضل خياراته. وبالتالي يُقدم العميل على إبرام عقد الخزينة الحديدية مع البنك لحفظ وضمان سلامة أمتعته. وبموجبه يلتزم كلاً من البنك والعميل بالتزامات تجاه بعضهما البعض. ومن أبرز تلك الالتزامات التي تُفرض على البنك -بموجب العقد- هو حفظ وضمان سلامة الخزينة الحديدية.

عليه من الأهمية المُلحة -سيما في ظل غياب التشريع القانوني المُؤطر- بيان مدى انعقاد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية، استناداً إلى تطبيق القاعدة الكُليّة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" على عقد الخزينة الحديدية، وأخذاً في الاعتبار أن الإرادة الحقيقية الباعثة للعميل من إبرام العقد هو حفظ وضمان سلامة أمتعته، في ظل اعتياد البنوك التنصل أو إغفال مسألة انعقاد المسؤولية عليها عند فقدان أمتعة العميل.

ثانياً: أهمية البحث

في ظل وجود الفراغ التشريعي تتمثل أهمية هذه الدراسة في بيان أثر تطبيق القاعدة الكُليّة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" على عقد الخزينة الحديدية؛ لتحديد مدى انعقاد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل، والأثر المترتب عن ذلك.

ثالثاً: إشكالية البحث

يُعتبر الغرض الأساسي لعميل البنك من إبرام عقد الخزينة الحديدية هو حفظ وضمان سلامة أمتعته. وفي المقابل، عادةً ما يُقدّم البنك لعميله نموذجاً للعقد، مُغفلاً فيه أو ناصاً ما يدل على عدم انعقاد مسؤوليته عن فقدان أمتعة العميل. ولأن إرادة العميل الباعثة للتعاقد مُتمثلةً في حفظ وضمان سلامة أمتعته، في مقابل محاولة البنك لدفع المسؤولية عنه، مُتمثلاً في عقد أُبرم بينهما بشكل صحيح ويُعتقد فيه توافق الإرادتين لإحداث أثر قانوني، فعليه تثور الإشكالية في تحديد مدى انعقاد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل، والأثر المُترتب عن ذلك؛ تأسيساً على تطبيق القاعدة الكُليّة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني".

رابعاً: أهداف البحث

تهدف الدراسة إلى بيان مدى انعقاد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل، والأثر المُترتب عن ذلك؛ تأسيساً على تطبيق القاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" على عقد الخزينة الحديدية. ولتحقيق مستهدف الدراسة، سيتناول الباحث مفهوم القاعدة، ثم سيُناقش الطبيعة القانونية لعقد الخزينة الحديدية، وأخيراً تحليل أثر تطبيق القاعدة على العقد. متزامناً ذلك مع التسنيد للنصوص القانونية -إن وجدت-.

خامساً: منهج البحث

اعتمدت الدراسة على المنهجين الوصفي التحليلي، والاستقرائي؛ من خلال بيان مفهوم القاعدة -المذكورة آنفاً- وكذلك تحليل الطبيعة القانونية لعقد الخزينة الحديدية، بالإضافة إلى استقراء مدى انعقاد المسؤولية على البنك عن فقدان أمتعة العميل، والأثر المُترتب عن ذلك؛ تأسيساً على تطبيق القاعدة.

سادساً: خطة البحث

تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين، على الوجه الآتي:

المبحث الأول: مقصد عقد الخزينة الحديدية

المطلب الأول: مفهوم مقصد العقد

ISSN:2509-0291

المطلب الثاني: ماهية عقد الخزينة الحديدية

المبحث الثاني: مسؤولية البنك العقدية عن فقدان الأمتعة من الخزينة الحديدية والآثار المُترتبة عنها

المطلب الأول: مدى انعقاد مسؤولية البنك العقدية عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية

المطلب الثاني: الآثار المُترتبة من انعقاد المسؤولية العقدية على البنك

المبحث الأول: مقصد عقد الخزينة الحديدية

أولى المنظم السعودي أهمية كبيرة لبعض القواعد الكُليّة لما لها من الأثر القانوني البالغ على العقود. ومن تلك القواعد، قاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني". حيث نص المشرع السعودي وأكد على تطبيقها بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع النصوص القانونية. مع الأخذ في الاعتبار، مراعاة طبيعة القاعدة والشروط والاستثناءات الخاصة بها.**298**

وبما أن عقد الخزينة الحديدية -كأحد أنواع العقود- يُعتبر محلاً لتطبيق أحكام القاعدة، عليه، يثور التساؤل عن ماهية القاعدة وعقد الخزينة الحديدية؟ ولبيان ذلك، تتجلى ضرورة الوقوف على مفهوم القاعدة، وذلك في المطلب الأول، ثم مناقشة مفهوم عقد الخزينة الحديدية، وذلك في المطلب الثاني، وفقاً لما سيأتي:

المطلب الأول: مفهوم مقصد العقد299

يتوقف بيان مفهوم مقصد العقد على بيان تعريف العقد، في المقام الأول. وعليه فإن العقد يُعرف بأنه تلاقي الايجاب مع القبول لإحداث أثر قانوني.**300** ويتم التعبير عن الايجاب والقبول من خلال إرادة واضحة وصريحة تُظهر نية المتعاقدين من إبرام العقد.**301** ليس ذلك فحسب، بل يجب لها أن تكون صحيحة وسليمة؛ لضمان نشوء التزامات على المتعاقدين بما يُرتب آثاراً قانونية. وتتوقف صحة وسلامة الإرادة على صدورها من متعاقدين ذوي أهلية، قاصدين وقوعها على محل معيناً أو قابلاً للتعيين يثبت فيه أثره، لباعث ودافع إلى التعاقد مشروع.**302**

ويُمكن لإرادة المتعاقدين المُعبرة أن تأتي لفظية أو غير لفظية،**303** صريحةً أو ضمنيةً.**304** مؤديةً -على حد سواء- إلى إحداث نفس الأثر القانوني من إبرام العقد.**305** وبالنظر إلى الواقع العملي، يُلاحظ بأنه غالباً ما تتجلى صور التعبير عن إرادة المتعاقدين بشكل لفظي.**306** ويأتي دور هذه الألفاظ في الإنباء عن الإرادة الحقيقة للمتعاقدين؛ سواء أكانت ظاهرة لهم أم باطنة.

وعليه، فإن ألفاظ العقود التي تعكس الإرادة الظاهرة للمتعاقدين، وكذلك الإرادة الباطنة لهم، لا تُعتبر مثار إشكال في بحثنا هذا. بل يكمُن الإشكال في حال كانت ألفاظ العقود لا تعكس الإرادة الحقيقة الباطنة للمتعاقدين. بتعبير آخر، في الحالة التي لا يُمكن فيها حمل ألفاظ العقد على مقصده ومعناه؛ لاشتمالهما على متناقضات أو قرائن متغايرة، عندها تثور التساؤلات الآتية:

(1) ما مدى امكانية تطبيق القاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" على العقد، وإخضاعه لأحكامها -عوضاً عن الألفاظ الظاهرة-، وفي حال تم تطبيقها فما الأثر القانوني المُترتب عن ذلك؟ وما هو الأثر القضائي المُترتب عن تطبيق القاعدة؟

---

298 المادة: (720) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

299 يرجع مدلول: "مقصد العقد" إلى القاعدة الكُليّة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني".

300 المادة: (31) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

301 انظر: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 40.

302 انظر: بهاء الدين، العلايلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الجزء الأول والثاني، 2011م، ص 133- 134 & 140.

303 انظر: بهاء الدين، العلايلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الجزء الأول والثاني، 2011م، ص 206.

304 المادة: (33) فقرة (2) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

305 انظر: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 42.

306 انظر: بهاء الدين، العلايلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الجزء الأول والثاني، 2011م، ص 218.

(2) ما هو الأثر القضائي المُترتب عن تطبيق القاعدة وتفسيرها؟

(3) ما هو الأثر القضائي المُترتب من عدم إمكانية القاضي التوصل إلى إرادة المتعاقدين الحقيقة لما قصداه من إبرام العقد، بعد إخضاعه للقاعدة؟

تجدر الملاحظة بأن ألفاظ العقود تُعتبر -في أصلها- ممثلةً لإرادة المتعاقدين (بمعنى أنها مترجمةً لما قصداه المتعاقدين وعنيانه في بواطنهم). وبالتالي يجب حمل الألفاظ على معانيها الظاهرة التي تُنبئ عن مقصد المتعاقدين. وفي الحالة التي تتعارض الألفاظ مع مقصد العقد ومعناه، وتعذر الجمع بينهما، فالأثر القانوني المُترتب عن ذلك يكون بتقديم مقصد ومعنى العقد على لفظه.**307** والعلة من ذلك هي أن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين لم تتوافق -كما يجب- لإنشاء عقد صحيحاً سليماً منتجاً لآثاره القانونية.

ويُمكن الكشف عن مقصد ومعنى العقد من خلال القرائن المصاحبة للعقد وبنوده، أو طبيعة التعاملات السابقة للمتعاقدين، أو العرف الجاري في المسألة محل العقد،**308** أو تفسير شروط العقد بعضها بعضاً وذلك بإعطاء كل شرط المعنى الذي لا يتعارض به مع غيره من الشروط.**309** وفي هذا الإطار يُمكن القول بأن طرق الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين تتنوع وتتعدد.**310** وأثراً قضائياً لذلك، فإن القاضي ملزماً بالأخذ بما جاءت به ألفاظ العقد، طالما أنها واضحة وتعكس معنى العقد وإرادة أطرافه الحقيقية.**311** ومن ثم بتفسيرها وفقاً لإرادة المتعاقدين.**312** وفي الحالة التي يكون فيها مقصد العقد ومعناه يتعارض مع ألفاظه -كما بيّنا-، فإنه يجب على القاضي العدول عن المعنى الظاهر والمُتمثل في ألفاظ العقد إلى المعنى الباطن الذي قصده المتعاقدان،**313** تطبيقاً للقاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني".

وفي حالة عدم استجلاء القاضي للإرادة الحقيقية الباطنة للمتعاقدين بعد تطبيق القاعدة -سابقة الذكر-، فإنه يقوم بتفسير ما أشكل عليه وشك فيه؛ لمصلحة عميل البنك. وذلك طالما أن القواعد العامة تفرض التزاماً على البنك -في الأساس-، ففي حال الشك فعندئذ يُفسر لمصلحة الطرف الذي يُضار من الالتزام؛**314** باعتبار أنه الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.**315**

واستنتاجاً مما سبق، يُمكن القول بأن الأثر القانوني لتطبيق القاعدة على العقد يتمثل في تقديم مقصد العقد ومعناه على لفظه -حال عدم امكانية إعمال ظاهر الألفاظ أو تعذر الجمع بينها وبين مقصد العقد ومعناه-. ويتكامل هذا الأثر القانوني مع التدخل القضائي في -حال وصول النزاع بين المتعاقدين للسلطة القضائية المختصة- وذلك بإخضاع العقد للقاعدة، وذلك بتفسيره لصالحها، وفي حال عدم إمكانية الوصول إلى الإرادة المشتركة من العقد، بعد تطبيق القاعدة، فيُراعى عميل البنك كطرف أضعف في العلاقة التعاقدية؛ وذلك بتفسير العقد لصالحة.

وأخيراً، يُمكن القول بأن مفهوم مقصد العقد يدل على أن الواجب -قانوناً- يكون في إعمال قصد المتعاقدين والمعنى الذي أراداه، دون ظاهر لفظ العقد الذي يتعارض أو لا يُمكن حمله على ذلك المعنى والمقصد الحقيقي لهما، خروجاً عن الأصل المُتمثل في أن لفظ العقد يُعتبر -في الغالب-عاكساً لإرادة المتعاقدين.

---

307 انظر: عبدالرحمن، ال عزاز، القواعد الفقهية المُشتملة على الترجيح، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2017م، ص 563-564؛ انظر أيضاً: علي، حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الرياض، دار عالم الكتب، المجلد 1، 2003م، ص 21.

308 انظر: محمد، قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2018م، ص 17-21.

309 المادة: (104) فقرة (2) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

310 انظر: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 213؛ انظر أيضاً: المادة: (104) فقرة (1) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

311 انظر: محمد، قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2018م، ص 14-15.

312 انظر: بهاء الدين، العلايلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الجزء الأول والثاني، 2011م، ص 108.

313 انظر: محمد، قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2018م، ص 15.

314 انظر: محمد، قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2018م، ص 25.

315 انظر: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 214.

ISSN:2509-0291

المطلب الثاني: ماهية عقد الخزينة الحديدية

في ظل عدم تناول المنظم السعودي لماهية عقد الخزينة الحديدية، سنبحث في هذا المطلب عن مفهوم العقد، وعن طبيعته التجارية، وعن ماهيته بحسب طبيعته القانونية، وفقاً لما سيأتي:

الفرع الأول: مفهوم عقد الخزينة الحديدية

عُرف عقد الخزينة الحديدية بأنه عقد يلتزم بمقتضاه البنك بأن يخصص للعميل المودع صندوق حديدي مُرقم، يضعه تحت تصرفه، له مفتاحان، أحدهما يُسلم للعميل والآخر يحتفظ به البنك، يوجد في المكان الذي يعده لهذا الغرض داخل مركز عمله، في غرفة مسلحة، مزودة بأساليب أمنية وفنية خاصة، ولا تفتح إلا بإشراف من البنك.316 لمدة معينة، مقابل أجر محدد متفق عليه يتقاضاه البنك.

الفرع الثاني: طبيعة عقد الخزينة الحديدية التجارية

وفيما يتعلق بطبيعته عقد الخزينة الحديدية التجارية، فإن العقد يُعتبر من العقود المصرفية التي تُبرم بين البنك من جهة، وعميل البنك من جهة أخرى. وفي ذلك الشأن، يُعتبر العقد عقد تجاري دائماً بالنسبة للبنك؛ لأن أعمال البنوك تُعتبر دائماً تجارية.317 أما بالنسبة للعميل ففي الأساس يُعتبر العقد مدني؛ للأصل في العقود. وكذلك الحال إذا كان العميل غير مكتسباً للصفة التجارية. أما في حال كان العميل مكتسباً للصفة التجارية وكان محل العقد متعلقاً بنشاط التاجر، فعندئذ يُعتبر العقد تجارياً بالتبعية. وبالبناء على ذلك، فإن عقد الخزينة الحديدية المتعلق ببحثنا هذا يُعد عقداً وموضوعاً تجارياً لكلاً من البنك والعميل. وأثراً نظامياً لذلك، فإن عقد الخزينة الحديدية يُعتبر تجارياً لكلاً من أطرافه، وبالتالي خضوعه للأحكام القانونية التجارية وقواعد إثباتها.318 فعلى سبيل المثال: يُعتبر عقد الخزينة الحديدية -لكلاً من طرفيه- خاضعاً لمبدأ حرية الاثبات، وللاختصاص القضائي، ولمبدأ النفاذ المعجل، ولمبدأ الإعذار، وغيرها.319 وأثراً قضائياً لذلك، انظر ما ذهب إليه حكم المحكمة الفرنسية فيما سيأتي. وتجدر المُلاحظة والتنبيه على أن الباحث قد ذهب للاستدلال بحكم المحكمة الفرنسية؛ نظراً لندرة وجود السوابق القضائية في المملكة العربية السعودية ذات الصلة بالخزينة الحديدية -بعد استغراق الباحث الوسع في البحث-، ولما هو أهم من حيث أن تلك المبادئ المستقرة بين البنوك هي ذاتها في الغالب العام، باعتبارها أعراف مصرفية، وهي أغلب ما يحكم عمل البنوك قانونياً.320 حيث تتلخص وقائع القضية في أن شركة ذات مسؤولية محدودة (باعتبارها شركة تجارية)، استأجرت صندوقاً حديدياً لدى أحد البنوك. فقضت المحكمة الفرنسية بأن: "العقد ليس تجاري"؛ وسببت لذلك بقولها: أن العقد لا يُعتبر تجاري إلا في حدود تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية، في حال كان المستأجر تاجرا، والعمل تابعاً لتجارته. وبما أن الغرض من الايجار لم يكن لازماً لنشاط الشركة التجاري، بل على العكس كان يعود لحاجة المدير الشخصية كي يضع فيه طوبع بريد يملكها شخصياً، مع دفاتر للشركة ذات قيمة ضئيلة مقارنةً بقيمة الطوابع، عليه قضت بمدنية العقد.321

الفرع الثالث: طبيعة عقد الخزينة الحديدية القانونية

وأما بشأن الطبيعة القانونية لعقد الخزينة الحديدية، فإن الآراء تعددت حوله؛ فمنهم من كيّيف العقد على أنه عقد إيجار، ومنهم من كيّيفه على أنه عقد وديعة -بشكل جوهري-.

316 انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 92-93.

317 انظر: محمد، الجبر، القانون التجاري السعودي، الرياض، جامعة الملك سعود، الطبعة الخامسة، 2000م، ص 69.

318 انظر: محمد، سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، الرياض، مكتبة الرشد، الطبعة الثالثة، 2021م، ص 49.

319 انظر: عزيز، العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2010م، ص 391؛ انظر أيضاً: محمد، سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، الرياض، مكتبة الرشد، الطبعة الثالثة، 2021م، ص 40-44.

320 انظر: محمد، سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، الرياض، مكتبة الرشد، الطبعة الثالثة، 2021م، ص 21.

321 انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص101-102.

وبالنظر إلى مفهوم عقد الإيجار، فيُعرف العقد بأنه: "عقد يُمكِّن بمقتضاه المؤجر المستأجر من الانتفاع مدة معينة بشيء غير قابل للاستهلاك مقابل أجرة".322 وبناء عليه يُمكن تعريف عقد إيجار الخزينة الحديدية بأنه عقد يتعهد بمقتضاه البنك -كمؤجر- بأن يُمكِّن العميل -كمستأجر- من الانتفاع من خزينة حديدية معينة بوضعها تحت تصرفه لمدة معينة مقابل أجر محدد متفق عليه.

وأما بالنظر إلى مفهوم عقد الوديعة، فيُعرف العقد بأنه: العقد الذي يحفظ بمقتضاه المودع لديه مال المودع على أن يرده بعينه، مقابل أجر إذا اتفق على ذلك.323 وبناء عليه يُمكن تعريف عقد وديعة الخزينة الحديدية بأنه عقد يلتزم بمقتضاه البنك -كمودع لديه- بأن يضع خزينة حديدية معينة داخل العقار الذي يشغله، تحت تصرف العميل -كمودع لصالحه- لاستخدامها في حفظ أغراضه مدة معينة مقابل أجر محدد متفق عليه.324

في ظل تباين التوجهات بشأن تكيّيف عقد الخزينة الحديدية، يثور التساؤل عن الماهية الأقرب لواقع عقد الخزينة الحديدية في السعودية؟ ولبيان ذلك، يجدر -في المقام الأول- بيان الأسانيد التي تم الاعتماد عليها في التأسيس لكل رأي؛ لاستخلاص أقربها -في المقام الثاني-.

أولاً: أسانيد من يؤصل لعقد الخزينة الحديدية باعتباره عقد إيجار

من أبرز ما يستند عليه أصحاب هذا التوجه ينطلق من واقع دور البنك بصفته مؤجراً في تمكين العميل بصفته مستأجراً من انتفاعه من الخزينة الحديدية لمدة معينة مقابل أجر.

وعلى ذلك يدللون بأن **البنك يضع الخزينة الحديدية تحت تصرف عميله دون رقابة عليه منه، ومن دون أن يكون له حق الاطلاع على الأمتعة الموجودة فيها، فضلاً عن العلم بماهيتها** أو استلامها،325 أو حيازتها.326 **وعليه فيُمكن القول بأن البنك لا يقع عليه التزام** برد أمتعة العميل المودعة؛ كونه لم يقم باستلامها منه في الأساس.327 **كما يدللون بأنه يُمكن للعميل أن يترك الخزينة فارغة من دون أن يؤثر ذلك في صحة العقد واستمراريته.328 واستنتاجاً من ذلك، فإن ما ذكر يُعتبر** مما يتوائم مع خصائص عقد الإيجار وأحكامه.

ثانياً: أسانيد من يؤصل لعقد الخزينة الحديدية باعتباره عقد وديعة

أما من أبرز ما يستند عليه أصحاب هذا التوجه فينطلق من أن الهدف الأساسي لعميل البنك من إبرامه لعقد الخزينة الحديدية هو حفظ وضمان سلامة أمتعته. ويُقابل ذلك أن البنك -بما يمتلكه من إمكانيات مادية وتقنية وبشرية وأمكنة مناسبة- قد أعد العُدة لتحقيق مستهدف عميله.329 ويدللون على ذلك بأن ما قصداه المتعاقدين يتلاقى حول الغرض الأساسي من إبرام العقد والمُتمثل في حفظ وضمان سلامة الأمتعة، وذلك في ظل سعي العميل لحفظ وضمان سلامة أمتعته، في مقابل ما يعُده البنك من إمكانيات تحقيقاً لذلك الغرض، وهو ما يتجاوز حدود عقد الايجار.330 كما يضيفون -ويردون على أصحاب التوجه السابق- بأن عقد الوديعة لا يشترط لصحته -على الدوام- تسلُّم البنك لأمتعة العميل، بنقل حيازتها إليه. **ومثالاً لذلك، ما يقوم به نزيل الفندق**

322 المادة: (407) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

323 المادة: (506-507) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

324 انظر: أنور، مطاوع، القانون التجاري السعودي، الدمام، مكتبة المتنبي، الطبعة الخامسة، 2017م، ص 389.

325 انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 110.

326 انظر: محمد، الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، الطبعة الأولى، 1984م، ص 276.

327 انظر: عزيز، العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2010م، ص 394.

328 انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 108-109.

329 انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 99.

330 انظر: أنور، مطاوع، القانون التجاري السعودي، الدمام، مكتبة المتنبي، الطبعة الخامسة، 2017م، ص 390.

بوضع أمتعته تحت حيازته في غرفته ومن دون أن يستلمها الفندق.331 ويبرّرون -أخيراً- بأن **عميل البنك لا يمكنه الوصول إلى أمتعته المودعة في الخزينة إلا بواسطة البنك، ووفقاً للمواعيد والتعليمات التي يضعها هذا الأخير.332** وبناء على ذلك فإن عقد الخزينة الحديدية يُعتبر عقد وديعة ويخضع لأحكامه.333

الخلاصة

يُستنتج مما سبق، أن تعدد الآراء حول الطبيعة القانونية لعقد الخزينة الحديدية، ناتجاً عن قياس مدى قرب أحكام عقد الخزينة الحديدية والتزامات أطرافه المتعاقدين إلى أحكام عقد الإيجار أم عقد الوديعة.

وعليه يرى الباحث -بعد الإمعان في واقع العقد وحقيقته- أن عقد الخزينة الحديدية يجمع ما بين أحكام الإيجار وأحكام الوديعة. وذلك تأسيساً على أن الالتزامات المفروضة على المتعاقدين هي التزامات تقع على عاتق كلاً من المؤجر والمستأجر من جهة، وعلى المودع والمودع لديه، من جهة أخرى.334 وكذلك يرى الباحث -من ناحية أخرى- بأن عقد الخزينة الحديدة قد يناقض في بعض النواحي منه مبادئ عقد الإيجار و عقد الوديعة؛ مما يمنع أن يُكيّيف عليهما بشكل مباشر وواضح. ومثال ذلك أن حيازة الأمتعة في عقد الإيجار يُلاحظ بأنها **لدى المستأجر، بينما في عقد الوديعة** يُلاحظ بأنها لدى **المودع لديه.335 وبالنظر إلى عقد الخزينة الحديدية يُلاحظ بأن الحيازة منقسمة فيه بحيث تكون الخزينة ذاتها في حيازة البنك وتكون أمتعة العميل في حيازة العميل نفسه. مع الأخذ بعين الاعتبار أن العميل لا يُعد مالكاً للخزينة، ولولا ذلك لكان من الواضح الجلي تكيّيف العقد بأنه عقد وديعة، ولكن ما يمنع ذلك هو تبعية ملك الخزينة للبنك.**

ويستخلص مما سبق بأن عقد الخزينة الحديدية يُعتبر عقداً متفرداً بخصائصه وأحكامه والتزاماته. وبالرغم من إسباغ صفة الإيجار أو صفة الوديعة على العقد في كتب القانون، أو حتى ترجيح بعضها على بعض، إلا أن ذلك لا يُغير من حقيقته وأحكامه المُرتبة لمختلف الآثار القانونية. ونتيجة لذلك يكون الأثر القانوني المُترتب عن ذلك هو أن عقد الخزينة الحديدية يُعتبر عقداً متميزاً بذاته -وإن جمع ما بين الإيجار والوديعة أو ناقضهما- ويخضع لبنوده وللأعراف والعادات المصرفية، وقبل ذلك للقواعد العامة للعقود.

المبحث الثاني: مسؤولية البنك العقدية عن فقدان الأمتعة من الخزينة الحديدية والآثار المُترتبة عنها.

حال فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية فإن المسؤولية المنعقدة على البنك -عند افتراضها- لا تخلو من أن يكون مصدرها عقد الخزينة الحديدية أو القانون والنظام العام، عند افتراض عدم وجود رابطة عقدية بين البنك والعميل. ففي حالة كان مصدرها العقد، فستُعتبر المسؤولية المُنعقدة على البنك مسؤولية عقدية، بخلاف لو كان مصدرها القانون والنظام العام فستُعتبر تلك المسؤولية المُنعقدة مسؤولية تقصيرية.

ويجدر التنويه على أن محل الدراسة هذه يُعنى ببحث مسؤولية البنك العقدية عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية والآثار المُترتبة عنها (أي المسؤولية العقدية).

ولترتيب انعقاد مسؤولية البنك العقدية فإنه يجب تحديد التزامات البنك في عقد الخزينة الحديدية؛ لبحث امكانية انعقادها من عدمه حال فقدان أمتعة العميل. وفي حال انعقادها، فمن الأهمية بيان الآثار القانونية المُترتبة عن انعقاد تلك المسؤولية العقدية على البنك عن فقدان أمتعة العميل. لذا سنتناول في المطلب الأول من هذا المبحث: المسؤولية العقدية المُترتبة على البنك عن

331 انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 106.

332 انظر: محمد، الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، الطبعة الأولى، 1984م، ص 278؛ انظر أيضاً: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 106.

333 انظر: عزيز، العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2010م، ص 394؛ انظر أيضاً: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 106.

334 انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 94.

335 انظر: عبدالحميد، الشواربي، عمليات البنوك، منشأة المعارف، 2002م، ص 101.

فقدان أمتعة العميل. وفي المطلب الثاني سنتناول: الآثار المُترتبة عن انعقاد المسؤولية العقدية على البنك عن فقدان أمتعة ذلك العميل.

المطلب الأول: مدى انعقاد مسؤولية البنك العقدية عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية[336]

في ظل غياب التشريع القانوني لعقد الخزينة الحديدية، فإن بحث مدى انعقاد المسؤولية العقدية على البنك عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية يتحدد وفقاً لبنود وشروط العقد، بالإضافة إلى مراعاة الأعراف والعادات المصرفية الخاصة به. وبناء على ذلك، سيُعتبر العقد بمثابة القانون الخاص للمتعاقدين بحيث يلتزمون بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليهم بموجب أحكامه، كما لو كان القانون الموضوعي قد نص عليها.[337] وفي الحالة التي يُخل فيها البنك -كأحد المتعاقدين- بالتزاماته في العقد بعدم القيام أو الامتناع أو التقاعس عن تنفيذها، فإن ذلك يُعد مُرتباً لانعقاد المسؤولية العقدية عليه.

ومن أبرز الالتزامات العقدية التي يجب على البنك القيام بتنفيذها في عقد الخزينة الحديدية هو الالتزام بحفظ وضمان سلامة الخزينة -والذي يستتبع حفظ وضمان سلامة ما بها من أمتعة للعميل- عن الأسباب التي تؤدي إلى فقدانها أو تلفها. وفي حالة فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية، فإن مسؤولية البنك العقدية عن ذلك، يُلاحظ بأنها لا تخلو من أحد ثلاثة أحوال، كالآتي:

<u>الحالة الأولى: عندما ينص العقد على التزام البنك بحفظ وضمان سلامة الخزينة الحديدية مُستتبعاً حفظ وضمان سلامة أمتعة العميل.</u>

حال نص العقد على التزام البنك بحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل المودعة في الخزينة الحديدية، فإن المسؤولية تنعقد عليه عند فقدان العميل لأمتعته.[338] وذلك لأن التزام البنك بالمحافظة على أمتعة العميل يأتي نتيجة لالتزامه بضمان سلامة الخزينة،[339] عملاً بأن العقد لا يقتصر على ما ورد فيه وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولكن يتجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام في العقد.[340] وعليه فإن تحديد مسؤولية البنك في هذه الحالة لا تُعتبر مثار إشكال.

<u>الحالة الثانية: عندما ينص العقد على إعفاء البنك من التزامه بحفظ وضمان سلامة الخزينة الحديدية مُستتبعاً عدم حفظ وضمان سلامة أمتعة العميل.</u>

أما في حال نص العقد على إعفاء البنك من التزامه بحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل المودعة في الخزينة الحديدية -وهو عادةً ما تلجأ إليه-،[341] فإن الأثر المُترتب عن ذلك هو بطلان ذلك النص؛[342] لمناقضته لجوهر العقد ومقتضى الهدف الأساسي من إبرامه، والمُتمثل في تحقيق البنك لحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل. وبالتالي انعقاد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل. وقد يثور التساؤل: هل لتأكيد العميل موافقته على إعفاء البنك من مسؤوليته من أثر يؤدي بموجبه إلى إعفائه من المسؤولية؟

---

336 يجدر التنويه على أنه في الحالة التي تنتفي فيها العلاقة التعاقدية بين المتعاقدين، فإنه لا يُمكن أن تنعقد المسؤولية العقدية، ويبقى احتمال امكانية انعقاد المسؤولية التقصيرية -حال توفر أركانها-. وبناء على ذلك ففي الحالة التي يقع فيها الضرر (فقدان أو هلاك أو الخ) بسبب لا يعود فيه إلى الإخلال بالالتزام العقدي، فإنه لا مجال لانعقاد المسؤولية العقدية، بل لانعقاد المسؤولية التقصيرية، التي تقوم على أساس الإخلال بالتزام قانوني عام، وهو عدم الإضرار بالغير. انظر: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 293؛ انظر أيضاً: محمد، قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2018م، ص 197.

337 انظر: بهاء الدين، العلايلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الجزء الأول والثاني، 2011م، ص 107.

338 انظر: عزيز، العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2010م، ص 392.

339 انظر: عبدالرحمن، قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الإجادة، الطبعة الحادية عشرة، 2020م، ص 340.

340 انظر: المادة: (95) فقرة (2) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ؛ انظر أيضاً: محمد، قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2018م، ص 29.

341 انظر: عبدالحميد، الشواربي، عمليات البنوك، منشأة المعارف، 2002م، ص 100.

342 يثور التساؤل عن مدى صحة اشتراط البنك إعفائه من المسؤولية، حيث يذهب البعض إلى صحة أن يشترط البنك ما يشاء، باستثناء الالتزام بحفظ وضمان سلامة الخزينة الحديدية، ويترتب على ذلك بطلان الشرط.

فيُجاب عن ذلك بأنه بالرغم من إبرام العميل للعقد وتأكيد قبوله به على حالته التي تنص على إعفاء البنك من مسؤوليته، إلا أن المسؤولية ستنعقد عليه عند فقدان العميل لأمتعته، لأنه لو سُلّم بإعفاء البنك من مسؤوليته؛ لأدى إلى تفريغ العقد من مضمونه.343

وأثراً قضائياً لذلك، قضت لجنة المنازعات المصرفية344 في الدعوى التي أُقيمت على البنك ببيان أسبابها الموصلة إلى قرارها: بأن إخلال البنك في عقد الخزينة الحديدية بالالتزامات المُلقاة على عاتقه بالحراسة، على اعتبار أن صندوق الأمانات موضوع الدعوى يظل مادياً في حراسته، وللبنك وحده السيطرة عليه. مفاد ذلك: ترتيب انعقاد مسؤولية البنك العقدية حال إخلاله بهذا الالتزام، إذا نتج عن ذلك المساس بسلامة الأشياء المحفوظة لديه. ولا يُغير من ذلك ما تضمنه العقد المُبرم بين الطرفين من تحمل المستأجر (العميل) المسؤولية عن موجودات الصندوق ومحتوياته ما يلحقها من أضرار ناتجة عن استعماله أو لعوامل أخرى لا دخل للبنك في وقوعها؛ إذ أن ذلك الشرط لا يرفع عن البنك واجب الحفظ والتأمين للأغراض المحفوظة.345

الحالة الثالثة: عندما لا ينص العقد على التزام البنك أو إعفائه من الالتزام بشأن حفظ وضمان سلامة الخزينة الحديدية مُستتبعاً سُكوته عن مسؤوليته في حفظ وضمان سلامة أمتعة العميل.

أما في حالة عدم نص العقد على التزام البنك أو إعفائه من الالتزام بشأن حفظ وضمان سلامة الخزينة الحديدية مُستتبعاً سُكوته عن مسؤوليته في حفظ وضمان سلامة أمتعة العميل، فإن الأصل يكون بإخضاع العقد للقاعدة -المُناقشة سابقاً-، التي تنص على أن: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني". وذلك لتلاقي إرادة المتعاقدين المُشتركة (الايجاب والقبول) في عقد الخزينة الحديدية حول حفظ وضمان سلامة أمتعة العميل.346 إذ أن الباعث الرئيسي للعميل من إبرام العقد هو حفظ وضمان سلامة أمتعته المودعة في الخزينة، ولولاه ما أقدم العميل على إبرام العقد، وفي المقابل خصص البنك أماكن معينة بتجهيزات غير عادية؛ لتحقيق ذلك الغرض. وتبعاً لذلك، فإن المسؤولية تنعقد على البنك عند فقدان العميل لأمتعته من الخزينة الحديدية.

وعليه قد يثور التساؤل فيما إذا كان التزام البنك الواجب عليه بحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل عن فقدانها من الخزينة الحديدية هو التزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية؟

وللإجابة عن ذلك، يجدر الوقوف -أولاً- على مفهوم الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية. يكون الالتزام بتحقيق نتيجة مُتمثلاً في حال عدم تحقق النتيجة المتفق عليها في العقد، بغض النظر عن الجهود التي بُذلت في سبيل الوصول إليها. وأثراً لذلك، يكون صاحب الالتزام مقصراً في تنفيذ التزامه، وبالتالي ستنعقد عليه المسؤولية العقدية، طالما أن النتيجة المُتفق عليها لم تتحقق، وبصرف النظر عن الجهود المبذولة.347 لذا يُعد افتراض خطأ صاحب الالتزام هو الأصل -في هذا الالتزام- في ظل عدم تحقق

---

343 انظر ما ذهب إليه حكم محكمة تمييز فرنسية. وتجدر المُلاحظة والتنبيه على أن الباحث قد ذهب للاستدلال بحكم المحكمة الفرنسية؛ نظراً لندرة وجود السوابق القضائية في المملكة العربية السعودية ذات الصلة بالخزينة الحديدية -بعد استغراق الباحث الوسع في البحث-، ولما هو أهم من حيث أن تلك المبادئ المستقرة بين البنوك هي ذاتها في الغالب العام، باعتبارها أعراف مصرفية، وهي أغلب ما يحكم عمل البنوك قانوناً. انظر: محمد، سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، الرياض، مكتبة الرشد، الطبعة الثالثة، 2021م، ص 21. حيث قضت محكمة تمييز فرنسية في قضية تتلخص وقائعها في بضاعة أودعت مخازن أحد الموانئ التي تستغلها الغرفة التجارية. وحيث سُرقت البضاعة وحكم على الغرفة التجارية بالتعويض. إلا أن الغرفة التجارية طعنت في الحكم؛ تأسيساً على أن قائمة شروط العقد تتضمن شرطاً يُعفيها من المسؤولية عن كل ضرر لا يرجع إلى عمالها. وبالرغم من ذلك إلا أن محكمة التمييز نقضت طلب الغرفة التجارية وأيدت الحكم، لأن الغرفة التجارية كان يجب عليها بادئ الأمر إيجاد رقابة كافية بالموقع، وكان يقع على عاتقها المحافظة على البضاعة والسهر عليها بحراستها ليلاً أثناء السرقة. انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 156.

344 لجنة المنازعات المصرفية، هي لجنة ذات اختصاص قضائي، صدرت قواعد عملها، ويتم تشكيل أعضائها بأمر ملكي. وتختص بالفصل في المنازعات المصرفية الأصلية، والمنازعات المصرفية بالتبعية، وفقاً للأحكام الواردة في قواعد عملها. ولها لجنة استئنافية تكون قراراتها الصادرة غير قابلة للطعن فيها أمام أي جهة أخرى. انظر: الأمر الملكي، رقم: (713)، وتاريخ: 1438/01/04هـ؛ انظر أيضاً: المواد: (2)، و(36) من قواعد عمل لجنة المنازعات المصرفية.

345 انظر: قرار دائرة لجنة المنازعات المصرفية، رقم: (1425/206).

346 انظر: أنور، مطاوع، القانون التجاري السعودي، الدمام، مكتبة المتنبي، الطبعة الخامسة، 2017م، ص 390 & 393؛ انظر أيضاً: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 94.

347 انظر: بهاء الدين، العلايلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الجزء الأول والثاني، 2011م، ص 56-57.

النتيجة.348 أما الالتزام ببذل العناية فيتمثل في حال بذل صاحب الالتزام العناية المطلوبة بحسب القانون أو العقد أو العرف، وبرغم ذلك لم تتحقق النتيجة المتفق عليها. وبناء على ذلك يُعتبر صاحب الالتزام قد قام بتنفيذ التزامه حتى ولو لم تتحقق النتيجة المطلوبة، طالما أنه قام ببذل العناية اللازمة عليه في سبيل الوصول للنتيجة.349 وعليه فإن خطأ صاحب الالتزام لا يُفترض، وعلى الطرف الآخر اثبات الخطأ المؤدي لتضرره؛ لانعقاد المسؤولية.350

وبعد بيان ذلك، يُمكن القول بأن التزام البنك بحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل في الخزينة الحديدية يُعد التزاماً بتحقيق نتيجة. وعلى البنك اتخاذ جميع التدابير اللازمة في سبيل تحقيق تلك الغاية.351 وذلك يشمل -على سبيل المثال-: الموقع المزمع اتخاذه مقراً للخزينة، مدى جودة المادة المصنوعة منها تلك الخزينة، مدى درجة الأمان والتجهيزات اللازمة لتحقيق السلامة.352 وفي الحالة التي ينص فيها العقد -كما جرت به العادة- على انعقاد مسؤولية البنك ببذل العناية اللازمة في المحافظة على الخزينة وسلامتها من الخارج، إلا إن المسؤولية المُنعقدة عليه هي المسؤولية بتحقيق نتيجة. وهو مما قُضي به من أن عقد الخزينة الحديدية يفرض على البنك التزاماً بما يضمن تحقيق النتيجة، مُتمثلاً في حفظ وضمان سلامة أمتعة العميل.353

وقد يثور التساؤل مجدداً بشأن مدى تأثير القوة القاهرة على التزام البنك بتحقيق نتيجة بحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل عن فقدانها من الخزينة الحديدية؟

أولاً: يُقصد بالقوة القاهرة وقوع حادث لا يُمكن دفعه، ولا يُمكن توقع حصوله، أو التغلب عليه؛ شرط أن يكون غير منسوب إلى صاحب الالتزام في العقد، بما يضمن خروجه عنه واستقلاله عن إرادته، ومؤدياً في نتيجته إلى استحالة تنفيذ الالتزام.354

وعليه يُمكن القول بأنه في ظل ثبوت انعقاد مسؤولية البنك العقدية عند فقدان أمتعة العميل المودعة في الخزينة الحديدية، وأن التزامه بحفظ وضمان سلامة أمتعته يُعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة، إلا أن فقدانها بسبب راجع إلى القوة القاهرة يُعتبر من الحالات المُخلصة للبنك من انعقاد المسؤولية عليه،355 وكذلك الحال عند فقدانها بسبب يرجع إلى العميل نفسه،356 ما لم يقض القانون

348 انظر: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 17-18.

349 انظر: بهاء الدين، العلايلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الجزء الأول والثاني، 2011م، ص 56-57.

350 انظر: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 18.

351 انظر: عزيز، العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2010م، ص 392.

352 انظر: عبدالرحمن، قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الإجادة، الطبعة الحادية عشرة، 2020م، ص 340؛ انظر أيضاً: محمد، سويلم، عمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2014م، ص 56.

353 انظر: محمد، قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2018م، ص 35.

354 انظر: محمد، قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2018م، ص 258.

355 انظر ما ذهب إليه حكم محكمة تميز فرنسية. وتجدر المُلاحظة والتنبيه على أن الباحث قد ذهب للاستدلال بحكم المحكمة الفرنسية؛ نظراً لندرة وجود السوابق القضائية في المملكة العربية السعودية ذات الصلة بالخزينة الحديدية -بعد استغراق الباحث الوسع في البحث-، ولما هو أهم من حيث أن تلك المبادئ المستقرة بين البنوك هي ذاتها في الغالب العام، باعتبارها أعراف مصرفية، وهي أغلب ما يحكم عمل البنوك قانونياً. انظر: محمد، سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، الرياض، مكتبة الرشد، الطبعة الثالثة، 2021م، ص 21. حيث تتلخص وقائع القضية في أن مياه الفيضانات قد دخلت إلى الغرفة المحصنة التي توجد بها الصناديق الحديدية ليلاً، أثناء الحرب، ولم يستطع البنك تصريفها بالمضخات المناسبة بسبب انقطاع التيار الكهربائي، مما أدى إلى تلف الصندوق ومحتوياته. فقضت المحكمة الفرنسية: "بانعقاد مسؤولية البنك". وسببت لذلك بقولها: كونه كان أجدر بالبنك تغيير مكان الصناديق وحمايتها، بالإضافة إلى اعتبار أن حدوث الفيضانات لم يكن أمر غير متوقع ولا غير ممكن تفاديه، وهما شرطان لازمان في القوة القاهرة. وقد استنتج الشُرّاح بأن هذا الحكم دليل على وقوع التزام البنك بتحقيق نتيجة بضمان سلامة المحتويات، ولا يبرأ منه إلا بإثبات القوة القاهرة. انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 145- 146.

356 المادة: (125) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ؛ انظر أيضاً: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 18.

أو الاتفاق بغير ذلك،357 فيُعمل به.358 وبالتالي، لدفع البنك انعقاد مسؤوليته وافتراض خطأه359 في الوصول إلى النتيجة المتفق عليها في حفظ وضمان سلامة أمتعة العميل عند فقدانها من الخزينة الحديدية، فعليه اثبات أن عدم الوصول إلى النتيجة المتفق عليها كان بسبب القوة القاهرة أو فعل العميل نفسه.360

ويثور التساؤل -أيضاً- فيما إذا كان عقد الخزينة الحديدية يُعتبر من عقود الإذعان، ومدى أثر ذلك على انعقاد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية؟

يُقصد بعقود الإذعان: بأنها نوع من العقود التي يُسلّم فيها الطرف المُذعن بشروط الطرف الذاعن والتي يضعها سلفا، بحيث يقتصر دور الطرف المُذعن على التسليم والقبول بها دون امكانية مناقشتها.361 وبما أن البنوك عادةً ما تقوم بالإعداد المُسبق لعقد الخزينة الحديدية في نموذج جاهز ليوقع العميل عليه.362 مما يُثير تساؤل بشأن صحة إرادة العميل اللازمة لنشوء العقد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية. حيث لا يُمكن للعميل التفاوض أو مناقشة بنود العقد المُبرم، مما يحتمل عدم رضاه عما وقعه، وفي المقابل، التزامه القانوني به. وبما أن: (1) عقد الخزينة الحديدية يُعتبر من العقود المصرفية التي لا تتعلق بضرورة حياتية لا غنى للإنسان عنها (كالماء والكهرباء والغاز والهاتف)؛363 (2) كما أن الهدف الأساسي من الإعداد المُسبق له من قبل البنك هو لتحقيق سرعة إتمام التعاقد، وليس فرض إرادة البنك على العميل؛364 (3) كما يُضاف بأن للعميل إمكانية الاختيار بين بنك وآخر لإبرام العقد،365 **أو يختار عدم إبرام هذا العقد مع أي من البنوك**،366 وتقرير حفظ ودائعه في مكان أو مع شخص يرتضيه. عليه فإن العقد يُعتبر من العقود الرضائية **التي تنعقد بمجرد تو افق الإيجاب مع القبول؛367 مما يعني عدم اعتباره عقد إذعان.368 وبناء عليه فإن** الأثر القانوني المُترتب عن ذلك هو عدم إخضاع عقد الخزينة الحديدية لأحكام عقود الإذعان.

---

357 وأثراً قضائياً لذلك، فقد قُضي بانعقاد مسؤولية البنك عن هلاك محتويات الخزينة أو تلفها في حالة تسرب المياه إليها، أو في حالة سرقة محتوياتها. سواء أحصلت من شخص يحوز على مفتاح الخزينة بصورة غير مشروعة، أو كنتيجة لإهمال البنك في التحقق من شخصيته، أو حصلت بطريق الكسر أو باستعمال مفاتيح مزورة؛ مما يعزز لعدم توفر شروط القوة القاهرة. انظر: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 222؛ انظر أيضاً: محمد، الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، الطبعة الأولى، 1984م، ص 279.

358 المادة: (125)، و(174) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

359 انظر ما ذهب إليه حكم محكمة فرنسية. وتجدر المُلاحظة والتنبيه على أن الباحث قد ذهب للاستدلال بحكم المحكمة الفرنسية؛ نظراً لندرة وجود السوابق القضائية في المملكة العربية السعودية ذات الصلة بالخزينة الحديدية -بعد استغراق الباحث الوسع في البحث-، ولما هو أهم من حيث أن تلك المبادئ المستقرة بين البنوك هي ذاتها في الغالب العام، باعتبارها أعراف مصرفية، وهي أغلب ما يحكم عمل البنوك قانوناً. انظر: محمد، سويلم، مبادئ القانون التجاري السعودي، الرياض، مكتبة الرشد، الطبعة الثالثة، 2021م، ص 21. حيث تتلخص وقائع القضية في أن صندوقاً حديدياً تعرض للنهب أثناء العمليات الحربية عام 1943م. فأُقيمت الدعوى على البنك بطلب التعويض عن قيمة الأشياء التي كانت في الصندوق، بحجة أن البنك قصر بعدم نقل الصناديق إلى مكان آخر أكثر أمناً من الأول في وقت مناسب. فقضت المحكمة الفرنسية: "بالتعويض على أساس أن العقد وديعة". وسببت لذلك بقولها: يكفي العميل اثبات عدم رد البنك للأشياء المودعة في الصندوق لكي يُعتبر البنك مخطأً، باعتبار خطأ البنك المفترض، وطالما لم يثبت البنك نسبة النهب إلى قوة أجنبية، ولم تتوفر في القضية شروط القوة القاهرة. انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 144 & 146-147.

360 انظر: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 18؛ انظر أيضاً: عزيز، العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2010م، ص 392.

361 راجع المادة: (40) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ؛ انظر أيضاً: انظر: محمد، الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، الطبعة الأولى، 1984م، ص 16.

362 انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 98.

363 انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 98-99.

364 انظر: محمد، الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، الطبعة الأولى، 1984م، ص 276.

365 انظر: عزيز، العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2010م، ص 390.

366 انظر: أنور، مطاوع، القانون التجاري السعودي، الدمام، مكتبة المتنبي، الطبعة الخامسة، 2017م، ص 392.

367 انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 98.

368 انظر: عزيز، العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2010م، ص 390.

وأثراً قضائياً لذلك، قضت لجنة المنازعات المصرفية369 في الدعوى التي أُقيمت على البنك ببيان أسبابها الموصلة إلى قرارها: بأن عقود الإذعان هي عقود تتعلق بخدمات لمرافق عامة ضرورية (محتكرة)، وينفرد فيها طراف العقد مقدم الخدمة بوضع البنود كافة، ولا يكون أمام الطرف الثاني سوى التسليم بها جميعاً أو رفضها؛ أم العقود المصرفية فهي عقود لا تتعلق بالخدمات العامة؛ مما يكون للعميل الحق في مناقشة بنود العقد والتفاوض بشأنه.370

وأما عن مدى أثر ذلك على انعقاد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية، فيُمكن القول بأن مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية في ظل رضائية العقد تنعقد، وفقاً لما تم مناقشته في الحالات الثالثة -أعلاه- ، مع الأخذ في الاعتبار بأن الالتزام الواجب على البنك هو الالتزام بتحقيق نتيجة؛ باستثناء ما ورد في مدى تأثير القوة القاهرة على التزام البنك بتحقيق النتيجة، بحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل عن فقدانها من الخزينة الحديدية.

وفي سياق آخر، حتى ولو تم التسليم -جدلاً- بأن عقد الخزينة الحديدية يُعتبر من عقود الإذعان،371 فيُقال بأن السُلطة القضائية عادةً ما تتدخل في مثل هذه الحالات؛ لحماية الطرف المُذعن من الشروط التعسفية المفروضة عليه،372 وفرض حالة التوازن العقدي -بما يحقق العدالة- بحيث تقوم بتعديل بنود العقد الإذعانية أو في تفسير الشك فيها لمصلحة الطرف المُذعن خلافاً للأصل.373 ويُعتبر باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك.374

وأما عن مدى أثر ذلك على انعقاد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية، فيُمكن القول بأن مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية في ظل إذعانية العقد ونص العقد على عدم انعقادها او إعفائه منها كشروط تعسفية، فإنها تنعقد، وفقاً لسلطة وتقدير القاضي؛ بما يضمن فرض حالة التوازن العقدي، ووفقاً لمقتضى العدالة.

وتجدر المُلاحظة على أن للعقد -في الأصل- قوته المُلزمة المُشددة عملاً بالقاعدة الكُليّة: "الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم"،375 ووفقاً لما هو مُستقر من أن العقد شريعة المتعاقدين. والأصل هو في عدم جواز تعديله بدون رضى الطرف الآخر، عملاً -كذلك- بنص نظام المعاملات المدنية: "إذا تم العقد صحيحاً لم يجز نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق أو بمقتضى نص نظامي".376 واستثناءً من ذلك ما أتاحه المُشرع السعودي من إمكانية مخالفة نص المادة السابقة، والإتاحة للقاضي إمكانية تعديله العقد الإذعاني، بمقتضى نص القانون.

المطلب الثاني: الآثار المُترتبة من انعقاد المسؤولية العقدية على البنك

يُرتب عقد الخزينة الحديدية التزامات متبادلة على طرفيه -العميل والبنك- بحد سواء. ومن أبرز الالتزامات التي تقع على عاتق البنك هو التزامه بحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل. ويُعتبر ذلك الالتزام التزاماً منه بتحقيق نتيجة. وتبعاً لذلك، فإن المسؤولية العقدية ستنعقد على البنك حال فقدان أمتعة العميل، باستثناء عند فقدانها بسبب راجع إلى قوة قاهرة أو بسبب يعود للعميل.

---

369 لجنة المنازعات المصرفية هي لجنة ذات اختصاص قضائي، صدرت قواعد عملها، ويتم تشكيل أعضائها بأمر ملكي. وتختص بالفصل في المنازعات المصرفية الأصلية، والمنازعات المصرفية بالتبعية، وفقاً للأحكام الواردة في قواعد عملها. ولها لجنة استئنافية تكون قراراتها الصادرة غير قابلة للطعن فيها أمام أي جهة أخرى. انظر: الأمر الملكي، رقم: (713)، وتاريخ: 1438/01/04هـ؛ انظر أيضاً: المواد: (2)، و(36) من قواعد عمل لجنة المنازعات المصرفية.

370 انظر: قرار دائرة لجنة المنازعات المصرفية، رقم: (1429/107)، والقرار، رقم: (1431/338).

371 لأن بعض الشُرّاح قد ذهب إلى اعتبار عقد الخزينة الحديدية من عقود الإذعان. انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص 98.

372 انظر: محمد، الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، الطبعة الأولى، 1984م، ص 16.

373 انظر: بهاء الدين، العلايلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الجزء الأول والثاني، 2011م، ص 79-80؛ انظر أيضاً: محمد، قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2018م، ص 308.

374 المادة: (96) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ؛ انظر أيضاً: بهاء الدين، العلايلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الجزء الأول والثاني، 2011م، ص 117.

375 المادة: (720) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

376 المادة: (94) فقرة (1) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

وذلك مما يدفع به البنك المسؤولية عنه. وبخلاف ذلك فإن المسؤولية تنعقد على البنك عن فقدان أمتعة العميل، ويُعتبر البنك مخلاً بالتزامه بواجب حفظ وضمان سلامة الأمتعة.

ومن أبرز الآثار القانونية المُترتبة عن انعقاد المسؤولية على البنك هي إلزامه بتعويض العميل عن الأضرار التي تعرض لها من فقدان أمتعته.

وعليه تثور التساؤلات الآتية: كيف يتم تحديد مقدار مبلغ التعويض المستحق؟ وعن آلية تقديره في حال لم يُتفق عليه؟ وعن مدى امكانية تعديله في حال أُتفق عليه سلفاً؟ وذلك في حال ثبت استحقاق العميل له، بناء على انعقاد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية.

يجدر التذكير بأن للعقد -في الأصل- قوته المُلزمة المُشددة عملاً بالقاعدة الكُليّة: "الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم"،[377] ووفقاً لما هو مُستقر من أن العقد شريعة المتعاقدين. والأصل هو في عدم جواز تعديله بدون رضى الطرف الآخر، عملاً -كذلك- بنص نظام المعاملات المدنية: "إذا تم العقد صحيحاً لم يجز نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق أو بمقتضى نص نظامي".[378] وعليه ففي حال ثبت استحقاق العميل للتعويض جراء الضرر الواقع عليه من فقدان أمتعته من الخزينة الحديدية، فالأصل أن يكون، وفقاً لما تم الاتفاق عليه.

ففي الحالة التي تنعقد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل، وبالتالي ثبوت استحقاق العميل للتعويض، وسبق ذلك عدم اتفاق البنك والعميل على مبلغ محدد للتعويض، فإن التعويض تقدره المحكمة وفقاً لسلطتها التقديرية، مع الأخذ بالاعتبار بعض محددات تقدير التعويض، كأن يكون التعويض جابراً للضرر كاملاً، وتقدير التعويض بالنقد، وغير ذلك.[379]

أما في الحالة التي تنعقد مسؤولية البنك عن فقدان أمتعة العميل، وبالتالي ثبوت استحقاق العميل للتعويض، وسبق ذلك اتفاق البنك والعميل على مبلغ محدد للتعويض، ولكن يرى أحدهما بعدم مناسبته بعد ثبوت استحقاق التعويض، فيُمكن القول بأنه وخروجاً عن الأصل فيما قيل بشأن القوة المُلزمة للعقد وما استقر بشأنه -أعلاه-، بأن المُشرع السعودي أتاح للسلطة القضائية إمكانية مخالفة نص المادة التي تقضي بعدم جواز تعديل العقد إلا برضى الطرف الآخر أو مقتضى نص قانوني، وذلك بالتجويز للقاضي تعديل مبلغ التعويض، بمقتضى نص القانون وذلك عندما ذكر: بأنه يجوز للمحكمة بناء على طلب البنك أن تنقص قيمة التعويض عما هو متفق عليه في العقد في حالة كان المبلغ مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نُفذ جزء منه. وفي المقابل، للمحكمة -أيضاً- بناء على طلب العميل أن تحكم بزيادة مبلغ التعويض إلى ما يساوي الضرر المُثبت في حالة تجاوزه لمقدار التعويض المتفق عليه نتيجة لغش أو خطأ جسيم من البنك. وشدد المنظم السعودي على ذلك بأن نص: على بطلان كل اتفاق يخالف ما سبق في منح السلطة للمحكمة بزيادة أو نقصان مبلغ التعويض.[380] وعليه يُمكن القول بأن تدخل السلطة القضائية أتى في هذه الحالة؛ لضمان فرض حالة التوازن العقدي، ووفقاً لمقتضى العدالة.

ومما يلزم إجرائياً لاستحقاق التعويض، قيام العميل بإعذار البنك،[381] بأي وسيلة متفق عليها بينهم، أو بأي وسيلة أخرى مقررة نظاماً للتبليغ.[382] مع مراعاة، الحالة التي يوجد بها اتفاق أو نص نظامي بعدم لزوم العميل بإعذار البنك لاستحقاق التعويض،

---

377 المادة: (720) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

378 المادة: (94) فقرة (1) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

379 المادة: (136-139)، و(180) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

380 المادة: (179) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

381 المادة: (175) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

382 المادة: (177) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

كالحالة التي ينص فيها البنك كتابةً بعدم رغبته في تنفيذه لالتزامه وغيرها.383 وأثراً لذلك، لا يلزم العميل إعذار البنك عند مطالبته قضاءً باستحقاق التعويض.

ولاستكمال استحقاق تعويض العميل، فإنه لا يلزمه للمطالبة بالتعويض أن يثبت خطأ البنك؛ لافتراضه، وإنما يلزمه إثبات ما أصابه من ضرر،384 استنادا على الرابطة العقدية التي تربط ما بين العميل والبنك.385 ويجدر التذكير وفقاً لما تم استنتاجه -سابقاً- من افتراض خطأ البنك عند عدم تحقق النتيجة المطلوبة من حفظ وضمان سلامة أمتعة العميل. وأنه ليس على العميل اثبات الخطأ المؤدي لتضرره؛ لانعقاد المسؤولية العقدية على البنك، ما لم يكون الضرر الناتج بسبب الفقدان راجعاً إلى القوة القاهرة أو إلى العميل ذاته، فعليه لا تنعقد المسؤولية على البنك -ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك فيُعمل به-.386 وتبعاً لذلك لا يثبت استحقاق العميل للتعويض.387 ومن الحالات التي لا يثبت استحقاق العميل فيها للتعويض -أيضاً-، عند إقامته دعوى تعويضه عن مسؤولية البنك العقدية، فيُحكم فيها قطعياً باستحقاقه، ثم يُقيم دعوى أخرى طالباً تعويضه بسبب مسؤولية البنك التقصيرية -حال أمكن أن تنعقد-. وكذلك العكس، في حال أقام دعوى تعويضه عن مسؤولية البنك العقدية، فحُكم فيها قطعياً بعدم استحقاقه، أن يُقيم دعوى أخرى طالباً تعويضه بسبب مسؤولية البنك التقصيرية -حال أمكن أن تنعقد-. وذلك استناداً على عدم مخالفة فقهاء القانون على الحكم بمنع العميل الجمع بين دعوى المسؤوليتين (العقدية والتقصيرية)، حال أمكن انعقادهما.388

الخاتمة

لا يعني إعمال القاعدة الكُليّة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" تطبيقها التلقائي المُفترض على جميع العقود. كما لا يعني إعمالها، عدم الأخذ باعتبار ألفاظ العقود كأساس لتحديد الالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد. وعلى الجانب الآخر، يُمكن لبعض العقود أن تكون ألفاظها الظاهرة مما يتعارض مع مقاصدها ومعانيها -الباعثة لحقيقة التعاقد-، مع تعذر الجمع بينهما. وأثراً لذلك، يتم تقديم مقصد ومعنى العقد على ألفاظه، بما يعني إخضاع العقد للقاعدة. وبناء على ذلك، فإن عقد الخزينة الحديدية يُعتبر من العقود التي تتجه فيها إرادة أطرافه (البنك والعميل) إلى حفظ البنك وضمانه سلامة أمتعة العميل. وذلك يُعتبر التزاماً قانونياً على البنك تجاه العميل. وعليه، فإن المسؤولية العقدية على البنك عند فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية يُمكن أن تنعقد؛ بسبب وجود نص نظامي، أو وفقاً لبنود العقد واعتبار الأعراف والعادات المصرفية الخاصة بالعقد، أو بسبب تطبيق القاعدة المذكورة وإخضاع عقد الخزينة الحديدية لها. ويجدر التنويه على أن البنوك عادة ما تتنصل أو تدفع بعدم انعقاد

---

383 المادة: (176) من نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

384 انظر: عزيز، العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، 2010م، ص 392.

385 انظر: محمد، قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2018م، ص 197؛ راجع أيضاً ما بُين أعلاه بشأن أن وجود الرابطة العقدية لازم لانعقاد المسؤولية العقدية الموجبة للتعويض.

386 بمعنى أن مسؤولية البنك بالرغم من عدم انعقادها عند فقدان أمتعة العميل من الخزينة الحديدية بسبب القوة القاهرة -مما يُرتب عدم استحقاق العميل للتعويض في الظروف الطبيعية- إلا أنه في حال اتفق المتعاقدين على استحقاق التعويض، فبالتالي فإن الأثر المُترتب عن ذلك هو استحقاق العميل للتعويض بناء على الاتفاق، برغم من عدم انعقاد المسؤولية على البنك.

387 انظر: بهاء الدين، العلايلي، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الجزء الأول والثاني، 2011م، ص؛ راجع أيضاً: حكم المحكمة الفرنسية الذي تم بيانه أعلاه ومفاده: أن تقصير البنك بعدم نقل الصناديق الحديدية إلى مكان آخر أكثر أمناً في وقت الحرب، كفيلاً باستحقاق التعويض على أساس أن العقد وديعة، ويكفي العميل اثبات عدم رد البنك للأشياء المودعة في الصندوق لكي يُعتبر البنك مخطأً، باعتبار خطأ البنك مفترض، مع الأخذ بعين الاعتبار بأنه المتسبب في ذلك لا يرجع إلى القوة القاهرة. انظر: الياس، ناصيف، العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2012م، ص146-147).

388 انظر: يوسف، عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، عمّان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، 2009م، ص 296-297.

ISSN:2509-0291

المسؤولية عليها عند فقدان أمتعة العميل، وكذلك عادةً ما تنص على أن مسؤوليتها هي مسؤولية بذل عناية لا تحقيق نتيجة بشأن حفظ وضمان سلامة أمتعة العميل في الخزينة الحديدية. وفي جميع الأحوال يجب الأخذ بعين الاعتبار الحالات التي تمنع من انعقاد المسؤولية على البنك، بالرغم من فقدان أمتعة العميل، كأن يكون السبب المؤدي للفقدان ناتجاً عن قوة قاهرة أو بسبب يعود للعميل ذاته. وختاماً، فإن من أبرز الآثار القانونية المُترتبة عن انعقاد المسؤولية العقدية على البنك عند فقدان أمتعة العميل هو استحقاقه لتعويض البنك عن ذلك الفقدان؛ نتيجة لخطأ البنك المُفترض ولتقصيره المُسبب لتضرر العميل والمُتمثل في فقده لأمتعته.

وقد خلصت الدارسة إلى جملة من النتائج والتوصيات، نعرض أهمهم على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

(1) يُعتبر عقد الخزينة الحديدية -محل الدراسة- تجارياً لكلاً من البنك والعميل. وتبعاً لذلك، خضوعه لأحكام القانون التجاري وقواعد إثباته، بالإضافة إلى القواعد والأعراف والعادات الاتفاقية المصرفية -بشكل خاص-.

(2) الأصل هو في اعتبار ألفاظ العقود بحملها على معانيها الظاهرة، وفي حال تعارضها مع مقاصد العقد، وتعذر الجمع بينهم؛ فيُقدم -حينئذ- مقصد ومعنى العقد على لفظه.

(3) **بالرغم من إسباغ صفة الإيجار أو صفة الوديعة على عقد الخزينة الحديدية في كتب القانون، أو حتى ترجيح بعضها على بعض، إلا أن ذلك لا يُغيّر من حقيقة طبيعة الالتزامات المتبادلة التي يُرتبها بين البنك والعميل؛ باعتباره عقداً متميزاً بذاته، وإن جمع ما بين الإيجار والوديعة أو ناقضهما-، وبالتالي خضوعه لبنوده وللأعراف والعادات المصرفية، وقبل ذلك للقواعد العامة للعقود.**

(4) يُمكن لمسؤولية البنك العقدية إن تنعقد عند فقدان العميل لأمتعة من الخزينة الحديدية؛ بسبب وجود نص نظامي، أو وفقاً لبنود العقد واعتبار الأعراف والعادات المصرفية الخاصة بالعقد، أو بسبب تطبيق القاعدة المذكورة وإخضاع عقد الخزينة الحديدية لها.

(5) من أبرز الآثار المُترتبة عن انعقاد المسؤولية العقدية على البنك عند فقدان أمتعة العميل هي إلزامه بتعويض العميل عما تسبب به من ضرر جراء فقدانه لأمتعته، وأثراً لذلك، ترتيب استحقاق العميل للتعويض.

(6) من الحالات التي يُمكن للبنك فيها دفع المسؤولية عنه عند فقدان أمتعة العميل، هي في حال كان الفقدان للأمتعة بسبب يرجع إلى القوة قاهرة أو بسبب يعود للعميل ذاته؛ مما يُرتب عدم استحقاقه للتعويض كأحد أبرز الآثار القانونية المُترتبة عن ذلك.

(7) يُعتبر التزام البنك بحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل التزاماً بتحقيق نتيجة، بما يشمل اتخاذ البنك لجميع التدابير اللازمة في سبيل تحقيق تلك الغاية، وفي حال عدم تحققها فإن ذلك يُعد مُرتباً لانعقاد مسؤولية البنك العقدية، بافتراض خطأه؛ باستثناء في حال كان الفقدان بسبب راجع إلى القوة قاهرة أو بسبب يعود للعميل ذاته.

(8) يتحدد مبلغ التعويض المُستحق وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين البنك والعميل، وفي حالة عدم الاتفاق، فيتم تحديدها وفقاً لسلطة القاضي التقديرية، بناء على معايير ومحددات قانونية.

(9) للعقود قوتها الملزمة المُشددة التي تقضي بعدم جواز تعديل العقد إلا برضى الطرف الآخر، وبالرغم من ذلك إلا أنه يُمكن للقاضي -وفقاً للنصوص القانونية- تعديل العقد في حالتين -على الأقل-، وهي: (أ) في حال تم افتراض إذعانية عقد الخزينة الحديدية، وذلك من خلال حماية الطرف المُذعن من الشروط التعسفية المفروضة عليه، وفرض حالة التوازن العقدي، بما يحقق مقتضى العدالة؛ (ب) في حال ثبت استحقاقه العميل لمبلغ تعويضي محدد، وتزامن ذلك مع طلب أي من المتعاقدين بزيادته أو خفضه؛ فإذا توصل القاضي إلى مسوغات لقبول الطلب، عندها يُمكن له تعديل العقد، وفقاً لمقتضى العدالة. وذلك مما تُستثنى به العقود من قوتها المُلزمة بموجب نصوص أخرى للقانون.

ثانياً: التوصيات

(1) نُوصي المنظم السعودي بسن تشريع قانوني يؤصل فيه لعقد الخزينة الحديدية؛ بما يضمن بيان مفهومه، وطبيعته القانونية، وأحكامه، والتزامات أطرافه، والآثار المُترتبة عنه؛ سيما في ظل الفراغ التشريعي له، مُتزامناً مع اختلاف الفقهاء وكتب القانون في تكيّيف العقد، فتارة يُسبغ **بصفة الإيجار، وتارة بصفة الوديعة، وأخرى بغيرهما.**

(2) نقترح على البنك المركزي السعودي -بما يملك من سلطة الإشراف والرقابة على البنوك السعودية، وذلك من خلال سن التعليمات والقواعد والتعاميم والضوابط والمبادئ-، باتخاذ خطوات سريعة في سبيل إلزام البنوك بتعديل نماذج عقود الخزينة الحديدية، بحيث تُضمن بنودها ما ينص إلى التزام البنك بحفظ وضمان سلامة أمتعة العميل المودعة في الخزينة الحديدية، سيما أن الباعث الرئيسي للعميل من إبرام العقد هو حفظ وضمان سلامة أمتعته، بمعرفة البنك لذلك.

(3) نُوصي المنظم السعودي بعدم إسباغ أي صفة على عقد الخزينة الحديدية؛ سواء الإيجار أو الوديعة، لكيلا يؤصل فقهاء القانون، والقضاة، والباحثين، والمختصين بما يخضع العقد لأحكامهما، وبالتالي ترتيب آثار قانونية قد لا تطابق واقع عقد الخزينة الحديدية المتميز عنهما.

(4) نقترح على المنظم السعودي بإلزام البنك أو العميل أو كلاهما بالتأمين على عقد الخزينة الحديدية؛ تفادياً للإشكالات التي قد ترد على تحديد انعقاد المسؤولية الموجبة للتعويض على أي منهما عند فقدان أمتعة العميل.

(5) نُوصي المنظم السعودي خاصة في ظل عدم كفاية الأنظمة القائمة ووضوحها الحاكمة على عقد الخزينة الحديدية بما يلزم لتحقيق التوازن العقدي في التزامات أطراف العقد، خاصة الطرف الأَضعف في العلاقة التعاقدية المُتمثل في عميل البنك عن طرق المُسارعة في التشريع النظامي للعقد.

المراجع

أولاً: باللغة العربية

(أ) الكتب

الجبر، محمد حسن (2000م). القانون التجاري السعودي، ط5. الرياض: مطابع جامعة الملك سعود.

الجبر، محمد حسن (1984م). العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، ط1. الرياض: مطابع جامعة الملك سعود.

الشواربي، عبدالحميد (2002م). عمليات البنوك، **منشأة المعارف.**

ال عزاز، **عبدالرحمن عزاز محمد (2017م). القواعد الفقهية المُشتملة على الترجيح**، ط1. دار **كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع.**

العكيلي، عزيز (2010م). الوسيط في شرح القانون التجاري، ج2. **دار الثقافة للنشر والتوزيع.**

العلايلي، **بهاء الدين (2011م). النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون**، ج2/1. **دار الشواف.**

حيدر، علي (2003م). درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1. الرياض: دار عالم الكتب.

سويلم، **محمد أحمد (2021م). مبادئ القانون التجاري السعودي**، ط3. الرياض: مكتبة الرشد.

سويلم، محمد علي (2014م). **عمليات البنوك**، ط1. **دار المطبوعات الجامعية.**

عبيدات، يوسف محمد (2009م). **مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"**، ط1. عمّان: **دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة.**

قاسم، **محمد حسن (2018م).** القانون المدني، ط1. ج2. **منشورات الحلبي الحقوقية.**

قرمان، عبدالرحمن السيد (2020م). العقود التجارية وعمليات البنوك. ط11. جدة: دار الإجادة.

منصور، أنور مطاوع (2017م). القانون التجاري السعودي. ط5. الدمام: مكتبة المتنبي.

ناصيف، الياس (2012م). **العقود المصرفية**، ط2. **منشورات الحلبي الحقوقية.**

(ب) التشريعات

نظام المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم: (م/191)، وتاريخ: 1444/11/29هـ.

(ج) اللوائح

قواعد عمل لجنة المنازعات المصرفية واللجنة الاستئنافية للمخالفات والمنازعات المصرفية، الصادر بالأمر الملكي، رقم: (713)، وتاريخ: 1438/1/4هـ.

ثانياً: مواقع على شبكة الإنترنت

https://www.ncar.gov.sa

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

التزامات شركات الوساطة المالية اتجاه العميل دراسة قانونية مقارنة

Fiduciary Obligations of Financial Intermediaries Towards Clients: A Comparative Legal Study -

الدكتور : عبد الحميد عيسى سليمان غوانمة

الرتبة العلمية: أستاذ مشارك

التخصص: القانون التجاري جامعة تبوك – كلية الشريعة والقانون – قسم القانون – المملكة العربية السعودية

ملخص

هدف البحث على التعرف الى التزامات شركات الوساطة المالية، وتحديد طبيعة هذه التزامات وبيان أنواعها ونطاقها، من خلال تقديم دراسة قانونية وافية عن التزامات الوسيط اتجاه العميل ، حيث يلعب فيها الوسيط دوراً اساسياً بعملية التداول في بيع وشراء الأوراق المالية، بموجب عقد الوساطة الذي يرتب عليه التزامات قانونية، والذي يمتلك فيه الوسيط نقاط قوة تتمثل في حق احتكار المهنة والخبرة التي يتمتعون بها، وقد يلجأ البعض من هؤلاء الوسطاء الى القيام ببعض الممارسات غير النظامية مخالفاً ما التزم به والتي قد تتخذ إشكالاًت متعددة ، وهنا نتساءل هل الالتزامات التي فرضها نظام السوق المالية ولوائحه التنفيذية على الوسطاء العاملين في السوق، كافية لتحقق الغرض منها وهي حماية حقوق المتعاملين؟سيكون ذلك من خلال وضع دراسة تحليلية مقارنة بين نظام سوق المالية السعودي وبعض القوانين العربية من خلال ذكر واستقراء النصوص القانونية وتحليلها مع الآراء الفقهية، ومعالجة الاجتهادات القضائية في هذه المسألة لتحقيق الأهداف التي يرمي اليها البحث. وقد توصل البحث إلى عدد من النتائج، من أبرزها: إنه يترتب على الإخلال بأي من الالتزامات الملقاة على عاتق الوسيط المسؤولية العقدية. وأوصى البحث في ضوء نتائجه بعدد من التوصيات، منها: نقترح ضرورة العمل على إدراج المخالفات الناتجة عن تداول الأوراق المالية ضمن اختصاص المحاكم التجارية كون عمل الوسيط يدخل ضمن دائرة الاعمال التجارية وان جل القضايا ناتجة عن إخلال الوسيط المالي بتنفيذ التزاماته.

الكلمات المفتاحية: نظام السوق المالية، الوسيط المالي، العميل

Abstract:

This research aims to identify and define the fiduciary obligations of financial intermediaries, particularly within the context of securities trading. Through a comprehensive legal analysis, the study explores the nature, scope, and extent of these obligations. The financial intermediary plays a pivotal role in the buying and selling of securities under a brokerage agreement, which gives rise to specific legal obligations. Given the intermediary's monopolistic position and specialized expertise, there is a risk of non-compliant practices that can lead to various legal issues. This study questions whether the regulatory framework governing financial markets, and the obligations imposed on intermediaries, are sufficient to protect the rights of investors. A comparative analysis between the Saudi Capital Market Law and other Arab legislations is conducted, involving a thorough examination of legal provisions, scholarly opinions, and judicial decisions. The findings reveal that a breach of any of these obligations can result in contractual liability. Based on these findings, the study recommends that violations arising from securities trading be placed under the jurisdiction of commercial courts, as the intermediary's activities fall within the realm of commerce, and most disputes stem from breaches of fiduciary duties.

Keywords:Capital market law, financial

المقدمة

بدأ المستثمر السعودي الاكتتاب في أسهم الشركات المساهمة والتعامل بها منذ عام 1354 عند تأسيس اول شركة مساهمة في المملكة، وفي غياب سوق مالي منظم لتداول الاوراق المالية فقد كان التعامل بها يتم من خلال مكاتب غير متخصصة تمارس مهنة بيع وشراء الاسهم بين التعاملين تفتقر للخبرة في التعامل بهذا المجال تحت مسمى (مكتب عقاري) كان لها الاثر السلبي على هذا النشاط، مما دعا الدولة الى ضرورة النظر في وضع تداول الاسهم فقد صدر الامر السامي رقم 8/1230في 1403/7/11 بإسناد عملية الوساطة في بيع وشراء الاسهم الى البنوك. الا ان هذه الالية لم تفي بالغرض المطلوب، مما دعا الى التفكير بأنشاء سوق لتنظيم اصدار الاوراق المالية والتعامل بها، حيث تأسست هيئة السوق المالية بموجب نظام السوق المالي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/30) وتاريخ 1424/6/2 واعتبرها هذا النظام الجهة الوحيدة المصرح لها بمزاولة العمل في تداول الاوراق المالية السعودية.

ونظراً لوجود العلاقة الوثيقة بين الوسيط في سوق الاوراق المالية وعمل ذلك السوق المالية، تكاد تجمع قوانين أسواق المال المقارنة على أنه لا يجوز أن تبرم أية عملية بيع أو شراء للأوراق المالية داخل قاعاتها الاّ بواسطة وسيط للأوراق المالية، وتحظر تلك العمليات على غير الوسطاء ولا يمكن للمستثمر في السوق المالي تداول هذه الاوراق إلا من خلال وسطاء ماليين. والهدف من ذلك حماية المستثمرين إذ لا تتوفر لديهم الخبرة والكفاءة في مجال الاستثمار في الأوراق المالية، حتى لا يقعوا ضحية للمضاربين المحترفين، لهذا فقد أوجد المنظم السعودي أشخاص تتوفر لديهم الخبرة والكفاءة وتتوفر لديهم ما يسمى بأخلاقيات المهنة بالإضافة إلى التخصص والعلم بأصول السوق.

انطلاقاً من ذلك اتجهت أغلب التشريعات الى وضع نصوص خاصة تنظم نشاط الوسيط المالي الذي يتميز بمركز قانوني خاص، حيث يعتبر وكيلاً عن عملائه وفقا للأوامر التي يتلقاها منهم ويحصل على عمولة في مقابل ذلك بموجب عقد يسمى عقد الوساطة مع عميله المستثمر يرتب أثاراً متنوعة تختلف في تحديدها تبعاً لكل طرف فيه، وهو بهذه الصفة يلتزم بعدة التزامات عديدة تضمنها قانون السوق المالية السعودية ولوائحه المتعلقة بتداول الأوراق المالية ، ومن الالتزامات ما يتعلق بعملية التداول اليومي في السوق كتنفيذ الأوامر وضمان العملية.

لذلك فهو يملك سلطات واسعة من خلال الالتزامات المحددة له بموجب القانون والتي يلتزم بتنفيذها حسب النظام ، إلا إنه يمكن له استغلالها أو أساء استعمالها ، وتفادياً لذلك تعرض نظام السوق المالي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/30) وتاريخ 1424/6/2 في الفقرة الرابعة من المادة الخامسة إلى انه من صلاحيات هيئة السوق المالي حماية المواطنين والمستثمرين في الأوراق المالية من الممارسات غير العادلة أو غير السليمة التي تنطوي على احتيال او غش او تدليس او تلاعب والى تنظيم عمل الوسطاء الماليين وإلى المخالفات التي قد يرتكبونها والأحكام الجزائية المترتبة على مخالفتها.

وبالرجوع الى النصوص القانونية للسوق المالية السعودي نجد أن الالتزامات المفروضة على الأشخاص المرخص لهم (الوسطاء) تتمثل في الالتزامات المهنية والالتزامات اتجاه الزبون المستثمر والتزاماته اتجاه السوق المالية شركة تداول، لهذا تناول هذا البحث موضوع الالتزامات التي يمكن أن تنشأ في مواجهة الوسيط وخاصة الالتزامات التي تنشأ في مجال ما يقدمه الوسيط من خدمات لعميله المستثمر داخل السوق المالي.

فإذا كانت التزامات الوسيط واضحة فعليه تنفيذها وإلا سئل عن تعويض العميل المضرور، والخطأ المتوقع من جانب الوسيط هو نتيجة إخلاله بأحد التزاماته، كالكشف عن أسرار عميله سواء منه أو تابعيه، أو التراخي في إجراء كشف حساب للعميل أو التنصل في تنفيذ ما أسنده اليه العميل مما رتب ضرر بالعميل، والذي يترتب على الإخلال به مسؤولية عقدية قد يكون التزاما بتحقيق نتيجة معينة أو غاية محددة، أي تحقيق النتيجة المرجوة من الالتزام الوارد بالعقد. ويمكن القول مع البعض(389) إن

389 -حسام الدين الاهوانى - مسؤولية شركات السمسرة في الأوراق المالية تجاه عملائها في ظل قانون سوق رأس المال – بحث مقدم الي مؤتمر مسؤولية المهنيين بكلية القانون جامعة الشارقة المنعقد في الفترة من 3- 5 ابريل 2004م – ص 30 وما بعدها.

طبيعة التزام الوسيط أن يبذل في عنايته عناية الرجل الحريص وهي أشد أنواع العناية المطلوبة عند تنفيذ التزاماته، وبناء علي ذلك يكون الخطأ في جانب الوسيط إذا ما انحرف عن سلوك الشخص الحريص.

أولا: أهمية البحث: -

تأتي أهمية هذا البحث من جانبين جانب نظري وجانب عملي، فمن الناحية النظرية تبدو أهمية البحث في بيان أهم الالتزامات المفروضة على الوسيط المالي في عقد الوساطة المالية اتجاه العميل، وتتجلى كذلك في مدى تنفيذ الالتزامات القانونية المفروضة عليه بموجب القانون والتي تمثل نوعا من الحماية للعملاء، وتؤدي إلى تقوية الائتمان بالوسطاء الماليين إذا تم تنفيذها وفقاً للقانون. أما أهمية البحث من الجانب التطبيقي تتجلى في الفائدة القانونية الناتجة عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات، لان إخلال الوسيط المالي بتنفيذ التزاماته سواء في علاقته مع السوق أو المستثمر تحمله المسؤولية سواء كانت مسؤولية مدنية أو جزائية كتقديم بيانات غير صحيحة أو مضلّلة في أي من الوثائق التي يقدمها الى هيئة السوق المالية، فقد تكون مفيدة للمتعاملين في مجال تداول الأوراق المالية، وللجهة القضائية المختصة في منازعات الاوراق المالية ، وطلبة العلم ورجال القانون مما يساعدهم على معرفة مخالفته لعدم تنفيذ التزاماته وتجاوزه حدود نظام السوق المالية، لإن الخطأ المتوقع من جانب الوسيط هو نتيجة إخلاله بأحد التزاماته الملقاة على عاتقه تستوجب تعويض الطرف المتضرر، لإن جل القضايا في هذا المجال ناتجة عن إخلال ألمتعاملين في عمليات تداول الأوراق المالية عن عدم تنفيذ التزاماتهم خاصة الوسيط المالي.

ثانيا: -أسباب اختيار موضوع البحث: -

1-بيان مدى مسايرة نظام السوق المالية السعودي رقم (م/30) وتاريخ 1424/6/2للقوانين الحديثة التي عالجت التزامات الوسيط على مواضع الخلل إن وجدت.

2-لم أجد دراسة أو بحثاً مستقلاً يتعلق بموضوع التزامات شركات الوساطة المالية في سوق الأوراق المالية والتي تكاد قد تكون منعدمة، خلافاً لمسؤولية الوسيط التي حظيت بدراسة معمقة.

3-تقديم دراسة قانونية وافية عن التزامات الوسيط في سوق الأوراق المالية لتلبي حاجة المتخصصين في سوق الأوراق المالية من خلال وضع دراسة تحليلية مقارنة بين نظام سوق المالية السعودي من جهة وبعض القوانين العربية للأسواق المالية كالقانون الأردني والمصري.

ثالثا: -مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في موضوع التزامات الوسيط المالي في سوق الأوراق المالية في تحديد طبيعة مسؤولية الوسيط الناتجة عن الإخلال بتنفيذها، كما لو امتنع أو تأخر الوسيط في تنفيذ التزامه نحو العميل بقصد أو بدون قصد، وهل العقوبات التي فرضها المنظم السعودي على الوسيط المالي لإلزامه على تنفيذ التزاماته كافية لردعه عن الافعال غير المشروعة والتي تجعله تحت طائلة المسؤولية، وكيف يمكن لنا إبراز دور الوسيط عند تنفيذه لالتزاماته في تنشيط حركة تداول الأوراق المالية والاقبال عليها داخل سوق الأوراق المالية؟ تساؤلات كثيرة نستعرضها في هذا البحث.

رابعا: - منهجية البحث:

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الخاصة بالتزامات الوسيط في قوانين أسواق الأوراق المالية محل المقارنة في أقسام البحث جميعها ومقارنتها مع لآراء الفقهية وتحليلها، واعتماد نظام السوق المالية السعودي رقم (م/30) وتاريخ 1424/6/2فضلا عن اللوائح والتعليمات الصادرة تطبيقاً لنصوص هذه القوانين ودعم هذا التحليل ببعض الأحكام القضائية الخاصة بذلك.

خامسا: - خطة البحث:

نظراً لتعدد العمليات وتنوعها التي يقوم بها الوسيط المالي اتجاه العملاء المستثمرين فهناك التزامات الهدف منها هو حماية المستثمرين ومراعاة مصالحهم يتمثل بحفظ سر المستثمر وتحرير عقد الوساطة وغيرها، والتزامات تتعلق بعملية التداول اليومي في السوق كتنفيذ الأوامر وضمان العملية وغيرها من الالتزامات فقد ارتأينا تقسيم هذا البحث الى مبحثين اضافة الى مقدمة عامة ، اذ سنعرض في المبحث الاول فيه التزام الوسيط بقواعد سلوك المهنة أما المبحث الثاني فسنتعرض فيه لالتزام الوسيط بتنفيذ أوامر العميل ثم نختم موضوع البحث بأهم النتائج التي توصلنا اليها من خلال الدراسة والتوصيات التي نراها ضرورية لضبط عمل الوسيط في تنفيذ التزاماته في عمليات تداول الأوراق المالية في السوق المالية .

المبحث الأول: التزام الوسيط بقواعد سلوك المهنة.

تقع على عاتق الوسيط المالي مجموعة من القواعد الأخلاقية ورد عليها النص في المادة الخامسة من لائحة الشخاص المرخص لهم، والتي تعد بمثابة مدونة سلوك لكل شخص مرخص له مزاولة تداول الأوراق المالية، لارتباطها الوثيق بالالتزامات الأخرى للوسيط، وعلى ذلك سوف نناقش هذا المبحث في مطلبين نخصص الأول لالتزام الوسيط التقيد باللوائح والأنظمة والنزاهة والثاني. الالتزام بسرية المعلومات وتفادي تضارب المصالح.

المطلب الأول: التزام الوسيط التقيد باللو ائح والأنظمة والنزاهة

وسنقتصر البحث في هذا المقام على موضوعين مهمين وأساسيين يتعلقان بعمل لوسيط نتعرض في الفرع الأول لالتزام الوسيط التقيد باللوائح والأنظمة والنزاهة وفي الفرع الثاني التزامه بالنزاهة والامانة

الفرع الأول: التزام الوسيط التقيد بالأنظمة واللوائح

يمثل هذا الالتزام قاعدة أساسية من القواعد التي تحكم عمل الوسيط المالي، لأن تقيده بالقواعد النظامية يؤدي حتما إلى تنفيذه لالتزاماته بغض النظر عن مصدرها سواء كان مصدرها القانون أو العقد، وتطبيقاً للأنظمة واللوائح وحتى يتمكن الوسيط من تنفيذ التزاماته لا بد من وجود عقد مع عميله وهذا ما سنوضحه في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: التزام الوسيط التقيد بالأنظمة واللو ائح

من القواعد المهنية لعمل الوسيط المالي التزامه التقيد بالأنظمة واللوائح التي تساهم في الحفاظ على مصالح عملائه من المستمرين وفي نجاح وتطور ونمو السوق المالي. وقد ألزم المنظم السعودي الشخص المرخص له بضرورة التقيد بجميع اللوائح والقواعد المنطبقة عليه بموجب الأنظمة سارية المفعول (390).

ويمكننا القول بأن خضوع الوسيط لنظام السوق المالية ولوائحه يتطلب منه التقيد بأهم القواعد الأساسية المتعلقة بترخيص نشاطه المهني منها:

1-أن يحرص على تطبيق النظام واللوائح المتعلقة بمزاولة مهنة الوساطة.

2- الابتعاد عن ارتكاب أية مخالفة عمدا، وإلا تعرض للعقوبات المقررة التي قد تصل إلى منعه من ممارسة هذه المهنة.

3-لا يمكن للوسيط أن يقبل أي أمر شراء أو بيع، إذا ما علم بأن هذا الأمر قائم على أساس معلومات مسبقة، ليست في متناول الجميع.

4- يشترط في الوسيط أن يتمتع بالأمانة والسرية المطلقة، لهذا فلا يحق له أن يشرع بتبليغ أية معلومة سرية يتلقاها من المؤسسة المصدرة لأي شخص كان.

وإضافة إلى واجب الالتزام بالقواعد النظامية، فرض المشرع السعودي على الشخص المرخص له التزام آخر في هذا الإطار يتمثل في التعاون مع جهات الرقابة والإشراف حيث خول المنظم للسوق المالية صلاحية التحقيق والتفتيش على أي من أعضائها للتأكد من كون هذا العضو أو غيره خالف أو يخالف أو قامت قرائن على أنه أوشك أن يخالف لوائح السوق وتعليماتها، وتشمل هذه

390 -المادة الثالثة من لائحة الأشخاص المرخص لهم

الصلاحيات صلاحية طلب الأشخاص للشهادة والمستندات والسجلات والوثائق التي ترى السوق أنها ضرورية، أو لها علاقة بالتحقيق. ويجوز للسوق طلب حضور الشهود وتقديم الوثائق والأدلة، (391) ويجوز أن يتم التفتيش في أي مكان تكون فيه السجلات، وذلك من خلال تقديم طلب مسبب للحصول على قرار بذلك من اللجنة. وعلى اللجنة الاستجابة لطلب السوق بإصدار القرار اللازم ما لم يثبت لديها أن الطلب مشوب بالتعسف، أو سوء استعمال السلطة ويتم ذلك عبر تزويد هيئة السوق المالية بجميع المعلومات والمستندات التي تطلبها لمراقبة مدى الالتزام بالنظام واللوائح، وتلبية أي طلب يصدر عنها للحضور لتوضيح أي أمر أو المساعدة في أي تحقيق يتعلق بتطبيق النظام ولوائحه التنفيذية، مع عدم إعاقة عمل ممثل هيئة السوق المالية. (392)

الفقرة الثانية: التزام الوسيط ابرام عقد الوساطة مع العميل

تعتبر شركة تداول السعودية شركة متخصصة في بيع الأوراق المالية من أسهم وسندات الدين والشهادات الاستثمارية وغيرها من الأوراق المالية، وتعد عملية تداول الأوراق المالية من العمليات المتشابكة والمتداخلة -ابتداء من إصدار الورقة المالية مروراً بجميع المراحل التي يطلبها النظام حتى يتم تداولها- والتي تختلف عن الأعمال التجارية الأخرى التي تتسم بالمرونة والبساطة ،خاصة بعد التقدم التكنولوجي التي عرفتها الأسواق المالية في عمليات التداول والتي يصعب فيها على المستثمر القيام بها مباشرة ، والزيادة الكبيرة في عدد المستثمرين في السوق المالية (شركة تداول) اصبح من الضروري إن تنظم عمليات تداول الأوراق المالية بشكل يسهل معها عملية التداول اليومي، والحفاظ على حقوق المستثمرين ،لأن هناك الكثير من المستثمرين ممن لا تتوافر لديهم تلك الوسائل التي تساعدهم على التعرف على ملابسات الصفقة المراد إبرامها من حيث الإيجابيات و السلبيات خاصة من صغار المستثمرين إذ أن هذه الشريحة هي بأمس الحاجة إلى من ينوب عنها بالصفقة لمعرفة ملابساتها وخطورتها إذ قد يقتصر دور الوسطاء على تقديم النصح و المشورة للعملاء بشأن قرارات الاستثمار و ما قد تنطوي عليه عمليات البيع والشراء للأوراق المالية، و تبقى حدود النصح و المشورة المقدمة للعميل تتوقف على الشروط المتفق عليها بين الوسيط و العميل، فيمكن أن يلتزم الوسيط بالقيام بدور المستشار فقط دون أن يكون له الحق في اتخاذ القرار، و يمكن أن تتعدى إلى الإشراف على عمليات التداول، خاصة في المناخ الذي قد تتوافر فيه من الفرص الاستثمارية الرابحة، وهذا يتطلب وجود أشخاص متخصصين يتمتعون بمهارة عالية في الإتجار بالأوراق المالية ، يلعبون دور الوسيط كونهم حلقة الوصل بين المستثمر والسوق، مما دعي معظم القوانين المنظمة لعملية تداول الأوراق المالية ، على تخويل شركة وساطة متخصصة مخولة قانوناً بتولي هذه العملية داخل الأسواق المالية.

وهذا ما أخذ به المنظم السعودي بموجب المادة الحادية والثلاثون من نظام السوق المالية التي جاء فيها أنه" لا يجوز لأي شخص ممارسة أي من الأعمال المنصوص عليها في المادة الثانية والثلاثين من هذا النظام داخل المملكة أو الادعاء بممارستها، ما لم يكن حاصلا على ترخيص

من الهيئة بذلك، حتى لو كانت الورقة المالية ذات الصلة بتلك الأعمال مدرجة أو متداولة في سوق مالية منظمة خارج المملكة".

هذا العقد الذي ينظم العلاقة بين المستثمر والوسيط المالي لم يرد في نظام السوق المالية السعودي له، في حين نجده عرف في المادة الثانية والثلاثون الوسيط بأنه "الشركة المساهمة التي تعمل بالوساطة، ووكيل الوسيط الذي يعمل لدى شركة الوساطة، ويقوم بكل أو بعض الأعمال الأتية يعمل بصفة تجارية وسيطا في تداول الأوراق المالية خلافا للأشخاص الذين يعملون على أساس ترتيب تعاقدي، والمشار إليهم في الفقرة (ب) من هذه المادة، بما في ذلك أي شخص يمارس بصفة تجارية عمل حفظ الأوراق المالية..." وفي هذا السياق عرف عقد الوساطة المالية بتعاريف فقهية كثيره اختلفت في صياغتها وعباراتها لكنها تدور حول معنى عام، نذكر منها بأنه (393)"العقد الذي يبرمه الوسيط في سوق الأوراق المالية مع المستثمر مقابل عمولة محددة ومتفق عليها في العقد".

391 - المادة الخامسة والثلاثون من لائحة الأشخاص المرخص لهم

392 -عماد حمادي البجاوي-قانون السوق المالية وفق نظام السوق المالية السعودي ولوائحه التنفيذية. الطبعة الثالثة. مكتبة المتنبي .2023م الصفحة 147

393 عصام احمد البهجي, الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، الطبعة الأولى ص.675

ISSN:2509-0291

ويمكن لنا ان نعرف عقد الوساطة المالية "بأنه العقد الذي يكلف بموجبه المستثمر الوسيط المالي بالقيام نيابة عنه بتصرف قانوني يتعلق ببيع وشراء الأوراق المالية باسم العميل ولمصلحة وفقا لتوجهات ورغبات العميل مقابل اجرة متفق عليها"

مما سبق يظهر لنا الغاية من إبرام عقد الوساطة بالنسبة للمستثمر إنه أمر اجباري(394) وأن الوسيط يقوم مقامه في تفادي الكثير من المخاطر التي قد يتعرض لها في هذا النوع من الأنشطة التجارية كون الوسيط تاجر محترف لديه المعرفة والخبرة الكافية لوضع السوق والوضع المالي للأوراق المالية المدرجة . ومن المعلوم بأن هناك الكثير من العوامل المؤثرة على رضا المستثمر في سوق

الأوراق المالية والتي على ضوؤها يتخذ المستثمر قراره في الاستثمار في هذه الورقة أو تلك وخاصة البيانات المتعلقة بالوضع المالي للشركة مصدره الورقة المالية أو طبيعة النشاط الذي تستثمر فيه تلك الشركة في ذلك الوقت أو حركة السوق والعرض والطلب بشكل عام ومؤشرات الأسعار وغيرها من المسائل التي يمكن ان تكون ذات أهمية بالنسبة لقرار المستثمر والأمر الصادر منه للوسيط لشراء أو بيع ورقة مالية معينة .ومن هنا تأتي الأهمية الخاصة لعمل الوسيط في توفير المعلومات التي توفر الثقة الحقيقية وفق معطيات السوق ليتمكن العميل من الإقدام على الصفقة وهو على ثقة تامة بربحية ما يقدم عليه وفق الخبرة المتوافرة لدى الوسيط وعرض أهم ما يتعلق بالصفقة المعنية .

والعلاقة التي تربط الوسيط بالمستثمر هي علاقة عقدية قائمة على رضى الطرفين وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، المبدأ الذي تقوم عليه النظرية العامة للعقد في نظام المعاملات المدنية، ويعني ان رضا المتعاقد اساس تعاقده، فتكون له الحرية في كيفية التعاقد، وفي اختيار المتعاقد وفي تحديد مضمون هذا التعاقد بما تم الاتفاق عليه، و يخضع للقواعد العامة في العقود والتي تتطلب توافر الأركان الموضوعية العامة عند أبرامه ، إلا أن ما يميز عقد الوساطة المالية أن المستثمر يبحث عن شروط خاصة تضفي صفة المتعاقد على الشخص المناسب لهذه العقود لوجود تفاوت في الخبرات الفنية والمالية وكون الأطراف المتعاقدة ليست على قدم المساواة في المعلومة الاستثمارية، ويرتب عقد الوساطة آثاره من دون الحاجة لإفراغ الرضا في شكلية معينة لإن الشكلية هنا غالباً ما تكون لإثبات التصرف القانوني وليس لإثبات صحته، وهذا هو الأصل ما لم يتطلب القانون استثناء غير ذلك(395) في حين يرى البعض خلاف ذلك يعتبر الشكلية شرطاً لصحة العقد.(396) وبالتالي يمكن القول ان الكتابة ليست شرطاً لإبرام العقد بل هي لغاية الاثبات، وهذا ما يتماشى مع قواعد الاثبات التجاري القائم على مبدأ حرية الاثبات وبما يتماشى مع خاصية السرعة في العمل التجاري.

وهذا ما اخذ به القانون الأردني حيث اشترط لإتمام عملية شراء أو بيع ورقة مالية في البورصة على المستثمر أن يقدم طلبا للوسيط مفاده أنه يفوضه تنفيذ عملية شراء أو بيع لورقة مالية وفقا لشروط محدده وهذا ما تؤكد عليه المادة (63) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم 76 لسنة 2002م وبفقراتها الثلاث فالفقرة (أ) تنص على أنه " تنظم العلاقة بين العميل والمرخص له بموجب اتفاقية خطيه تكون متوافقة مع أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه) في حين جاء في الفقرة (ب) من المادة نفسها أعلاه تأكيداً آخر على وجوب كتابة عقد الوساطة ، وهو ألزام الوسيط بالمصادقة على توقيع المستثمرين ، أما الفقرة (ج) فقد حددت العقوبة الجزائية على كل وسيط يعمل بدون تفويض خطي بالنص على أنه (يعتبر مرتكباً لجرم التزوير والاحتيال كل مرخص له أو معتمد يبيع أو يتصرف بأوراق مالية دون تفويض خطي من مالكها أو دون وجود اتفاقية خطيه تخوله ذلك ".وكذلك الحال في القانون المصري الذي الزم الوسيط بتحرير عقد الوساطة المادة (248) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992م الوسيط بتحرير عقد مع كل مستثمر يتضمن طبيعة التعامل وجميع التزامات وحقوق الطرفين ,

394 -راجع قرارات لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية. القضية رقم 45/476 تاريخ 1446هـ والقضية 328/ 42تاريخ2021 والقضية رقم 41/349 تاريخ2020/12/7 والقضية رقم33/39 تاريخ 2013/1/8 والتي ردت بموجبها الدعاوى لعدم وجود عقد وساطة بين المدعي والمدعى عليه والمتعلقة بعملية شراء وبيع الأوراق المالية

395 ـ عبد الباسط كريم مولود، تداول الاوراق المالية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة اول، بيروت – لبنان، 2009م صفحة 167

396 ـ عصام احمد البهجي، الموسوعة القانونية لبورصة الاوراق المالية في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، طبعة اول، 2009 مصفحة 676.

وأن يتضمن العقد فضلاً عن البيانات الواردة في المادة (229) من اللائحة نفسها التزاماً بالبيع والشراء وهذا ما بينته الفقرة (2) من المادة (45) من قانون التجارة المصري والتي لا تجيز للوسيط أجراء العمليات لحساب عملائه الا اذا كان مفوضاً في أجرائها بموجب تفويض خاص مكتوب , أما اذا أجرى الوسيط العمليات دون هذا التفويض في هذه الحالة يجوز للمستثمر قبول العملية أو رفضها . كما يلتزم الوسيط بالبحث عن طرف ثاني لإكمال تنفيذ الصفقة مع الغير، وهذا من أبرز الالتزامات التي تقع على عاتق الوسيط هو البحث عن طرف ثان للتعاقد معه وإتمام العملية حسب رغبة العميل سواء بيعاً أو شراء، والتزام الوسيط هنا هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، فعلي الوسيط أن يبذل العناية المطلوبة منه في البحث عن الطرف الآخر للعميل والسعي لإتمام الصفقة، وقد ينص بالعقد على مرحلة التفاوض فقط مع الطرف الآخر وعند هذه المرحلة أي نجاح التفاوض مع الطرف الآخر يخطر العميل بنجاح المفاوضات، وفي كال الحالين لا يتدخل الوسيط في ابرام العقد وإنما يقف فقط موقف المراقب حتى تمام العقد أو تمام التفاوض .

الفرع الثاني: التزامه بالنزاهة والامانة

قد يواجه المتعاملون في الأوراق المالية عروضا من قبل الوسطاء الماليين لحثهم وتشجيعهم بطرق تقنعهم على أبرام الصفقات والتي قد يكون المستثمر ليس في حاجة لها ، لولا تلك المحاولات التي يقوم بها الوسطاء،(397) ومن أجل ذلك تدخلت القوانين محل المقارنة بالزام الوسطاء في توفير المعلومات التي لا غنى عنها لأي سوق مالي ، ونظرا لأهمية هذا الالتزام في سوق الأوراق المالية نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول مفهوم الالتزام بالإفصاح , في حين نخصص الفرع الثاني لموقف القوانين محل المقارنة من الالتزام بالإفصاح وكما يأتي

تضطلع شركات الوساطة المالية من بين الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية بدور هام في سوق الاوراق المالية ، ولذلك يجب عليها الالتزام بتطبيق مبدأ الافصاح ، وهذا الواجب يتخذ شقين ، فهو أولاً واجب على هذه الشركات بالإفصاح تجاه هيئة الاوراق المالية وادارة السوق ، وهو ثانيا واجب تجاه المستثمرين.(398) ومضمون الالتزام أن يقوم الوسيط بعرض الشروط التي عرضها العميل بدقة وامانة عرضاً أميناً علي المستثمر مبيناً له المعلومات العملية التي توسط فيها من حيث مزاياها ومخاطرها دون مبالغة أو تقصير، وبعبارة أخري ينبغي علي الوسيط أن يقدم كل المعلومات الكافية لإتمام العملية بالحيدة وان لا يعرض بشروط يعجز معها العميل عن اتمام الصفقة أو في غير صالح العميل، وهذا ما فرضه المنظم السعودي في قائمة المبادئ السارية على الأشخاص المرخص لهم (399)يلتزم بتقديم كافة البيانات والمعلومات والإحصائيات والمستندات التي تطلبها منهم إدارة السوق بالشكل وفي المواعيد التي تحددها، ولإدارة السوق التحقق من صحة هذه البيانات والمعلومات بأية وسيلة تراها مناسبة .ويعد هذا الالتزام من أهم الالتزامات التي تقع علي عاتق الوسيط، وهو من الالتزامات القانونية التي اوجب فيها المشرع المصري الوسيط أو السمسار في الأوراق المالية ضرورة مراعاة الدقة والأمانة لدي إصدارها ألي إعلان عن الأوراق المالية سواء كان موجهاً الي عملائه أو الجمهور، في أن يدلي بكل المعلومات حول نوع الورقة والشركة المصدرة لها وكافة البيانات لإحاطة العميل بكل ما يلزمه لاتخاذ القرار المناسب نحو الشراء وعدمه لها ، فقد حظر المشرع الوسيط حجب أي معلومات جوهرية أو حقائق علي نحو يؤثر في سالمة اتخاذ العميل لقراره أو الجمهور بصفة عامة، أو بقصد إحداث أي نوع من التضليل أو الالتباس لديهم ، كما حظر المشرع المصري على الوسيط تضمين الإعلان أي تصريح مبالغ فيه أو ذي تأثير مضلل (400)

ويرجع اهتمام المنظم بمبدأ الأمانة والنزاهة الى أن جميع العمليات التي يعقدها الوسيط لفائدة العميل يجب أن تكون وفقاً لهذا المبدأ والذي يمكن أن يفرع عنه ثلاثة التزامات اساسية نناقشها في الفقرات التالية:

397 - عبد الباسط كريم مولود , تداول الأوراق المالية , دراسة مقارنة , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت لبنان، 2009.صفحة 256

398 - جمال عبد العزيز العثمان، الافصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 م .صفحة232

399 - البند الثاني والسادس والتاسع من الفقرة (ب) من المادة 5 من لائحة الأشخاص المرخص لهم

400 - هشام أحمد ماهر زغلول – المسؤولية المدنية لشركات السمسرة في الأوراق المالية – دراسة مقارنة – الطبعة الأولي 2013م – دار النهضة العربية – القاهرة – ص 588 وما بعدها، المادة، 221 -243 -، من اللائحة التنفيذية للقانون 95 لسنة 1992م بشأن قانون سوق المال المصري.

الفقرة الأولى- التزام الوسيط ببذل العناية والإخلاص.

حرص المنظم على هذا الالتزام باعتباره عصب النشاط في مهنة الوساطة المالية وذلك في أكثر من نص في النصوص المتعلقة بسلوكيات وممارسات الأشخاص المرخص لهم، (401) كما ذكرت المادة الأولى من الملحق 5،4 المتعلق بالأمانة في التعامل بأنه يجب على الشخص المرخص له التصرف في جميع الأحوال طبقاً لمبدأ حسن النية ولمصلحة العميل. كما أوضحت المادة الرابعة من الملحق المشار إليه المعيار المعتمد للتأكد من بذل الشخص المرخص له للعناية الكافية من أجل حماية أصول العملاء والإخلاص في معاملات الهاء العميل، فقد ذهبت المادة المذكورة إلى أن الشخص المرخص له يلتزم بواجب ممارسة العناية والمهارة والحرص التي يمارسها في الظروف نفسها أي شخص يمتلك المعرفة والخبرة المتوقعة بشكل معقول من شخص في مقام الشخص المرخص له، حتى يتمكن المستثمرين من مراقبة لاستثماراتهم وحمايتها، ومساعدتهم في اتخاذ القرار المناسب ، فالمعلومات تمثل عصب التعامل في بورصات الأوراق المالية ، ويتوقف قرار الشراء أو البيع لها علي تلك المعلومات المعلنة ، أما بالنسبة للمعلومات الغير معلنة والغير متاحة للعميل أو للجمهور سواء كلية أو بجزء منها بحيث يؤثر بالفعل علي قرار العميل أو أيا من الجمهور، وذا تعمد الوسيط من حجب هذه المعلومات عن العميل يعد ذلك مخالفة يعاقب عليها النظام لإن هذه المعلومات هي في الأصل حق لكل مساهم أو مالكا لصكوك السندات داخل الشركة الواحدة ، ففلا يعقل نظاما أن يعلم البعض عن تلك المعلومات دون البعض الآخر ، الأمر الذي إخلال بمبدأ المساواة بين أصحاب الأسهم أو السندات داخل الشركة الواحدة، كما أن المستثمر يفترض فيه الإلمام التام بتلك المعلومات قبل الدخول الى الشركة بشراء أسهمها ، بأنه علي أن شركة السمسرة الوسيط تعد من بين الأشخاص الملتزمين بالامتناع عن التعامل علي المعلومات غير المعلنة (402) ويتحدد نطاق الإفصاح للعميل عن جميع المخاطر التي تحيط بالصفقة والتي سوف يُقدم العميل عليها ، ومنها الآثار القانونية المترتبة علي تنفيذ أوامر العميل والالتزامات الناشئة عنها، متي كان الوسيط علي علم بها ، وذلك تطبيقاً لمبدأ حسن النية في التعامل، وجدير بالذكر فإن التزام الوسيط هنا بذل عناية الرجل المهني الحريص، أي عليه الإفصاح بكل المعلومات التي تؤثر في تنفيذ الصفقة بالسلب أو بالإيجاب وهو التزام عام يغطي المرحلة السابقة في التعاقد، حتى ال تعيب ارادة العميل بالوقوع في غلط، أو تدليس من قبل الوسيط لقيام التصرف علي معلومات مغلوطة أو غير صحيحة تجعل عملية البيع أو الشراء عرضة للبطلان بالإضافة للجزاء الجنائي(403) .وأغلب التشريعات الخاصة بسوق المال تلزم الوسيط بالإفصاح للعملاء عن كافة المعلومات والبيانات حول العمليات التي يرغب عملائه في اتمامها وان يقدم مصلحة العميل علي مصلحته، أما موقف التشريع الأردني من التزام الوسيط بالإفصاح , فلا يوجد نص واضح الإشارة الى التزام الوسيط بالإفصاح في قانون الأوراق المالية الأردني رقم 76 لسنة 2002م **على الرغم من وجود فصل خاص بالإفصاح وهو الفصل الخامس (المواد 34-46) , ولكن وردت في النظام الداخلي لسوق عمان المالي بعض النصوص التي يمكن أن تدل على هذا الالتزام , منها المادة 51** فنجد نص المادة /243 4 من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري 95 لسنة 1992م بأن " يحظر علي الشركة اتباع اساليب في عملها تنطوي علي الغو أو التدليس وبصفة خاصة : -4 إخفاء أو تغيير أو الامتناع عن الحقائق الجوهرية المتعلقة بالتعامل علي الأوراق المالية "بالاستثمار "، وامتدادا لهذا الالتزام فقد نصت المادة 200 من قانون التجارة المصري 17 لسنة 1999م بقولها " علي السمسار ولو لم يكن مفوضا إلا من أحد طرفي العقد أن يعرض الصفقة علي الطرفين بأمانة وأن يوقفهما علي لظروف التي يعلمها عن الصفقة، ويكون الوسيط مسئولا قبلهم عما يصدر منه من خطأ جسيم " والالتزام الذي يقع علي عاتق الوسيط هنا هو التزام ببذل عناية الرجل المهني الحريص ووفق ما يقضي به العرف التجاري (404)، فعلي سبيل المثال يجب على الوسيط

401 - راجع البند الثاني والسادس والتاسع من الفقرة(ب) من لائحة الأشخاص المرخص لهم

402 - محمد حسن عبد المجيد الحداد – السمسرة في الأوراق المالية – دار الكتب القانونية - القاهرة، طبعة 2012م ص 180 وهذا ما اشارت اليه اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري 95لسنة 1992م وفي الباب السادس منه والخاص بالأحكام المنظمة لشركات تكوين وإدارة المحافظ المالية

403 - محمد تنوير الرافعي – صغار المستثمرين ودور هيئة سوق المال في حمايتهم مقارنة بأسواق المال الأجنبية، دراسة مقارنة 2007م – دار النهضة العربية – القاهرة ص .566

404 - محمد حسن عبد المجيد الحداد – المرجع السابق ص200

إخطار عميله بأن الطرف الآخر الراغب في التعاقد معه مشرف على الإفلاس لعجزه عن سداد ديونه أو حدوث اضطراب في أعماله التجارية تجعله عرضة للحكم عليه بالإفلاس، أو أنه ناقص أو عديم الأهلية، وهذه من مهام الوسيط، حتي لا يسئل أمام عميله عن خطئه في ابالغه بمعلومات غير صحيحة(405) وعلى ذلك لكي يتحلل الوسيط من المسؤولية أن يثبت بكافة طرق الإثبات بانه قدم لعميله البيانات اللازمة نحو المتعاقد الآخر وأنه راعي الدقة والأمانة في عرضها عليه .وفي ضوء ما سبق يلتزم الوسيط بالأوامر التي صدرت اليه من العميل بأمانة ودقة وأن يراعي فوق ذلك حسن النية في تعامله مع العميل بأن ينقل اليه أوامر العميل بأمانة، والإخلال بذلك يجعله عرضة للمسؤولية إذا أصاب العميل ضرر ناتج عن خطأ الوسيط نحو نقل بيانات غير صحيحة أو غير مطابقة مع أوامر العميل، فإذا ما تحققت الرابطة بين خطأ الوسيط أو السمسار والضرر الذي أصاب العميل انعقدت مسؤولية الوسيط ويلتزم بالتعويض عن هذا الضرر، ما لم يكن الخطأ بسبب لا يدله فيه. عدم التحقق من أهلية العميل وشخصيته -: باعتبار دور الوسيط يقف عند حد التوفيق بين البائع والمشتري ولا يتدخل مطلقاً في التعاقد وإنما يتم مباشرة بين العميل والمتعاقد الآخر، إذا فلا بد له التأكد من أهلية العميل قبل البحث عن المتعاقد الآخر لأن الأهلية لا تفترض، كي ينفذ الالتزام الملقي علي عاتقه نحو عميله، وهو إتمام الصفقة، فإذا ما تبين أثناء التعاقد أن العميل كان ناقص أو عديم الأهلية مثالا فيسأل أمام المتعاقد الآخر عن إهماله حول جمع المعلومات عن عميله، لأنه لا يجوز للوسيط الادعاء بجهله بأهلية العميل، لأن من أهم واجبات الوسيط نحو المتعاقد الآخر تبصيره بالبيانات اللازمة نحو العميل لإتمام العملية، فإذا ما أجري الوسيط عملية لحساب عميله غير المميز تسأل عن خطأها أمام الغير (406) كما يجب عليه أن يتأكد من أن العميل يعمل لحسابه أم لحساب الغير، كأن يكون وكيلاً عن العميل، وهنا عليه التأكد من صفة الوكالة ومدى سريانها وهل هي وكالة عامة أم خاصة بشراء الأوراق المالية أو بيعها، ألن الوكالة العامة هنا لا تصلح للتعامل في الأوراق المالية، بل يلزم وكالة خاصة. فإذا ما تم عزل الوكيل وانقطعت علاقة الوكالة وتم تنفيذ أوامر الوكيل عن العميل بالرغم من ذلك فيسأل عن تصرفه.(407)

الفقرة الثانية: التزام الوسيط إعلام العميل وتبصيره.

يرتبط الالتزام بالإعلام أو التبصير بشكل عام بفكرة وجود طرفين غير متكافئين في العقد بحكم أنه ليس لديه الخبرة الكافية في هذا المجال مما يحتاج معها إلى الحماية والرعاية من جهة والطرف الآخر الذي يقابله يتمتع بحرفية عالية و له من الخبرة والدراية التامة في مجال عمله والتي يمكن أن يستغلها ويستغل المعلومات التي يعرفها لخداع الطرف الاخر في معاملة عقدية غير منصفة وخاسرة أو ليست بالشروط التي يبتغيها من وراء تعاقده، وحرصا من المنظم على تكريس هذا المبدأ، فقد دأبوا على النص عليه في مختلف النصوص التشريعية خاصة في مجال تداول الأوراق المالية بوصفه أي الوسيط شخص محترف يمكن له الإدلاء بالمعلومات والبيانات الكافية والمقنعة في المرحلة التي تسبق عملية إبرام عقد الوساطة والتي يمكن أن تؤدي الى اقناع المستثمر لإبرام صفقة استثمارية في هذا المجال ، لذلك على الوسيط أن يظهر هذه المعلومات بحكم خبرته والتي غالباً ما تكون وثيقة الصلة بالأمر الموجه إليه من العميل.

ويعتبر التزام الوسيط بتبصير العميل هو التزام ببذل عناية لكن العناية المطلوبة تكون على درجة كبيرة تجعل هذا الالتزام يقترب من الالتزام بتحقيق نتيجة بسبب صفة المهنية والاحتراف للوسيط الذي يجعل الوسيط على معرفة كافية بظروف السوق وتعاملاته والمعلومات التي يحتاجها العميل لكي يتخذ قراره بالتعاقد من عدمه.

لكن السؤال المطروح في هذا الالتزام هوما هي المسائل التي يجب على الوسيط أن يحيط المستثمر علما بها؟

من المؤكد إن العملاء والمستثمرين بصفة عامة غير متساوين في المعرفة بأحوال الأسواق المالية سواء من حيث البيانات والمعلومات اللازمة او من حيث آلية التعامل في الأسواق المالية والعوامل التي تؤثر على حركة التداول وغيرها، ومن ثم فأن مبدأ المساواة ومبدأ

3-راجع قرار لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية. القضية رقم 45/501 تاريخ2024/7/8 قضت اللجنة بتعويض المتضرر بسبب الإفصاح المضلل. والقضية رقم 45/471 تاريخ 2024/7/8 حيث قضت اللجنة بتعويض المتضرر بسبب بيانات مضللة تدفع للشراء والبيع. والقضية رقم 45/491 تاريخ1446/7/8هـ

406 - عبد الفضيل محمد احمد: بورصات الأوراق المالية – مكتبة الجلاء بالمنصورة – دون سنة نشر ص 169

407 - عبد الفضيل محمد أحمد – م. س. ص 170

الثقة والأمانة التي تقوم عليها علاقة الوسيط مع العملاء تحتم على الوسيط الإدلاء بما لديه من معلومات حقيقية لكل عميل،(408) انطلاقا من ذلك، شددت المادة الخامسة من اللائحة المتعلقة بالمبادئ السارية على الأشخاص المرخص لهم على أهمية التواصل مع العملاء، وذلك بتزويدهم بالمعلومات بصورة جلية وواضحة. ولعل الترجمة الفعلية لهذا الالتزام والتي يمكن استنباطها من لائحة الأشخاص المرخص لهم، من ثم يقع على الوسيط أن يكشف للمستثمر المعلومات المعقولة والمناسبة كافة والتي تكون وثيقة الصلة بموضوع الأمر الصادر إليه من المستثمر وأهمها:

1-تزويد المستثمر بجميع المعلومات المرتبطة بالصفقة كالمخاطر التي تحيط بالصفقة لتمكينه من فهم المخاطر المتعلقة بنوع الصفقة التي سيبرمها، وذلك قبل التعامل فضلاً عن النتائج القانونية التي تترتب على تنفيذ تلك الصفقة(409)

2- تزويد المستثمر بجميع الشروط والمعلومات اللازمة التي تقوم عليها ممارسة عملية تداول الأوراق المالية وصياغتها بموجب العقد-عقد الوساطة-ولا تسري هذه الشروط إلا بعد الاتفاق عليها وحصول كل طرف على نسخة من الاتفاق.(410)

3-على الوسيط أن يضع مصلحة العميل قبل مصلحته وأن يعمل بكل أمانة ونزاهة على تنفيذ تلك الصفقة وعند تنفيذ أوامر العملاء, وان لا يقوم بتشجيع العملاء على إبرام الصفقات بالشراء أو بالبيع والتي قد ال تكون في مصلحة العميل لمجرد الرغبة بالحصول على العمولة.(411)

4-إعلام الوسط عملاءه عن الأجر الذي سيتقاضاها مقابل الخدمات التي سيقدمها لهم والتي غالباً ما تكون عمولة متفق على نسبتها.(412)

5-الإفصاح المسبق من قبل الشخص المرخص له عن إمكانية استخدامه لممتلكات العميل أو معلوماته أو فرصه لمنفعة الشخص المرخص له الخاصة، وعدم التعامل فيها إلا بعد الحصول على موافقة العميل.(413)

6-تسجيل الشخص المرخص له لمكالماته الهاتفية مع عملائه أو عملائه المحتملين والمتعلقة بأعمال الأوراق المالية والإفصاح لعملائه أو للعملاء المحتملين عن ذلك التسجيل للمكالمات مع الاحتفاظ بالتسجيل لمدة ثلاث سنوات على الأقل.(414)

الفقرة الثالثة: التزام الوسيط الامتناع عن قبول الهدايا والحو افز.

حتى يقوم الوسيط بعمله ضمن الشروط المتفق عليها فأن مبدأ المساواة ومبدأ الثقة والأمانة التي تقوم عليها علاقة الوسيط مع العملاء تحتم على الوسيط أن يعمل بكل أمانة ونزاهة وموضوعية واستقلالية عمله، الزمه المنظم السعودي وعلى تابعيه ممن يعملون لديه أو من خلاله عدم قبول أي نوع من الهدايا أو الحوافز إذا كان ذلك سيؤدي إلى تعارض بشكل جوهري مع التزاماتهم تجاه عملائهم، كما فرض عليهم الامتناع عن تشجيع أي عميل على إبرام أي صفقة بعرض، أو إعطاء أي هدايا أو حوافز. ويهدف هذا الالتزام إلى منع تفشي الفساد المالي في سوق المال، وذلك بطرق مُقنّعة من خلال إعطاء الهدايا ومنح الحوافز للتشجيع على التعامل أو على عدم التعامل في أوراق مالية بعينها.(415)

المطلب الثاني: الالتزام بسرية المعلومات وتفادي تضارب المصالح.

---

408 - صالح راشد الحمراني- دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، مؤسسة البيان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2004. ص 423

409 - المادة 42 من لائحة الاشخاص المرخص لهم.، عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت,2009, ص259.

410 -1المادة 38 من لائحة الاشخاص المرخص لهم

411 - البند 2،6،9 من الفقرة(ب) منالمادة الخامسة من لائحة الاشخاص المرخص لهم

412 - المادة 46 من لائحة الاشخاص المرخص لهم

413 -الماد ة3من الملحق5،4 من لائحة الاشخاص المرخص لهم

414 - المادة 51 من لائحة الاشخاص المرخص لهم للمزيد راجع، عماد حمادي البجاوي-قانون السوق المالية وفق نظام السوق المالية السعودي ولوائحه التنفيذية.م.س.ص.

155،154 وعقيل فاضل حمد الدهان التزام الوسيط بالتبصير في عقد الوساطة في سوق الأوراق المالية) دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق التي تصدر عن كلية القانون – جامعة كربلاء العد الثاني الصفحة 20

415 - المادة 28 من لائحة الاشخاص المرخص لهم-عماد حمادي البجاوي-قانون السوق المالية وفق نظام السوق المالية السعودي ولوائحه التنفيذية.م.س.ص. 155

أوجبت قوانين الأسواق المالية المختلفة على الوسيط عدم إفشاء اسرار العملاء للغير ومخالفتها يعد خرقاً للثقة والأمانة، ومعالجة أية تضارب في المصالح بينه وبين عملائه موضحين ذلك التزام الوسيط بحفظ أسرار المستثمر في الفرع الأول وتفادي تضارب المصالح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التزام الوسيط بحفظ أسرار المستثمر

الالتزام بحفظ أسرار المستثمر هو من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق شركات الوساطة' وتعرف السرية المهنية بانها التزام قانوني بعدم افشاء المعلومات التي تصل الى الشخص بحكم ممارسته لمهنته (416)حيث إن طبيعة عمله تمكنه من الحصول على معلومات ذات خصوصية لا يجوز لغيره الاطلاع عليها وبالتالي يجب أن يكون الوسيط محل ثقة العميل، فمن واجبه أن يلتزم بالسرية التامة سواء للمعلومات المتعلقة بالعميل أو المعلومات المتعلقة بالأوامر المصدرة من طرفه يعتبر حفظ الاسرار في المعاملات هو واجب محمول لدى غالبية الأشخاص اللذين يمارسون مهن معينة سواء كان العمل مدنياً كالطبيب الذي يجب أن يحافظ على اسار مريضه أو عملاً تجارياً كالوكيل بالعمولة من التزاماته المحافظة على اسرار موكله، وهذا ما يبرر إفراده مادة خاصة في لائحة الأشخاص المرخص لهم باعتبار أن أعمالهم تدخل في دائرة الأعمال التجارية وهي المادة التاسعة والعشرين التي تنص على أنه «يجب على الشخص المرخص له المحافظة على سرية المعلومات التي يتم الحصول عليها من العملاء.. ويضع بذلك المنظم السعودي التزاما أخلاقيا وقانونيا جوهريا على عاتق الشخص المرخص له، ألا وهو المحافظة على سرية المعلومات التي يحصل عليها عند تداوله في الأوراق المالية إلا أنه يلاحظ على هذا النص عدم تحديده لنطاق الالتزام بالمحافظة على سرية هذه المعلومات، إلا ان العرف التجاري في التعامل بهذا النوع من الأعمال التجارية تشمل جانبين الجانب الشخصي للمستثمر فيشمل المعلومات الشخصية مثل أسم المستثمر وعنوانه ونوع عمله وغيرها، أما الثاني يتمثل في الجانب الموضوعي الذي يشمل المعلومات المتعلقة بالقدرة المالية للمستثمر، ومقدار حسابه لدى الوسيط وحجم استثماراته في السوق وعدد الأوراق المالية التي يمتلكها وغيرها [417].

ونعتقد بأن حفظ أسرار المستثمر يتعلق بأمرين أساسيين هما:

أولا: المعلومات الخاصة بحساب العميل لا بد أن يكتسي هذا النوع من المعلومات الطابع السري، إذ لا يجب التصريح ا لأي شخص كان إلا إذا سمح العميل بذلك. وعدم الإفشاء عن شخصية العميل أو القرارات التي يتخذها في مجال التوظيف

ثانيا: المعلومات الخاصة بنوعية وإصدار الأوامر التي يقوم العميل بها من خلال تعامله مع شركة الوساطة، ونظرا لعلاقة الثقة التي يجب أن تكون بين العميل والوسيط، فعلى هذا الأخير أن يعمل لخدمة العميل إلى أقصى درجة محافظا بذلك على سرية النقاشات والأوامر أو استراتيجيات التوظيف التي يتم إتباعها، إضافة إلى ضرورة استخدام المعلومات المتحصل عليها لصالح العميل فقط دون أي شخص آخر حتى لو كان هذا الشخص هو الوسيط ذاته.

وتكمن أهمية الالتزام بالسرية في علاقته الوثيقة بمخالفتين خطيرتين قد يرتكبها الشخص المرخص له وهما: مخالفة الإفصاح غير القانوني عن المعلومات المتعلقة بالعملاء والتداول بناء على معلومات داخلية (418) وفي هذا السياق نتساءل عن الأساس القانوني لالتزام الوسيط بحفظ أسرار المستثمر؟ البعض يرى أن التزام الوسيط بالمحافظة على أسرار عميله مصدره الاتفاق وهو عقد الوكالة القائم بنين العميل والوسيط، لأن عقد الوكالة يقوم علي أساس الأمانة التي توجد بنين العميل والوكيل وتلقي علي عاتق

416 --محمد يوس ياسين، القانون الصرفي والنقدي، منشو ارت الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى2007، صفحة103. بن عزوز عبدالرحمن، دور الوساطة المالية في تنشيط سوق الأوراق المالية مع الإشارة لحالة بورصة تونس. مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في علوم التسيير. فرع إدارة مالية جامعة منثوري قسنطينة كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير بالجزائر صفحة 112

417 - صالح راشد الحمراني، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، مؤسسة البيان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004 ,الصفحة279 راجع ايضاً د. عبد الباسط كريم مولود، تداول الاوراق المالية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة اولى، بيروت – لبنان، 2009م صفحة 253

418 - عماد حمادي البجاوي-قانون السوق المالية وفق نظام السوق المالية السعودي ولوائحه التنفيذية.م.س.ص. 148
وصالحة العمري، المركز القانوني للوسيط في عمليات تداول القيم المنقولة في بورصة الجزائر. مجلة الاجتهاد القضائي. العدد 11 الصفحة 287

ISSN:2509-0291

الوكيل التزام مؤداه عدم الإضرار بمصالح العميل. (419) ونعتقد بأن هذا الرأي يمكن الأخذ به عند عدم وجود نص قانوني، بينما نري العكس من ذلك في القانون السعودي حيث أن مصدر التزام الوسيط هو القانون وأساس التزامه هو نص المادة التاسعة والعشرون السالفة الذكر. وإذا كان ألأصل الالتزام بمبدأ المحافظة على سر المهنة إلا إنه يستطيع الوسيط بصورة الزامية بموجب النظام الكشف عن الأسرار التي يحصل عليها إذا تعلق الأمر بمصلحة عامة تبرر الخروج عن الأصل فمصلحة الأمن الوطني المتعلقة بمحاربة غسيل الأموال تتطلب الكشف عنها لإن عملية غسيل الأموال تتم بطرق واشكال مختلفة منها عن طريق شركات الوساطة لشراء اسهم وسندات باسم أي شخص أو باسم شركة وهمية، وتمويل الإرهاب قد تغير واجب الحفاظ على سرية المعلومات إلى الالتزام بالإفصاح عنها للجهات المختصة ، أو إذا تعلق الأمر بمصلحة خاصة بالمستثمر يجوز للوسيط إفشائها بعد الموافقة الكتابية المسبقة منه، ويعد ذلك بمثابة تنازل من المستثمر عن حقه في عدم إفشاء أسراره كما يجوز للوسيط أن يدلي بما لديه من معلومات إذا كانت طبيعة الالتزام تستوجب ذلك فلا حاجة للحصول على موافقة خطية من المستثمر للأدلاء بها لجهات معينة كالجهات الرقابية ولجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية بالإضافة الى هيئة السوق المالية (420) . وكما يقال لكل قاعدة استثناء يلاحظ أن المنظم السعودي قد أجاز الخروج على مبدأ المحافظة على سر المهنة في ثلاث حالات يمكن اعتبارها استثنائية محصورة في الحالات التالية وهي: -

1-إذا كان الإفصاح مطلوبًا بموجب النظام أو لوائحه التنفيذية أو الأنظمة السارية المفعول في المملكة كنظام غسيل الأموال ونظام مراقبة اعمال البنوك.

2-إذا وافق العميل على الإفصاح عنها.

3-إذا كان الإفصاح ضروريا يتعلق بخدمة معينة للعميل تعود عليه بالمنفعة.

4-اذا لم تعد المعلومة سرية.(421)

الفرع الثاني: التزام الوسيط بتفادي تضارب المصالح.

يعتبر هذا التزام من أهم الالتزامات التي تقع على الوسيط وهو من التزامات القانونية التي فرضها النظام، نعرض مضمون هذا الالتزام في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: المقصود بتفادي تضارب المصالح

من الضوابط التي تضمن الشفافية في عمليات تنفيذ أوامر التداول، الالتزام بالإعلام الذي تضعه قواعد السوق المالي على الوسيط عندما يكون هذا الأخير أو أحد عملائه طرفاً في العملية المنفذة لصالح مصدر الأمر. لهذا يشترط في الوسيط المالي أن يتمتع بالسمعة الطيبة والخبرة و القدرة المالية وعدم إتباعه خطوات أو إجراء عمليات من شأنها الإضرار بالمتعاملين معه أو الإخلال بحقوقهم، وعليه التصرف بكل أمانة و احترافية لصالح الزبون و ذلك بمعاملة كل الزبائن نفس المعاملة، وهذا ما نص عليه المنظم السعودي في البند العاشر من الفقرة (ب) من المادة الخامسة المتعلقة بالمبادئ السارية على الأشخاص المرخص لهم من لائحة سلوكيات السوق على أنه: «يجب على الشخص الرخص له الالتزام بعدم تضارب المصالح، وذلك بمعالجة تضارب المصالح بينه وبين عملائه الأفراد أو بين عميل فرد وعميل آخر بإنصاف (422).

فقد بتعاقد الوسيط المالي بصفته وكيلاً عن العميل مع نفسه بخصوص صفقة مالية موكل بإبرامها لصالح عميله. وبهذا فإن عملية التعاقد مع النفس تتمثل باكتساب الوسيط المالي صفةً جديدة تضاف لصفته الأصلية، فعليناء أن ندرك مسألة تنازع المصالح الملازمة لمثل هذه العمليات، فمصلحة العميل الموكِل تتمثل هنا بحصوله على أعلى سعر للأوراق المالية المراد بيعها بينما تقتضي مصلحة الوسيط الوكيل شراء الأوراق السابقة بأقل الأسعار .إن حقيقة تعارض المصالح هي التي تفسر الأصل التاريخي

419 - محمد حسن عبد المجيد الحداد – السمسرة في الأوراق المالية – دار الكتب القانونية - القاهرة، طبعة 2012م صفحة168

420 - عبد الباسط كريم مولود، تداول الاوراق المالية، دراسة مقارنة، 2009م م. س. ص 250

421 - المادة 29 لائحة الأشخاص المرخص لهم

422 - المادة الثانية من الملحق 5،4 من لائحة الأشخاص المرخص لهم والمتعلقة بواجب الأمانة وكذلك المواد 41،5 من نفس اللائحة

ISSN:2509-0291

لتحريم التعاقد مع النفس الذي يحظر على الوكلاء أن يشتروا لأنفسهم الأموال التي وكلوا ببيعها. وتفاديا لتضارب المصالح المشار إليه أوجب المنظم السعودي على الوسيط التأكد من رعايته ودفاعه عن مصالح عميله وتلافي أي تضارب ممكن بين مصالح الخاصة ومصالح العميل بخصوص الصفقات والخدمات التي يقدمها الشخص المرخص له باسم العميل ولحسابه. حينما أوجب على الشخص المرخص له إذا استشعر احتمال قيام تضارب في المصالح بينه وبين عميله بضرورة إعلام العميل بطريقة كتابية بذلك التضارب المحتمل في المصالح، ومن ناحية ثانية، عندما ينوي الشخص المرخص له إصدار توصية استثمارية أو بحث أو دراسة تتعلق بورقة مالية لفائدة عميله، يجب عليه عدم التداول لحسابه الخاص في نفس تلك الورقة إلا بعد إعطاء العميل الذي صدرت له التوصية أو البحث فرصة معقولة لاتخاذ موقف بشأن التداول من عدمه في الورقة المالية المعنية.0(423)

وهذا ما سار علية المشرع الأردني حينما اجاز إمكانية تنفيذ عمليات تعاقد مع النفس أو عمليات تطبيقية من قبل الوسيط المالي وذلك في المادة /12أ3/ من تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان والمادة 17 من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية وتنظيمها لسنة 2005.وألزم المشرع الأردني الوسيط المالي بموجب هاتين المادتين بضرورة اعلام عميله بأنه هو أو أحد الأشخاص المرتبطين به كان طرفاً في العملية المنفذة لصالح العميل، وذلك ما لم تنص اتفاقية التعامل على غير ذلك. إن التزام الإعلام هذا يجسد قاعدة الشفافية في التنفيذ ويضمن للعميل مصدر الأمر عدم قيام الوسيط بترجيح مصلحته الشخصية أو مصلحة أحد عملائه عليه .

الفقرة الثانية: آثار مخالفة تفادي تضارب المصالح.

بالرغم من القيود التي فرضها المنظم على الوسيط المالي وتابعيه فإن عدم تقيده بهذا الالتزام بتفادي تضارب المصالح يؤدي به الى تحمل مسؤولية ذلك التضارب وذلك بتعويض الضرر الذي لحق بالعميل طبقاً للمادة الحادية والأربعين من لائحة الأشخاص المرخص لهم التي تفرض على الشخص المرخص له تعويض الضرر الذي لحق بالعميل بسبب تضارب مصالح هذا الأخير مع مصالح الشخص المرخص له. ولا يستطيع الشخص المرخص له إقصاء نفسه من هذا الالتزام بالتعويض إلا إذا أثبت أنه قد أفصح مسبقا للعميل عن تضارب المصالح وأن العميل قد وافق كتابيا على مواصلة الشخص المرخص له في التداول رغم ذلك التضارب.(424)

المبحث الثاني: التزاما الوسيط بتنفيذ أوامر العميل

تتمثل الالتزامات الفنية المتزامنة مع التنفيذ في جملة من السلوكيات والخطوات التي يجب على الوسيط اتباعها عند تنفيذ أوامر عملائه. وتتلخص هذه الالتزامات في نوعين من الالتزامات تتماشى مع أمر التنفيذ فقد تكون هذه الالتزامات تسبق عملية التنفيذ ستكون محلاً لدراسة المطلب الأول والالتزامات المتزامنة مع عملية التنفيذ في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الالتزامات التنظيمية السابقة على التنفيذ

من الالتزامات التنظيمية السابقة لعملية تنفيذ الصفقة، الالتزام بمعرفة العملاء وتصنيفهم نناقشها في الفرع الأول والتأكد من ملكية العميل للأوراق المالية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الالتزام بمعرفة العملاء وتصنيفهم

الفقرة الأولى: معرفة العملاء

تعد معرفة المعلومات التفصيلية الخاصة بالمستثمر وفقا لما يقرره النظام من الالتزامات الأساسية التي يجب على الوسيط التقيد بها، وهي قاعدة أساسية يتم الارتكاز عليها عند قبول تنفيذ الأوامر أو تقديم النصائح والإرشادات لأي عميل، فمن أجل القيام بهاتين الوظيفتين على أكمل وجه، على الوسيط أن يبذل كل مجهوداته وبطريقة عملية للاطلاع على الحالة المالية والشخصية وكذا

423 -2راجع المادة الثامنة عشر من لائحة الأشخاص المرخص لهم والمتعلقة بالتعامل السابق

424 - عماد حمادي البجاوي-قانون السوق المالية وفق نظام السوق المالية السعودي ولوائحه التنفيذية.م.س.ص151

الغاية من التوظيف لكل عميل من عملائه .لان حصوله على هذ المعلومات تساعده وتسهل عليه تحديد الأوامر الاستثمارية لكل عميل والتي على ضوؤها تقديم مشورته لهم وتنفيذ الصفقات لفائدتهم، كما تساعد الشخص على درء المساءلة القانونية عن المخالفات مهنية التي يقع فيها ويحقق للمستثمر أهدافه الاستثمارية في السوق. ولعل هذا ما جعل المنظم السعودي إلزام الوسيط، قبل تنفيذ أي صفقات أو إجراء أي تعامل الحساب العميل، بالحصول على المعلومات الكافية المتعلقة بالوضع المالي للعميل وأهدافه الاستثمارية وخبرته في سوق المال، إلى غير ذلك من المعلومات المتعلقة بالعميل (1الملحق3،5 من لائحة الاشخاص المرخص لهم). واجاز النظام للوسيط المالي رفض التعامل مع العمل الذي لم يقدم المعلومات المنصوص عليها في الملحق المذكور أو قصر في تنفيذها.(425)

ثانيا: واجب تصنيف العملاء:

في إطار التنظيم القانوني السليم الهادف إلى تسهيل عمل الأشخاص المرخص لهم وحثهم على تلافي ارتكاب المخالفات وبهدف صيانة حقوق المستثمرين، أوجب المنظم السعودي على الوسيط ضرورة تصنيف العملاء بمجرد قبول التعامل معهم. فعلى ضوء جميع التفاصيل والمعلومات التي يحصل عليها الشخص المرخص له من العميل لإعمال الأوراق المالية مع اي عميل أو لحسابه سواء تعلقت بوضعه المالي والبنوك التي يعامل معها واية معلومات أخرى تتعلق بالعميل (426)يجب على الشخص المرخص له، وقبل القيام بأي عمل تصنيف العملاء على إحدى الفئات عميل فرد عميل فرد تنفيذ فقط، وطرف نظير. وبتصنيفه لعملائه يتمكن الشخص المرخص له من تمييزهم بخصوص الخدمات التي يصرح له القانون بتقديمها لكل منهم على ضوء الفئة التي تم تصنيفه فيها. ونتساءل هنا هل يقع على الوسيط التزامه بضمان سلامة العمليات؟

اشترطت بعض القوانين بصورة صريحة (427) على الوسيط في عمليات التداول أن يلتزم بضمان سلامة عمليات تداول الأوراق المالية، خلافاً لما عليه الحال في نصوص نظام السوق المالية السعودي أو اللوائح التنفيذية الصادرة عن هيئة سوق المال خلا من أي إشارة صريحة تفيد بالالتزام الوسيط بسلامة وصحة الصفقة التي يبرمها، باعتباره التزام رئيس على عاتق الوسيط

ويذهب البعض إلى القول أن الالتزام بضمان سلامة العمليات يقصد به التزام شركة الوساطة تنفيذ عملية البيع، وتسليم الأوراق المالية حال كونها بائعة ودفع الأموال إذا كانت مشتريه.(428)

بينما ذهب البعض الآخر الى خلاف ذلك معتبراً أن ضمان شركة الوساطة يقتصر على صحة عملية البيع أو الشراء دون شرط التنفيذ (429).

ومن وجهة نظرنا أن الوسيط يلتزم بضمان سلامة العمليات يقتضي صحة إجراء عملية البيع أو الشراء والاستمرار بإجراءات تنفيذها استكمالاً لتنفيذ التزامه بتقديم كشف حساب عن عمليات

التداول التي يتم تنفيذها لعملاءه، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك معهم.

الفرع الثاني: واجب التحقق من ملكية الأوراق المالية.

كمرحلة تمهيدية لنقل ملكية الأوراق المالية أثناء تداولها، يتوجب على مالك الأوراق المالية المودعة الذي يرغب ببيعها أو بيع أي جزءٍ منها نقل أوراقه المالية من حساباته الخاصة لدى المركز أو تحت سيطرة أي من الوسطاء أعضائه إلى الحساب الخاص به الذي تحت سيطرة الوسيط المالي الذي وجه اليه الأمر بإجراء عملية البيع من خلاله، أو التأكد من وجودها وفقاً للائحة طرح الأوراق المالية. بالمقابل يتوجب على الوسيط المالي وقبل إدخال أي أمر بيع لعميله على نظام التداول التأكد من ملكية العميل للأوراق المالية موضوع الأمر وبأنها غير محجوزة أو مرهونة، ولا يوجد أي قيد على نقل ملكيتها وبالتالي يندرج التزام التحقق من

425 - راجع المادة39 من لائحة الاشخاص المرخص لهم

426 - راجع الملحق 3-5 من لائحة الاشخاص المرخص لهم

427 - المادة (١٨) من قانون سوق رأس المالي المصري، رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢م.

428 عبد الباسط كريم مولود، م.س. ص ٢٦٧

429 - أشرف الضيع، م. س. ص ٤٦٨

ملكية الأوراق المالية ضمن الالتزامات السابقة لعملية تنفيذ الصفقة التي من المفترض أن يقوم بها الشخص المرخص له. وتكمن أهمية هذا التحقق في التأكد من جميع المعلومات والمعطيات التي تخص ورقة مالية معينة كشخص حاملها ومحل إقامته ومدى وجود معارضات بشأنها تخص سرقتها أو ما شابه ذلك.

ويتجه التذكير إلى أن واجب التحقق من ملكية الأوراق المالية يكتسب أهمية خاصة بالنسبة لنوع معين من الأوراق المالية وهي الأوراق المالية لحاملها التي لا تحمل اسم مالكها ويتم تداولها بالتسليم يد بيد وتنتقل ملكيتها دون حاجة الى إثبات التنازل، خلافاً للأوراق المالية الاسمية والتي تحدد مباشرة مالكها بمجرد الاطلاع عليها، فإن الأوراق المالية لحاملها يصعب التحقق من مالكها إلا بعد بذل العناية اللازمة من أجل ذلك. (430)

وتبدو أهمية هذا الالتزام هو تمكين الوسيط من نقل ملكية الأوراق المالية (431)المودعة من حساب العميل البائع لدى الوسيط البائع إلى حساب العميل المشتري لدى الوسيط المشتري بموجب قيود إلكترونية بناء على الملف الإلكتروني للتداول اليومي الوارد لمركز الإيداع من السوق المالية، أو لغرفة المقاصة، وذلك حتى يتمكن الوسيط بعد عملية التداول أو خلالها من نقل الملكية من الحساب الخاص به إلى الحساب الخاص بالشخص المشتري الجديد والتي لا تتطلب الحصول على موافقة الشخص البائع على نقل ملكية الأوراق المالية المعنية

بالإضافة الى ذلك يلتزم الوسيط المالي التأكد من وجود رصيد كافي يوازي قيمة الأوراق المالية في حساب المستثمر قبل البدء بتنفيذ الصفقة لأنه من قواعد التداول لا يجوز للوسيط تنفيذ الصفقة إلا بعد التأكد من وجود الورقة المالية محل الأمر بالبيع أو الشراء في ملكية البائع أو مودعة باسمه في نظام القيد، وبعد التحقق من قدرة المشتري على الوفاء بالثمن أيا كانت صفة العميل وسواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنوياً. وهذا الالتزام يعني واقعيا ضرورة تحقق الوسيط من مدى توفر ثمن الأوراق المالية في حساب المستثمر قبل تنفيذ أوامره حتى لا يرتكب أخطاء في البيع أو الشراء، ويُعتبر هذا الالتزام من الأهمية بمكان بالنسبة للوسيط لأن قواعد التداول تجعله مسؤولا عن أي إخلال في تسليم الأسهم أو عدم سداد المشتري للقيمة. (432)

وتتجلى أهمية التأكد من هذا الالتزام بالأثر المترتب على عدم كفاية الرصيد في حساب المستثمر هو أن عقد التداول يبقى معلقاً بسبب العجز في رصيد الأوراق المالية ، وذلك إذا كان عدد الأوراق المالية المباعة المسجلة في حساب العميل لدى وسيط العميل البائع لا يكفي لتنفيذ عملية البيع، أو إذا كانت الأوراق المالية المباعة مقيدة بقيد ملكية يمنع التصرف بها كأن تكون محجوزة أو مرهونة بالمقابل، وحالة التعليق قد تكون ناتجة عن حالة عجز الوسيط المالي عن تنفيذ أي من التزاماته المترتبة على عقد التداول والتي ترجع إما إلى العجز في رصيد الأوراق المالية أو إلى العجز في السيولة ويتم إبلاغ الوسيط في حال وجود عقود معلقة خاصة به، حيث يتوجب عليه إزالة أسباب التعليق خلال مدة محددة وفي حالة عجزه عن معالجة أسباب التعليق يحق لمركز الإيداع من إلغاء عقد التداول المعلَّق الذي نجم عنه بيع أوراق مالية بعجز، وإعادة ثمن الأوراق المالية للوسيط المشتري نيابةً عن عميله.

المطلب الثاني: التزامات الوسيط المتزامنة مع أمر التنفيذ.

تعد التزامات الوسيط في هذه المرحلة التزامات فنية وهي عديدة تصاحب عملية التنفيذ فقد تكون هذه الالتزامات سابقة لمباشرة التنفيذ نتعرض لها في الفرع الأول، وقد تكون التزامات مصاحبة لأمر التنفيذ نبينها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التزامات الوسيط السابقة لمباشرة التنفيذ

تبدأ عمليات تداول الأوراق المالية في السوق المالية بتلقي الوسيط المالي أوامر من المستثمر، يظهر فيها رغبته في إجراء عملية من عمليات التداول من بيع أو شراء للأوراق المالية، وهنا يمكن القول بأن للوسيط الحرية المطلقة في تنفيذ أو عدم تنفيذ أمر المستثمر الذي يتلقاه إذ يستوي بعد ذلك أن يكون الأمر صادراً من مستثمر جديد أو قديم ومعروف شخصيا للوسيط، كل ذلك مالم يوجد

430 - عماد حمادي البجاوي-قانون السوق المالية وفق نظام السوق المالية السعودي ولوائحه التنفيذية.م.س. ص157

431 - راجع قرار لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية. القضية رقم 45/399تاريخ 2024/7/14 بشأن المنازعات المتعلقة بنقل ملكية الأسهم.

432 - عماد حمادي البجاوي-قانون السوق المالية وفق نظام السوق المالية السعودي ولوائحه التنفيذية.م. س. ص157

أتفاق مخالف او مالم يتعلق الأمر بتصفية تعامل سابق مع مستثمر قديم، عندئذ لا يستطيع الوسيط أن يرفض تنفيذ الأمر وإلا تعرض للمسؤولية. وإذا وافق الوسيط المالي تأدية خدماته للمستثمر فإن حدود العلاقة معه في تنفيذ الأوامر محصورة في حدود أنواع الأوامر التي يصدرها اليه، وكون أوامر المستثمر تعد التزامات بالنسبة للوسيط مصدرها العقد، وعليه سنتعرض لدراسة أنواع الأوامر وتنفيذها في الوقت المناسب في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: أنواع الأوامر

يلعب الوسيط أدوار مختلفة لتحريك أموال العميل واستثمارها في عمليات تداول الاواق المالية وذلك حسب نوع الأمر الذي يتلقاه من العميل والوقت المحدد لتنفيذه نناقش هذه المواضيع في النقاط التالية.

أولاً: أنواع الأوامر

قبل الحديث عن أنواع الأوامر لا بد من تعريف أوامر البيع والشراء، لم تعرف قوانين الأسواق المالية أوامر البيع والشراء ، وترك الأمر للفقه والقضاء، فقد عرفها العديد من الفقها اختلفوا في الصيغ والعبارات إلا ان جل التعاريف تدور حول معنى عام، فمنهم من عرف أمر بيع وشراء الأوراق المالية بأنه " تفويض من العميل للوسيط في أجراء عمليات البيع او الشراء في سوق المال لورقة محددة " ([433]) في حين عرفه البعض الآخر(434)بأنه "الإرادة المحركة للوسيط للقيام بعمليات على أوراق مالية (435)

ومن خلال تكييف العلاقة بين الوسيط والمستثمر وما للوسيط من مركز قانوني خاص يخضع بموجبه لقواعد وأحكام خاصة تفرضها قوانين الأسواق المالية، يمكن لنا أن نعرف أوامر المستثمر بأنها "الأوامر الملزمه الصادرة للوسيط لتحريك أمواله واستثمارها في عمليات تداول الاواق المالية بالبيع أو الشراء بموجب عقد الوساطة وفي حالة إخلاله بتنفيذ هذه الأوامر يعرض نفسه للمسؤولية.

ان التزام الوسيط بتنفيذ الاوامر هو المقابل الذي يحصل عليه المستثمر عوضا من العمولة التي يدفعها للوسيط ، وهذا ما اكدت عليه القوانين المقارنة (436) وبما أن حدود العلاقة بين المستثمر والوسيط في تنفيذ الأوامر محصورة في حدود أنواع الأوامر التي يصدرها اليه فإن هذه الأوامر تتخذ صور متعددة. ضمن شروط معينة من حيث نوع العملية ونوع الورقة المالية وعددها وأية معلومات تتطلبها العملية ومن أهم الأوامر التي يكثر استخدامها في عمليات التداول: -

1- أوامر السوق ([437]) :- وهي أكثر أنواع الأوامر الشائعة الاستخدام وفيها يصدر المستثمر أمراً للوسيط لشراء أو بيع عدداً محدداً من الأوراق المالية فورا ([438]) . على أن يقوم الوسيط بتنفيذ العملية بأفضل سعر على أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام كما يقوم به الشخص الحريص

للحصول على أفضل الأسعار إلا انه غير مقيد بسعر معين وهي تنفذ وفقا لشروط السوق. من

أهم مزايا هذا النوع من الأوامر هي السرعة وضمان تنفيذ العملية، أما بالنسبة لأهم عيوبه فهي أن المستثمر لا يمكن أن يعرف السعر الذي ينفذ به الأمر، كما أن عليه قبول السعر السائد

433 - عبد القوي ماجدة وابختي نزهة، النظام القانوني للوساطة المالية في البورصة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في قانون الأعمال. جامعة أحمد داريه أدرار صفحة 49وعلي فوزي الموسوي، المركز القانوني للوسيط في سوق المال العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد الرابع والعشرون، العدد الأول , 2009م صفحة 116

434 - عمر ناطق يحي الحمداني، الالية القانونية لعمل سوق الاوراق المالية عبر شركات الوساطة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2011م صفحة 248

435 - عاشور عبد الجواد عبد الحميد، دور البنك في خدمة الاوراق المالية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة, 2003م .صفحة 88

436- المادة 65 /ب،ج،و من لنظام الداخلي لسوق عمان المالي والتي وردت في بداية الفصل الرابع تحت عنوان تصرفات الاشخاص والوسطاء ، اذ يقع على الوسيط بموجب نص الفقرة (1) من المادة المذكورة اعلاه عند القيام بتنفيذ الاوامر عدم ابهام وتغرير المتعاملين في الاوراق المالية والا تعتبر تصرفاته باطلة....) ألزمت المادة (263) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال رقم 95 لسنة 1992 الوسيط بإدخال الاوامر الصادرة اليه من المستثمر في الحاسب الالي المتصل بالبورصة بالوسائل المعدة لذلك

437 - منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، ،2002 ص: .125 وبن عزوز عبدالرحمن، دور الوساطة المالية في تنشيط سوق الأوراق المالية. م. س. ص 126

438 - محمد صالح الحناوي، د. نهال فريد مصطفى، مبادئ وأساليب الاستثمار، المكتب الجامعي الحديث , 2002م .صفحة45 وعبد القوي ماجدة وابختي نزهة، النظام القانوني للوساطة المالية في البورصة، م، س ص50

ISSN:2509-0291

2- الأوامر المحددة : وهو أمر شراء أو بيع عدد من الأسهم بسعر محدد , أو هو الأمر الذي يكون فيه السعر الذي يحدده المستثمر هو الفيصل في تنفيذ الصفقة من عدمه (439)وهنا لا ينفذ الوسيط العملية الاّ بالسعر الذي حدده المستثمر مسبقا في هذا النوع من الأوامر يضع العميل سعرا معينا لتنفيذ الصفقة، و بعد ذلك لا يملك الوسيط سوى الانتظار لاغتنام الفرصة و ذلك عندما يصل سعر السهم في السوق إلى السعر المحدد أو أقل منه في حالة أمر الشراء أو أعلى منه في حالة أمر البيع. وعادة ما يضع المستثمر حد أقصى للفترة الزمنية التي يجب أن ينفذ خلالها الأمر وذلك على النحو الذي سيرد عند مناقشة الأوامر التي تجمع بين وقت وسعر التنفيذ.

3- أوامر الإيقاف ويقصد بها أوامر إيقاف الخسارة، ويستخدم أمر الإيقاف لنقل أمر ساري المفعول الى وضعية الإيقاف ويتم إصدار هذا الأمر بواسطة مالك الأمر الأصلي وقد يكون أمر الإيقاف متعلقاً بالبيع يجب على الوسيط تنفيذ أمر البيع إذا وصل سعر السهم إلى المستوى المحدد أو انخفض عنه أو أن الأمر يتعلق بإيقاف الشراء وهنا يجب أن يقوم الوسيط بشراء السهم إذا بلغ سعره مستوى معين أو تعداه. وهنا يقع على عاتق المستثمر ان يحدد سعر الايقاف. فاذا كان الامر يتعلق بالبيع فان سعر الايقاف يجب ان يكون اقل من سعر السوق في وقت اصدار امر البيع ، وبالعكس اذا كان الامر يتعلق بالشراء ، فان سعر الايقاف يكون اكبر من سعر السوق في وقت اصدار الأمر (440)

4- الأمر المفتوح و يقصد به ذلك الأمر الذي يظل ساري المفعول من الناحية الزمنية حتى يتم تنفيذ الأمر او يقرر المستثمر رفضه (441)بمعنى آخر أن تلك الأوامر لا تحدد فيها لشركة الوساطة وقتاً معينا للتنفيذ وتبقى الصفقة متوقفة حتى يصل سعر السوق إلى السعر الذي حدده المستثمر أو سعر أفضل منه. بل يكون الأمر مفتوحا حتى يتم تنفيذه او يقرر المستثمر الغاؤه , ويتطلب لإصدار الأمر المفتوح أن يكون المستثمر على دراية بظروف العرض والطلب للأوراق المالية , وفي هذا النوع من الأوامر تترك الحرية للوسيط في التنفيذ , وغالبا يستخدم هذا النوع من الأوامر في بيع أو شراء كميات كبيره من الأوراق المالية (442) .

ثانياً: التزام الوسيط التنفيذ في الوقت المناسب:

من الالتزامات التي فرضتها لائحة سلوكيات السوق المالي على الوسيط بضرورة التقيد بتنفيذ الصفقة في الوقت المتفق عليه في وثيقة الأمر، (443)وبالتالي قد تكون وقت التنفيذ ومدته مهمة جدا بالنسبة للمستثمر مما يجعله يقرر المرغوب تنفيذ الأمر فيها، فقد يطلب من الوسيط تنفيذ الأمر بالشراء أو البيع في اليوم الذي صدر فيه الأمر لأنه يرى أن هذا اليوم هو الملائم للتعامل في الورقة المعنية . كما قد يأمر بتنفيذ الصفقة خلال الأسبوع الذي حرر فيه الأمر، أو شهر معين مثلا، كما يمكن أن يكون مفتوحا حيث يبقى صالحا إلى أن يتم تنفيذه أو إلغاءه من قبل المستثمر. كما تنص قواعد التداول على أنه حالما يصل العضو إلى اتفاق أو يبت في قرار لتنفيذ عملية ما فيتعين عليه تنفيذها أو بدء العمل على تنفيذها بأسرع ما يمكن عمليا ضمن الظروف المحيطة، واختيار الوقت المناسب للبيع أو الشراء أو التداول يخضع لتقدير الوسيط باعتباره شخص محترف بهذا النشاط ومسؤوليته القانونية والتعاقدية مرتبطة بهذه الصفة، ملتزم بتنفيذ الصفقة لفائدة عميله في الوقت المحدد للتنفيذ بناء على امره وأن تكون الصفقة مخصصة لعميله.

وتتجلى أهمية التنفيذ في الوقت المناسب يفسح للعميل لاستفادة من العامل الزمني للسوق المالية في مرحلة التداول، فاذا تأخر الشخر الوسيط في تنفيذ الأمر فقد يُلحق ضرراً بمحفظة العميل وفقاً للتغير المستمر في الأسعر للأوراق المالية في السوق، وتأخر

439 - منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، 2002، ص: 125. وبن عزوز عبدالرحمن، دور الوساطة المالية في تنشيط سوق الأوراق المالية. م. س. ص 126

440 -محمد صالح الحناوي، د. نهال فريد مصطفى، مبادئ وأساليب الاستثمار، المكتب الجامعي الحديث، 2002م صفحة44

441 - منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، مرجع سبق ذكره، ص .251

442 - أشرف الضبع، تسوية عمليات البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 م صفحة131

443 -راجع القرار الصادر عن لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية في القضية رقم 45/560 تاريخ 1446/1/8هـ المتعلق بإدخال أوامر شراء مخالفة للمادة 48 والمادة الثانية من سلوكيات السوق بهدف التأثير على سعر السهم.

الوسيط في تنفيذ الأمر بتقصيره إهماله قد يفقد العميل فرصة الاستفادة من الأسعار سواء كانت مرتفعة بفصد البيع أو كانت منخفضة قصد الشراء ، وهو ما يعد من قبيل المخالفات المهنية للشخص المرخص له والتي يترتب عليها المسؤولية بتعويض الضرر اللاحق بعميله من جراء تأخر الوسيط في تنفيذ، كقيام الوسيط بتنفيذ أمر شراء بعد انتهاء المدة المحددة أو تأخر الوسيط في تحويل الأسهم من محفظة العميل إلى محفظة أخرى، أو تأخره في تخصيص مبلغ الصفقة.

الفرع الثاني: التزامات الوسيط المصاحبة لأمر التنفيذ.

تتلخص التزامات الوسيط المصاحبة لأمر التنفيذ في مجموعة من الالتزامات نطرحها في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: التزام الوسيط بتنفيذ الصفقة وفقا لتعليمات العميل وشروطه.

ينبثق عن هذا الالتزام ضمن إطاره العام التزامات فرعية نجملها في النقاط التالية.

أولاً: التزام الوسيط بتنفيذ الصفقة وفقا لتعليمات العميل.

طبقاً لقواعد التداول في السوق السعودي بعد أن يتلقى الوسيط أوامر الشراء أو البيع من عملائه الذين بادروا بفتح حساب لديه ، يتعين عليه -الوسيط المالي- الالتزام بتنفيذ أوامر البيع والشراء للورقة المالية وفقا لما حدده المستثمر بموجب الأمر فيما بينهم ، حيث تفرض هذه القواعد على الوسيط تسجيل أوامر البيع والشراء الواردة عليه من العميل والتي تتضمن بعض المعلومات الأساسية منها اسم العميل وهويته وعنوانه، رقم الحساب، نوع الاوراق المالية و عدد الأوراق الكلي الذي يجب على الوسيط شراءه أو بيعه خلال عدد معين من الحصص ، ونوع الأصل المالي، والكمية المطلوبة التي يغطيها الأمر وشروطه والوقت الذي تم فيه استلام الأمر، وبعد تلقي الأوامر من طرف المستثمر لغرض تنفيذها عن طريق المفاوضة، بعد ذلك يقوم بأهم إجراء و هو التأكد من تسوية العملية التي قام بها ،على ان يتم تنفيذ الامر بالوقت المتفق عليه في لوقت المحدد ضمن تعليمات العميل. على ان يتم العملية طبقاً لمبدأ حسن النية كما يقوم به الشخص الحريص وما تفتضيه الأمانة في تنفيذ العقود.

وفي الحقيقة أن أوجه الالتزام بتنفيذ الصفقات وفقا لتعليمات المستثمر عديدة ومتنوعة، ويمكن، على سبيل الذكر لا الحصر، نذكر مها، التزام التقيد بالورقة المالية المحددة في أمر التداول، والتقيد بالعدد والسعر المحدد في هذا الأمر، وعدم بيع أسهم العميل أو تبديل أمر البيع الصادر من العميل إلى أمر شراء أو قيام الوسيط باستقطاع مبلغ من محفظة العميل الاستثمارية بدون موافقته.(444)

ثانياً: أن يتم التنفيذ بأفضل الشروط.

حدد المنظم السعودي في المادة الرابعة عشرة من لائحة سلوكيات السوق واجبا مهنيا على الوسيط المالي اذا تعلق ذلك بتنفيذ أوامر الشراء أو البيع مقابل عمولة يحصل عليها الوسيط ، يتمثل في ضرورة تنفيذ الصفقات، سواء تلك التي يأمر بها العميل أو التي يقوم بها الشخص المرخص له بناء على تقديره، بأفضل الشروط بحيث يحقق أحسن سعر ممكن في الإطار الممكن للتفاوض و تتطلب المفاوضة في الأوراق المالية معرفة دقيقة لأحوال السوق المالية و معلومات وافية عن الورقة المالية محل التفاوض، وذلك حسب الامر الصادر من العميل فقد يتعلق الامر بعدد الأوراق فقد يحدد المستثمر عدد الأوراق المالية التي يرغب في شرائها أو بيعها بعدة طرق مستعينا ببعض الخصوصيات التي يفرضها على الوسيط منها بيع الكل أو لا شيء، تحتم هذه الخصوصية على الوسيط بيع أو شراء العدد المحدد في الأمر كلية و إذا تعذر ذلك يلغى الأمر نهائيا، و لا يتم تنفيذه جزئيا أو عندما يرغب المستثمر في تنفيذ الأمر على دفعات متناسبة مع العدد الكلي الذي يريد شراءه أو بيعه من الأوراق من جهة و متناسبة مع العدد الإجمالي المتداول في الحالات العادية في المالي من جهة ثانية. ، ويمكن له أن يجزئ الأمر، أو أن ينتظر حتى اللحظة المناسبة التي يتحقق فيها أحسن سعر بيع أو شراء للعميل، وهذا يتطلب خبرة كبيرة عن تحركات الأسعار في السوق حتى يتمكن الوسيط من الحصول على افضل الأسعار، ويتم التحقق من تنفيذ هذا الالتزام إذا تأكد بأنه حصل على أفضل سعر على مستوى السوق عند إغلاقه. وفي حالة إخلال الوسط بتنفيذ هذا الالتزام كعدم قيامه بتمكين العميل من شراء الأسهم دون وجود رصيد كاف، مما أدى إلى كشف

444 - عماد حمادي البجاوي-قانون السوق المالية وفق نظام السوق المالية السعودي ولوائحه التنفيذية.م.س. ص161

حساب العميل وغيرها من المخالفات التي تترب عليه مسؤولية التعويض عن الضرر الذي قد يلحق العميل جراء اية مخالفة من هذا القبيل.

الفقرة الثانية: التزام الوسيط إعلام المستثمر بعملية التنفيذ.

بعد تأكد الوسيط من تنفيذ الأوامر وتسوية العمليات التي نفذها بنا على الأوامر التي تلقاها، ينبغي عليه بعد التأكد من هذه العملية التزامه القيام بإعلام العميل بآخر أسعار الأوراق المالية، وبإشعاره بتنفيذ الصفقة وإبلاغ العميل بالتغييرات التي تطرأ على محفظته المالية وهذ ما سنبينه بالنقاط التالية:

أولاً- التزام الوسيط بإعلام العميل بآخر أسعار الأوراق المالية.

على الوسيط المالي إطلاع عميله بكل التفاصيل المتعلقة بالصفقة التي تمت له بناء على طلبه، بما فيها التفاصيل المتعلقة بآخر ما وصلت اليه أسعار الأوراق المالية، وهذا ما نصت عليه قواعد التداول في سوق الأسهم السعودية، التي أوجبت على الأعضاء إبلاغ المستثمرين بأحدث أسعار الأوراق المالية التي يبدون اهتمامهم بها .(445)

ثانياً - التزام الوسيط بإشعار العميل بتنفيذ الصفقة.

الزم المنظم السعودي في المادة السابعة والأربعين من لائحة الأشخاص المرخص لهم الوسيط عند قيامه بتنفيذ صفقة بيع أو شراء ورقة مالية مع عميل أو لحسابه أن يرسل بشكل فوري إلى العميل إشعارًا بتنفيذ تلك الصفقة (446)وذلك إلى العنوان المسجل في وثيقة فتح الحساب، حيث يتم هذا الإرسال في اليوم ذاته من تنفيذ العملية أو اليوم المفتوح الموالي .يحتوي إشعار التنفيذ بصفة عامة على قائمة تتكون من أربع عشرة معلومة وجب أن يتضمنها الإشعار، وتنقسم المعلومات إلى صنفين المعلومات الواجب توفرها في الإشعار بعملية التنفيذ. معلومات متعلقة بالشخص المرخص له وعميله، ومعلومات أخرى متعلقة بعملية التداول وبالورقة المالية على بعض المعلومات منها نوع العملية سواء تعلقت ببيع أو شراء، -عددها -السعر الفردي -السعر الإجمالي، العمولات و المصاريف، -تاريخ تنفيذ العملية، تاريخ التسديد أو التسليم(447)

تعتبر هذه العملية آخر مرحلة للإتمام الكلي لتنفيذ الأمر، حيث يتولى الوسيط في هذه المرحلة مهمة تتبع تسديد المبالغ مقابل الحصول على القيم وتحويلها باسم العميل، أو العكس أي تسليم وتحويل القيم باسم حاملها الجديد مقابل الحصول على رؤوس الأموال اللازمة. فلا بد من تتبع هذا الإجراء والتأكد من أن عمليتي التسليم والتسديد تمتا في الاوقات المحددة،

ولا يعفى الشخص المرخص له من ذلك الالتزام الا اذا كان يتصرف بصفته مديرا وقام العميل بتأكيد عدم اشتراط الحصول على إشعار مكتوب لتنفيذ الصفقات(448)).

وتتجلى أهمية هذا الإشعار بحق العميل في الحصول على جميع المعلومات المتعلقة بمعاملاته المالية مع الوسيط في السوق، وتمكينه من معرفة قدرة الوسيط ومدى التزامه بتنفيذ التزاماته المهنية، وإثارة مسؤوليته القانونية والتعاقدية إذا تطلب الأمر ذلك. وهذا ما بينه قائمة في

ثالثاً - التزام الوسيط بإعلام العميل بالتغييرات التي تطرأ على محفظته المالية.

قد يلجأ الوسيط المالي إلى إدارة المحفظة المالية للعميل بموجب أتفاق فيما بينهم 3يضع بمساعدته خطة استثمارية تلبي أهدافه في هذا المجال، وذلك باتخاذ قرارات استثمارية نيابة عنه ويحدث هذا بالنسبة للمستثمرين من ذوي الخبرة في الشؤون المالية، مع الأخذ بعين الاعتبار حالته المادية. وأن يقوم بتوفير المعلومات عن الأوراق المالية والشركات المصدرة لها وتحليلها وكذلك معلومات حول طريقة تسيير المحفظة والأرباح المحققة وغيرها من المعلومات المفيدة في تسيير المحافظ على أحسن وجه. انطلاقا من ذلك

445 - المادة الخامسة من لائحة الاشخاص المرخص لهم والعشي أسيا وتواتي نصيره ودرقيني أمينة-المركز القانوني للوسيط المالي في عمليات البورصة مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: القانون العام للأعمال، جامعة بجاية.2017الصفحة 49

446 - راجع الفقرة (ب) من لائحة الاشخاص المرخص لهم

447 - راجع الملحق ٥-٥ من لائحة الأشخاص المرخص لهم

448 - الفقرة ب من المادة من لائحة الاشخاص المرخص لهم 47 وعماد حمادي البجاوي-قانون السوق المالية وفق نظام السوق المالية السعودي ولوائحه التنفيذية.م.س. ص163

يترتب على الوسيط التزامه بإعلام عميله وإشعاره بأي تغييرات تطرأ على محفظته المالية بكل التغييرات التي قد تطرأ على محفظته مهما كان سببها وعواملها(449). وأساس هذا الواجب يتمثل في التزام الوسيط باعتباره مهنيا محترفًا، بإعلام عملائه بجميع المعلومات والتفاصيل التي من شأنها تحديد مواقفهم في خصوص

إصدار أوامر التداول وغيرها. ولقد ذهب القضاء المقارن إلى اعتبار أن: «إهمال البنك في إخطار العميل بواقعة بيع الأسهم المملوكة له بطريق الخطأ ثم تدارك الخطأ. قبل البنك بإعادة شراء الأسهم مرة أخرى باسم العميل بإشعار ملكية آخر، فضلا عن عدم إخطاره بأن إشعار

الملكية الذي بحوزته لم يعد له محل، مما ترتب عليه عدم تمكين ارتفاع سعرها لعدم إفادته بعدم ملكيته لها ولسبق بيعها أثره العميل من بيع أسهمه عند ا التزام البنك بتعويضه بشراء أسهم العميل بسعر البيع في التاريخ الذي أبدى فيه رغبته في البيع.(450) وفي حالة انقضاء التفويض من قبل العميل، يوقف الوسيط عمليات الحساب و يتوقف عن القيام بصفقات جديدة ضمن إجراءات الاعلام نظاماً حسب ما ورد بالملحق٥-٥ من لائحة الأشخاص المرخص لهم قائمة في المعلومات الواجب توفرها في الإشعار.

الفقرة الثالثة: التزام الوسيط بتقديم كشف حساب لعملائه.

يلزم المنظم السعودي الوسيط بتقديم حساب عن العمليات التي قام بها الى العميل وهو من أهم الالتزامات التي تقع علي عاتقه وان كان هذا الالتزام تفرضه القواعد العامة بأن يقد حساباً دقيقاً عن كل عملية أجراها لحساب العميل وأن يؤيد هذا الحساب بالمستندات يبين فيها ما تسلمه من نقود لشراء الأوراق المالية وما تحمله من مصروفات في عملية التداول سواء بالبيع أو الشراء من رسوم واتعاب وغيرها، (451) وهذا ما جاء به القانون المصري بالمادة 264 منه والتي نصت على أن " علي الشركة استكمال إجراءات عقد العملية وإخطار البورصة وشركة المقاصة بتنفيذها خلال المواعيد القانونية المقررة ، وعليها إخطار العميل في خلال 24ساعة من تنفيذ العملية التي تمت، علي أن يتضمن الإخطار بياناً تفصيلياً عما تم التعامل عليه من أموال وأوراق مالية وما تم خصمه من عمولات ، وذلك كله دون الإخلال بالتزام الشركة بإرسال بيانات دورية الي عملائها " ، كما يلتزم الوسيط بتقديم كشف حساب دوري للعميل حسبما يتفق عليه الطرفان من المدة الازم تقديمها خلالها كأسبوع أو شهر أو ربع سنوي. وأخيراً يقع علي عاتق الوسيط التزام هام ألا وهو التزامها بتقديم المستندات المؤيدة لكشف الحساب عن المبالغ التي دفعها أو تلك المحصلة من البيع وذلك عند نهاية التعاقد المبرم بينهم، أي تقديم فواتير السداد في حالة الشراء أو البيع من جانبها، وإذا أظهرت العملية الحسابية للوسيط عن وجود مديونية للعميل على الشركة فعليها ان ترد ما في ذمتها من دين لصالح العميل من تاريخ الإعذار وليس من تاريخ المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (452)، وفي حالة عدم التيقن في صحة البيانات المالية الواردة في كشف الحساب ،فإن عبء الإثبات يقع على الوسيط وكون نشاطه يدخل ضمن زمرة الاعمال التجارية يمكن له اثبات صحة حسابته بكل طرق الإثبات ، ونعتقد بأنه لا يحق للعميل الاطلاع علي دفاتر الشركة وسجلاتها لإن ذلك يعد مخالفة لمبدأ السرية، لأن العميل قد يتمكن من الاطلاع علي معاملات الغير، وفي هذه الحالة قد يعترض الوسيط على ذلك، الأمر الذي لا يكون أمام العميل سوى اللجوء الي القضاء حفاظاً على أسرار باقي العملاء لدي الوسيط .

الفقرة الر ابعة: التزام مسؤولية الوسيط اتجاه تابعيه.

تعد الوساطة في مجال الأوراق المالية مهنةً قائمة بذاتها إذ يعمل لدى الوسيط أشخاص تابعون ويعملون لحسابه ضمن إطار علاقة التبعية وتحت مسؤوليته من ذوي الكفاءة والاختصاص .إن الالتزامات المحمولة على كاهل الشخص المرخص له كثيرة ومتنوعة، والعقوبات التي يمكن أن تنج عن عدم احترام هذه الالتزامات عديدة وخطيرة؛ لذلك يقوم الجهاز الوظيفي والإداري للشخص

449 - فليح حسن خلف، الأسواق المالية والنقدية، عالم الكتب الحديث للنشر، عمان، 2006، ص. 100

450 - قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية المصرية من خلال عماد حمادي. م.ص.164

451 - راجع الملحق 6،5 من لائحة الأشخاص المرخص لهم

452 - عاشور عبد الجواد عبد الحميد– النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية – دراسة مقارنة دار النهضة العربية –القاهرة ، بدون تاريخ ص 90 .. هشام أحمد ماهر زغلول – المسؤولية المدنية لشركات السمسرة في الأوراق المالية – الطبعة الأولي – دار النهضة العربية 2013م .س634

المرخص له بدور مهم في مسألة مدى الالتزام بالقواعد النظامية والتنفيذية وفي مسألة المحافظة على حقوق العملاء وسلامة السوق ونزاهته(453). إذ يقوم بعقد عمليات بيع أو شراء الأوراق المالية من خلال السوق المالية و في المواعيد الرسمية و يعتبر الوسيط ضامنا لصحة كل عملية تم تنفيذها(454) إن حسن توزيع المسؤوليات وتحديدها بكل دقة يُعد أهم ركيزة للمحاسبة والمساءلة في صورة ارتكاب المخالفات أو تعمد خرق النظام. ولذلك أوجب المنظم على الوسيط اعتماد نظام واضح في خصوص توزيع المسؤوليات على الأفراد التابعين للشخص المرخص له سواء تعلق الأمر بأعضاء مجلس إدارته أو موظفيه أو حتى شركائه (455).

بعد أن انتهينا من دراسة التزامات الوسيط المالي اتجاه العميل، يمكننا أن نخلص إلى عدد من النتائج والتوصيات والتي نستعرضها من خلال الفقرتين الآتيتين: -

أولا: - النتائج .

1-نظراً للدور الذي يقوم به الوسيط في الأسواق المالية تفرض عليه مجموعة من الالتزامات البعض منها تفرض عليه مردها على اساس العلاقة التنظيمية التي تربطه بالسوق المالية ومنها يعود مصدرها الى العلاقة العقدية مع المستثمر التي ينظمها عقد الوساطة المبرم بينهما.

2- احترام لوسيط إرادة العميل عند تنفيذه أوامره بموجب العقد المبرم بينهم ما دامت هذه الأوامر لا تخالف النظام أو الآداب العامة سواء تعلق الأمر بمحل الأمر أو الثمن أو وقت التنفيذ وغيرها من الأوامر المرتبطة بعملية التداول.

3- يعتبر الالتزام الوسيط بحفظ أسرار المتعاملين لتنفيذ أوامرهم من أهم التزاماته تجاه المستثمرين طبقاً لمبدأ حسن النية.

4-يترتب على الوسيط عند أخلاله بتنفيذ التزاماته المسؤولية العقدية، وتختلف طبيعة المسؤولية بحسب طبيعة الالتزام الذي أخل به، وتعويض العميل المضرور بما يحقق جبر الضرر الذي أصابه ويشمل ذلك الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، سواء كان الخطأ من الوسيط أو أحد تابعيه.

5-التكيف القانوني لعمل الوسيط في الأسواق المالية يعد عملاً تجارياً بحسب طبيعته لأنه يهدف للمضاربة وتحقيق الربح وبالتالي يجب ان يخضع لكافة الالتزامات التي يخضع لها كل تاجر.

ثانيا: - التوصيات.

1- اقترح على المنظم السعودي وضع نص قانوني يشترط فيه على الوسيط المالي ان يضمن تنفيذ أوامر العميل.

2- نقترح تعديل نص المادة 29 من لائحة الأشخاص المرخص لهم التي أوجبت الالتزام بالحفاظ على السرية، إلا انها لم تبين نطاقه على أن يشمل التعديل استكمال مبدأ السرية على النحو الذي من شأنه يمكن بيان النطاق الشخصي والموضوعي لهذا الالتزام.

---

453 - الالتزامات المتعلقة بالموظفين وبأعضاء مجلس الإدارة. تختلف التزامات الأشخاص المرخص لهم تجاه موظفيهم سواء من حيث تعيينهم ورد في الفقرة (أ) من المادة الخامسة والستين من لائحة الأشخاص المرخص لهم والمتمثل في: «وضع إجراءات كافية لتوظيف وتدريب الموظفين والإشراف عليهم وضمان انضباطهم. فمن حيث التوظيف، يتوجب على الشخص المرخص له استقطاب موظفين أكفاء حاصلين على ما تستجوبه من أمانة ونزاهة.

454 - منصور داود، الأليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص. 216

455 - المادة 53 من لائحة الأشخاص المرخص لهم والمتعلقة

3-ضرورة العمل على إدراج المخالفات الناتجة عن تداول الأوراق المالية ضمن اختصاص المحاكم التجارية كون عمل الوسيط يدخل ضمن دائرة الاعمال التجارية وان جل القضايا ناتجة عن إخلال الوسيط المالي بتنفيذ التزاماته.

4- نوصي المنظم السعودي أن يتبني نصوص قانونية صريحة تشير بوضوح إلى نطاق التزامات الوسيط المالي سواء من حيث المضمون وخاصية السرعة في التنفيذ بما يتلاءم مع خصائص العمل التجاري وعدم الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة للالتزامات لتنفيذ عقود التداول.

5- حماية المستثمر من تعسفات الوسيط بوضع نص قانوني يتعلق بالشرط الذي قد يضعه الوسيط المالي في عقود التداول الإلكتروني بعدم مسؤوليته على عدم تنفيذ التزاماتهم العقدية عن أضرار التداول الإلكتروني للأوراق المالية، والنص على قيام مسؤوليته الوسيط عند مخالفته لهذه الالتزامات التكنولوجية ووضع العقوبة التي تتلاءم مع معاملات الأسواق المالية. وفي هذا قضت لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية في القضية رقم88/ 45 بتاريخ 2024/7/9بإعادة المبالغ المالية للمدعي بسبب خلل فني تقني في نظامها الالي.

6- نقترح بأن تترك عملية تحدد عمولة الوسيط لإطراق العلاقة شركة الوساطة والعميل، لأنه قد يحفز الوسيط على تنفيذ التزاماته تجاه عميله التزام الشخص الحريص.

المراجع

أولاً: المؤلفات

1-أشرف الضبع، تسوية عمليات البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 م

2-جمال عبد العزيز العثمان، الافصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 م

3-صالح راشد الحمراني، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، مؤسسة البيان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2004

4-عبد الباسط كريم مولود، تداول الاوراق المالية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة اولى، بيروت – لبنان، 2009م

5-عمر ناطق يحي الحمداني، الالية القانونية لعمل سوق الاوراق المالية عبر شركات الوساطة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2011م.

6-عاشور عبد الجواد عبد الحميد، دور البنك في خدمة الاوراق المالية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة, 2003م.

7-عبد الفضيل محمد احمد: بورصات الأوراق المالية – مكتبة الجلاء بالمنصورة – دون سنة

8-عبد الباسط كريم مولود، تداول الاوراق المالية، دراسة مقارنة، 2009م

9-عصام احمد البهي، الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية في التشريعات العربية، دا الجامعة الجديدة، القاهرة، الطبعة الأولى. 2009

10-عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان, 2009.

11-عاشور عبد الجواد عبد الحميد– النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية – دراسة مقارنة دار النهضة العربية – -- القاهرة – بدون تاريخ

12-منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، 2002.

13-محمد صالح الحناوي، د. نهال فريد مصطفى، مبادئ وأساليب الاستثمار، المكتب الجامعي الحديث، 2002م.

14-محمد يوس ياسين، القانون الصرفي والنقدي، منشو ارت الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى2007

15- محمد حسن عبد المجيد الحداد – السمسرة في الأوراق المالية – دار الكتب القانونية - القاهرة، طبعة 2012
16-محمود محمد الداغر، الأسواق المالية (مؤسسات- - أوراق) بورصات، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، .2005.
17-محمد حسن عبد المجيد الحداد – السمسرة في الأوراق المالية – دار الكتب القانونية - القاهرة، طبعة 2012م
18-محمد تنوير الرافعي – صغار المستثمرين ودور هيئة سوق المال في حمايتهم مقارنة بأسواق المال الأجنبية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة 2007م
19-فليح حسن خلف، الأسواق المالية والنقدية، عالم الكتب الحديث للنشر، عمان، 2000
20-هشام أحمد ماهر زغلول – المسؤولية المدنية لشركات السمسرة في الأوراق المالية – الطبعة الأولي – دار النهضة العربية 2013م.

ثانياً: الرسائل الجامعية

1-العشي أسيا وتواتي نصيره ودرقيني أمينة- المركز القانوني للوسيط المالي في عمليات البورصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: القانون العام للأعمال، جامعة بجاية.2017 الجزائر
2-بن عزوز عبدالرحمن - دور الوساطة المالية في تنشيط سوق الأوراق المالية مذكرة نيل شهادة الماجستير في علوم التسيير. فرع إدارة مالية جامعة منثوري قسنطينة كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير بالجزائر
3-عبد القوي ماجدة وابختي نزهة- النظام القانوني للوساطة المالية في البورصة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في قانون الأعمال. جامعة أحمد داريه أدرار. كلية الحقوق والعلوم السياسية. قسم الحقوق
4--منصور داود، الأليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ،2016

ثالثاً: الأبحاث

1-حسام الدين الاهوانى – مسؤولية شركات السمسرة في الأوراق المالية تجاه عملائها في ظل قانون سوق رأس المال – بحث مقدم الي مؤتمر مسؤولية المهنيين بكلية القانون جامعة الشارقة المنعقد في الفترة من 3- 5 ابريل 2004م
2-عقيل فاضل حمد الدهان التزام الوسيط بالتبصير في عقد الوساطة في سوق الأوراق المالية) دراسة مقارنة (بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق التي تصدر عن كلية القانون – جامعة كربلاء العد الثاني
3-وعلي فوزي الموسوي، المركز القانوني للوسيط في سوق المال العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد الرابع والعشرون، العدد الأول , 2009م
4-صالحة العمري، المركز القانوني للوسيط في عمليات تداول القيم المنقولة في بورصة الجزائر. مجلة الاجتهاد القضائي. العدد 11

رابعاً: القوانين

نظام السوق المالية السعودي رقم (م/30) وتاريخ 6/2/ وتاريخ 1424/6/2 ولوائحه
اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992المصري
قانون الأوراق المالية الأردني رقم 76 لسنة 2002م

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

المحاور الجوهرية للعلامة التجارية

(التعريف، الشروط، التسجيل، الأهداف، الآثار، التصرفات)

Key Aspects of Trademarks

(Definition, Conditions, Registration, Objectives, Effects, and Transactions)

الدكتور : حافظ التاج مختار الحسن

الجامعة السعودية الالكترونية – كلية العلوم والدراسات النظرية – قسم القانون

الدكتور : محمد عبد الله حسن حمد

الجامعة السعودية الالكترونية – كلية العلوم والدراسات النظرية – قسم القانون

المستخلص:

تعتبر العلامات التجارية من العناصر المحورية في الملكية الفكرية، حيث تلعب دوراً حيوياً في كافة القطاعات التجارية والاقتصادية، محلياً ودولياً، وتبرز أهميتها من خلال ارتباطها بالمنتجين ومقدمي الخدمات والمستهلكين والسلع، ويمنح الاعتراف بالعلامة التجارية حقوقاً وامتيازات لأصحابها والورثة، مما يدفع البحث في هذا المجال، أوضحنا أن التشريعات على كافة المستويات الوطنية لم تتفق مطلقاً على محور ما من المحاور المتعلقة بالعلامة التجارية، وأن الاختلاف في المنظور للعلامة التجارية ترتب عليه اختلاف في وجهة النظر، ولكن وبالرغم من التعدد والتنوع في المحاور إلا انها كانت كلها تدور في فلك العلامة التجارية ولم تخرج من ذلك الإطار، وأن الاتفاق على شروط تسجيل العلامة التجارية على كافة المستويات العالمية والإقليمية والدولية، يجنب الخلاف حول الآثار والحقوق والأهداف المتعلقة بالعلامة التجارية، وأوصينا بضرورة تبني التشريعات العالمية والإقليمية والوطنية مرتكزات أساسية لمحاور العلامة التجارية المختلفة، سواء المتعلقة بالضوابط أو الآثار أو الحماية، وأن تعميم ما عليه النظام السعودي في حالة رفض تسجيل العلامة التجارية من قبل الج هات المختصة، حيث لابد أن تكون هناك جهات أخرى لنظر التظلمات الخاصة برفض التسجيل، وأن اعتماد العلامة على التسجيل دون الاستعمال فيه نظر، وكذلك الاعتماد على الاستعمال دون التسجيل فيه نظر، لذلك لابد أن يتوفر العنصرين التسجيل والاستعمال حتى يتم الاعتراف بالعلامة، وكذلك أوصينا بضرورة النظر لأحكام رهن العلامة التجارية وما يستتبع ذلك بمعزل عن المحل التجاري.

الكلمات المفتاحية: العلامة التجارية، المحاور، تسجيل العلامة التجارية، الشروط، التصرفات.

ISSN:2509-0291

Abstract:

Trademarks are considered fundamental elements of intellectual property, playing a vital role in various commercial and economic sectors, both locally and internationally. Their importance is highlighted through their connection to producers, service providers, consumers, and goods. Recognition of a trademark grants rights and privileges to its owners and heirs, which drives research in this area. The research clarifies that national legislation, at all levels, has never fully agreed on a specific aspect of trademark law, resulting in differing perspectives and viewpoints on the matter. Despite this, all these aspects remain centered around the concept of trademarks without diverging from this framework. The study further points out that harmonizing the conditions for trademark registration at the global and regional levels helps avoid conflicts over the effects, rights, and objectives related to trademarks. We recommended the adoption of global, regional, and national legislations that establish fundamental principles for the various aspects of trademarks, whether related to controls, effects, or protection. Furthermore, it is essential to adopt practices similar to those in the Saudi system regarding the rejection of trademark registration by the relevant authorities. In such cases, there must be other bodies responsible for reviewing appeals related to registration refusals. The reliance on registration without use is debatable, as is the reliance on use without registration. Therefore, both registration and use must be present for a trademark to be recognized. Additionally, we recommended the need to examine the provisions related to the pledge of a trademark and its implications, separate from the commercial establishment.

Keywords: Trademark, Aspects, Trademark Registration, Conditions, Transactions.

مقدمة:

تعتبر العلامة التجارية من أهم موضوعات الملكية الفكرية وذلك لدورها الحيوي على الأصعدة التجارية والاقتصادية كافة المحلية والدولية، كما تبدو أهميتها الخاصة من خلال ربطها بأطراف كثيرة، تتمثل في المنتج أو التاجر مقدِّم الخدمة، إضافة إلى المستهلك وحتى البضائع نفسها، بالإضافة لذلك لما يترتب على الاعتراف بها من حقوق وامتيازات سواء لمالكها أو لمن آلت اليه بكافة أشكال وأنواع التصرفات، فكل ما ورد يعطي حافزاً وتشجيعاً للكتابة والبحث في مثل هذه الموضوعات.

لذلك، ستكون موضوعات الورقة البحثية هذه تتمثل في ثلاث مباحث رئيسة، المبحث الأول **تعريف العلامة التجارية وشروط تسجيلها**، وهذا المبحث يحتوي على مطلبين المطلب الأول يتناول تعريفها، سواء كان من الناحية اللغوية أو ما ورد في القوانين وفي النظام السعودي. والمطلب الثاني ينفرد بتفصيل الشروط المطلوبة لتسجيل العلامة التجارية الموضوعية والشكلية، مع الإشارة الى أن العلامة التجارية لن تجد طريقها للقبول من قبل الجهات المختصة الا بعد توافر هذه الشروط المقررة، فوجود البعض منها ليس كافياً من الناحية النظامية سواء الموضوعية أو الشكلية.

أما المبحث الثاني **أهداف و أثار تسجيل العلامة التجارية**، وأيضاً هذا المبحث يشتمل على مطلبين، فالمطلب الأول فهو يتحدث عن أهداف وغايات العلامة التجارية، كوسيلة مهمة من وسائل حماية المستهلك ومالك العلامة أو وسيلة للدعاية وخلق المنافسة المشروعة بين المنتجين، أما المطلب الثاني فانه يحتوي على أثار تسجيل للعلامة التجارية، حيث أن هذه الآثار منها ما هو متعلق بالحقوق بالنسبة لمالكها أو لغيره، وأحياناً من الأثار ما يجعل العلامة حجة له أو على غيره.

وأما المبحث الثالث **التصرفات التي ترد على العلامات التجارية**، وهذا المبحث كغيره من المباحث يحتوي على مطلبين، المطلب الأول يتناول التصرف بالتنازل أو الرهن للعلامة التجارية، باعتبار أن مثل هذه التصرفات تعتبر لها الأسبقية والأولوية في بيان أوجه التصرفات الأخرى، والمطلب الثاني يشرح التصرف بالاستعمال والاستغلال للعلامة التجارية، مع توضيح الضوابط الخاصة بمثل هذه التصرفات والنتائج التي تترتب عليها.

مشكلة البحث:

تصاغ مشكلة البحث من خلال السؤال الرئيس **"ما المقصود بالعلامة التجارية؟**

تساؤلات البحث:

1. ماهي العلامة التجارية؟ وما هي شروط تسجيلها والاعتراف بها؟
2. ما الهدف من تسجيل العلامة التجارية؟ وما هي الآثار التي تكون نتيجة للتسجيل؟
3. ما هي التصرفات الواردة على العلامة التجارية؟ وما هي شروط صحة هذه التصرفات؟

أهمية البحث:

تكمن الأهمية العلمية للبحث في الاضافة للمكتبة القانونية بالمزيد من الموضوعات القانونية المتعلقة بالعلامة التجارية، بالإضافة الى اثراء الثقافة العامة عن العلامة التجارية من خلال تسليط الضوء على أهم النقاط والمحاور الجوهرية التي تخص العلامات التجارية، من التعريف والإجراءات والتسجيل والاثار المترتبة عليه، والأهداف المرجوة من التسجيل والحقوق المترتبة عليه، مع التركيز على التصرفات التي تسري على العلامة التجارية وضوابط صحة هذه التصرفات.

أما الأهمية العملية تكمن تسليط الضوء على المحاور الجوهرية للعلامة التجارية والتي تشمل التعريف، الشروط، التسجيل، الأهداف، الآثار، التصرفات التي ترد على العلامة التجارية.

اهداف البحث:

يهدف هذا البحث بشكل أساسي إلى بيان المحاور والمعلومات الأساسية للعلامة التجارية، ويتفرع عن هذا الهدف مجموعة من الأهداف الفرعية وهي:

1. شرح مفهوم العلامة التجارية وبيان شروط تسجيلها.
2. تحديد الأهداف للعلامة التجارية، وتوضيح الآثار المترتبة على تسجيلها.
3. الوقوف على أنواع التصرفات الجائزة في العلامة التجارية وتوضيح القيود النظامية لصحة هذه التصرفات.

منهج البحث:

في هذه الورقة البحثية تم الاعتماد على المنهج الاستقرائي، بغرض الوصول الى المعلومات القانونية الأساسية والجوهرية من أجل التوصل إلى نتائج واضحة وميسرة، ووقفت في هذه الورقة العلمية على ماهية العلامة التجارية إلى جانب القيود الواردة بالعلامات التجارية، بالإضافة إلى بيان الأثار المترتبة على تسجيل العلامة التجارية، وتم ختم الموضوع الدراسة ببيان وشرح بأنواع التصرفات التي تجري على العلامة التجارية.

خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم العلامة التجارية وشروط تسجيلها.

المطلب الأول: مفهوم العلامة التجارية.

المطلب الثاني: شروط تسجيل العلامة التجارية.

المبحث الثاني: أهداف و أثار تسجيل العلامة التجارية.

المطلب الأول: أهداف التسجيل.

المطلب الثاني: أثار تسجيل.

المبحث الثالث: التصرفات التي ترد على العلامة التجارية

المطلب الأول: التصرف بالتنازل والرهن

المطلب الثاني: التصرف بالاستعمال والاستغلال

المبحث الأول

تعريف العلامة التجارية وشروط تسجيلها

التشريعات على كافة المستويات العالمية والإقليمية والوطنية لم تتبنى تعريفاً موحداً يمكن الاعتماد عليه في تحديد مفهوم العلامة التجارية ، لذلك نجد هنالك العديد من الآراء التي قد تختلف في تعريف العلامة التجارية سواءً على المستوى الدولي أو على المستوى الإقليمي و الوطني ، والسبب في الاختلاف في التعريف لاختلاف المنظور الذي يرى الشخص منه العلامة التجارية ، فالاختلاف في المنظور ترتب عليه الاختلاف في وجهة النظر وعلى ضوء ذلك حدث الاختلاف في التعريف ، ولكن وبالرغم من التعدد والتنوع في التعريفات إلا انها كانت كلها تدور في فلك العلامة التجارية ولم تخرج من ذلك الإطار ، فبالتالي يمكن اعتبارها حافظة لحقوق المستهلك ومالك العلامة ، وكذلك تضمن المنتج للمستهلك من خلال مساعدته في منع الاختلاط والتضليل للسلع أو الخدمات بما يشابهها في السوق، وفي نفس الوقت أنها تحمي صاحب العلامة من التعدي على حقوقه المترتبة على التسجيل وفق الاشتراطات والضوابط القانونية، وبالتالي ذهبت العديد من التشريعات لحماية المكتسبات المتعلقة بالعلامة التجارية وفي مقدمة هذه النظم والتشريعات النظام السعودي والذي أشار الى ضرورة حفظ حقوق أصحاب العلامات بعد أن وضح لهم الاشتراطات والإجراءات وذلك بإصداره نظام العلامات التجارية للعام 1423هـ.[456]

المطلب الأول

مفهوم العلامة التجارية و أنواعها

إن للعلامة التجارية أهمية كبيرة لكافة أطراف العلاقة التجارية والاقتصادية وفي مقدمتهم المستهلك؛ كما أنها تمثل حماية للتاجر، مع بيان جودة البضاعة أو الخدمة للمستهلك، ومن هنا تكمن أهمية التفرقة بين العلامات التجارية في كافة الخصائص والأشكال، لأن خاصية التميز هي الخاصية التي يكمن بها المقصد والهدف من تسجيل العلامة التجارية حيث أنه لا فائدة من وجودها إن لم تميز السلع والخدمات والبضائع عن شبيهاتها ونظائرها من السلع والخدمات والبضائع، فكل ذلك لا يمكن الوصول إليه إلا بعد الوقوف على مفهوم العلامة لغوياً واصطلاحياً وقانونياً.

الفرع الأول: تعريف العلامة التجارية

حتى يتم الوصول إلى المفهوم والمقصود من العلامة التجارية، فإن ذلك لن يتم إلا بأمرين:

الأول: أن نفكك المصطلح المركب (علامة تجارية)، حيث نعمل على تناول لفظ (العلامة)، ثم لفظ (التجارية) كل على وحدا.

الثاني: الوقوف على التعريف اللغوي ثم التعريف في النظام السعودي.

أولاً/ تعريف العلامة التجارية في اللغة:

تعريف (العلامة) لغة: تعني السمة والصفة والعلم والمنار، ومنهم من قال إن العلامة والعلم هو كل شيء ينصب في الأماكن الخالية لتهتدي به الضالة، تعني تقدير بالأرقام يقوم به الأستاذ اجتهاد طالب أو معرفته أو سلوكه أو نحو ذلك.[457]

ومنهم من أطلق لفظ الأعلام على الجبال، ولقد جاء استخدام القرآن للفظ (الأعلام) بهذا المعنى، وذلك في قوله تعالى: (وَلَهُ الْجَوَارِ الْمُنشَآتُ فِي الْبَحْرِ كَالْأَعْلَامِ)[458].

456 - نظام العلامات التجارية السعودي، وقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 28 / 5 / 1423هـ.

457 - د. أنور أحمد حمرون – الملكية الفكرية (دراسة مقارنة وفقا للاتفاقيات والمعاهدات الدولية والقوانين السودانية – الطبعة الرابعة – 2015م.

458 - سورة الرحمن -الآية 24.

تعريف (التجارة) لغة: يقال بالقياس على الماضي: تجر، وبالمضارع والمستقبل (يتجر)، والصفة (تجرا) و(تجارة)، واسم الفاعل من ذلك (تاجر)، واسم الجمع منه (تجّار)، ومنهم من قال: (تُجُر)، ويقال أيضا: ناقة تاجرة، إذا كانت نافقة459، وقال الفيروز آبادي: التاجر هو الذي يبيع ويشتري، ويقال: تجر يتجر وتجرا: وتجارة إذا باع أحدهم أو اشترى.[460]

وهي رمز يلصق على البضائع لتميزها عن البضائع الأخرى وبالتالي فهي (كل أثر في الشيء للدلالة عليه ومعرفته وتمييزه عن غيره، وهي مشتقة من العلم ومثل ذلك الدولة للدلالة عليها وتمييزها.[461]

ثانياً / تعريف العلامة التجارية في الاصطلاح:

هناك من عرف العلامة التجارية بأنها إشارة يستخدمها مقدم المنتج أو الخدمات أو التاجر لتمييز منتجاته عن منتجات غيره (هي كل إشارة، أو دلالة يضعها التاجر، أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها، أو صنعها لتميزها عن غيرها من السلع المماثلة، لتمكين المستهلك من التعرف على حقيقة مصدرها أينما وجدت.).[462]

ومنهم من قال بأنها (كل إشارة أو دلالة أو رمز يضعه التاجر أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها، وتهدف إلى تيسير التعرف على مصدر بيع المنتجات أو صنعها بحيث لا تختلط بغيرها من المنتجات المماثلة في الأسواق مما يساعد على سهولة التعرف عليها من قبل المشتري أو المتعاملين معها).[463]

ومنهم من عرفها بأنها (وسلة المشروع الاقتصادي لتميز منتجاته، أو خدماته عن غيرها من المنتجات، أو الخدمات للمشروعات الأخرى المتماثلة ويتحقق ذلك من خلال استعمال إشارات أو علامات مميزة تلتصق بذهن مستهلكي هذه الخدمات أو طالبي المنتجات فتؤدي إلى رواج هذه السلعة، أو الخدمات رواجاً كبيراً بقدر قيمة العلامة التي ترتبط بها).[464]

ثالثاً / تعريف العلامة التجارية في النظام السعودي:

قد عرف نظام العلامات التجارية السعودي العلامة التجارية بأنها: "الأسماء المتخذة شكلًا مميزًا أو الإمضاءات أو الكلمات أو الحروف أو الأرقام أو الرسوم أو الرموز أو الأختام أو النقوش البارزة، أو أي إشارة أخرى أو أي مجموع منها تكون قابلة للإدراك بالنظر وصالحة لتمييز منتجات صناعية أو تجارية أو حرفية أو زراعية أو مشروع استغلال للغابات أو ثروة طبيعية، أو للدلالة على أن الشيء المراد وضع العلامة عليه يعود لمالك العلامة بداعي صنعه أو انتقائه أو اختراعه أو الاتجار به، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات".[465]

الملاحظ أن المشرع السعودي قد أخذ بالمفهوم الواسع للعلامة التجارية ولم يقتصر فقط على ذكر علامات البضائع والمنتجات، كما هو الحال في العديد من التشريعات العربية ، ويظهر ذلك الاختلاف في أضافته علامات الخدمة التي لا تقل أهمية عن غيرها من العلامات الآخرى وهذا في حد ذاته يشكل نوعاً من أنواع التميز، وبناءا على ذلك يمكن القول بأن العلامة التجارية تعد كل إشارة أو دلالة يتخذها التاجر بنفسه على المنتجات التي يقوم بعرضها وذلك لهدف تمييز منتجاتها عما يتشابه معها من سلع المتواجدة بالسوق ولكن بشرط ألا تكون مخالفة للنظام العام في الدولة. [466]عموماً ومن ضمن الأشياء التي يجب مراعاتها في إطار تعريف العلامة التجارية أهميتها بالنسبة للمستهلك، حيث أنه لو لم يؤخذ بعين الاعتبار فلن تنجح تلك العلامة التجارية،

459 - الجوهري -الصحاح -الطبعة الثانية -طبعة دار العلم للملايين -بيروت-1399هـ.

460 - مجد الدين الفيروز آبادي -من دون تاريخ طبعه -القاموس المحيط -المكتبة التجارية -مصر.

461 - د. علي العريف – شرح القانون التجاري المصري – الجزء الأول – الطبعة الثانية – 1959م – القاهرة – صفحة 547.

462 - د. سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية – دار النهضة – مصر –1996م - ص 283.

463 - صلاح الأسمر – دراسة تحليلية لقانون العلامات التجارية الأردني – 1952م ص 78، نقلاً عن عادل شمس الدين محمد-العلامات التجارية – شركة مطابع السودان للعملة – 2008م – ص 23.

464 - ميثاق طالب الحسناوي – الحقوق الناشئة عن العلامة التجارية ووسائل حمايتها – مجلة جامعة كربلاء العلمية – المجلد الخامس عشر – العدد الثاني – 2017م – ص187.

465 - المادة (1): نظام العلامات التجارية السعودي، وقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 28 / 5 / 1423هـ.

466 - المادة (2): نظام العلامات التجارية السعودي، وقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 28 / 5 / 1423هـ.

فكان لزاماً يجب أن يفكر التاجر بأن تكون هنالك رابطة بين العلامة والمستهلك بحيث تجعله يرتبط بها دون غيرها من العلامات الأخرى المشابهة حتى وأن رفع التاجر سعره.[467]

الفرع الثاني: أنواع العلامة التجارية:

تتنوع العلامة التجارية إلى عدة أنواع حسب نوع النشاط التجاري التي تؤدي وظيفتها فيه لتمييز

المنتجات أو السلع أو الخدمات المقدمة عن مثيلاتها، والتنوع الذي تنوعت فيه العلامة التجارية لم يكون بسبب التشريعات أو القوانين المختلفة التي نظمتها، إنما كان ذلك بسبب تطور الجانب التجاري والتكنلوجي الذي أدى الى ظهور عدد من الابتكارات المتعددة التي أنتجت أنواع من العلامة التجارية، ومن المتعارف عليه أن العلامة التجارية وان تعددت أنواعها الا أنها تكون مملوكة لشخص واحد، وقد تكون العلامة متعدد بعدد السلع ولكن تكون منتجة من جهة واحدة، كذلك قد تكون العلامة واحدة لسلع متعددة لكن تنتج من قبل شركة واحدة.[468]

هنالك تقسيمات كثيرة ومتعددة للعلامة التجارية، تلك التقسيمات والأنواع قائمة على عدة معايير، فمن حيث معيار الاستعمال تصنف إلى علامة تجارية مانعة واحتياطية فالاحتياطية لا تستخدم في الوقت الحالي من التاجر، إنما يتم ادخارها للمستقبل، أما عن العلامة التجارية المانعة فذلك يعني أن الغرض منها هو منع منافسي السوق من استخدام علامات تتشابه مع العلامات الخاصة به أو حتى من تسجيلها.[469]

وأما من معيار الملكية فتتعدد وتتنوع العلامة التجارية ما بين علامة فردية وعلامة جماعية، وبالتالي فالعلامة الفردية هي العلامة التي تعود لشخص أو شركة ما، وأما العلامة الجماعية فهي تعود لأكثر من جهة فقد يكون ملك لمؤسسات أو نقابات.[470]

وأيضا هنالك تنوع وتعدد للعلامة التجارية وفق معيار الشكل، لذلك أجازت التشريعات الدولية والوطنية كافة أن يكون شكل العلامة أيا من الأشكال، سواء كانت كلمات أو أسماء أو أسماء مستعارة أو رموزا أو ماركة أو حروفا أو أرقاما أو شعارات أو إمضاءات أو أيا من الأشكال، لكن يشترط في هذه الأشكال أن تكون جديدة وموضوعية، ومشروعة بمعنى ألا تخالف النظام العام والآداب العامة.

وأيضاً ووفق معيار الطبيعة تنقسم العلامة التجارية الى العلامة الضوئية وعلامة الرائحة وعلامة الخدمة وثلاثية الأبعاد فهي أيضا يتم تسجيلها وحمايتها بالقانون؛ وبالتالي يمكن القول بأن الرسم أو العلامة أو حتى الخليط منهما قد يعتبر علامة تجارية وذلك ما قضت أخذ به القضاء المصري، حيث جاء في حكم المحكمة القضاء الإداري أنه "يصح أن تكون (العلامة) سلعة مصنوعة كما هو الحال في الأوعية والأغلفة التي تعبأ فيها منتجات صناعية ما دام أن للعبوة شكلاً مميزًا".[471]

وبذلك اتجه الفقه الى إجازة تسجيل شكل الأغلفة المحيطة بالسلعة نفسها إن كانت مميزة ولكن لا يمكن تسجيل شكل السلعة ذاتها كعلامة تجارية، وإنما ممكن حمايتها وفق القواعد التي تختص لحماية الرسوم والنماذج الصناعية.[472]

وهنالك معيار آخر لتقسيم للعلامات التجارية وهو معيار الغاية والهدف، وعلى أثر ذلك تقسم العلامة التجارية الى علامة الصنع ويقصد بها العلامة التي يضعها الصانع على المنتجات الصناعية مما يعطيها مظهرًا مميزًا، وعلامة التجارة وهي العلامة المميز للتاجر ذاته. بينما علامة الخدمة فهي العلامة المميزة للخدمات ومقدمها.[473]

---

467 - محمد الخشروم-وسليمان علي-أثر الفرق المدرك والجودة المدركة على ولاء المستهلك للعلامة التجارية – سوريا -مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية -م27 -ع4-2011 -ص68.

468 أ. هاشم عبدالمحسن هاشم آل دوخي – أنواع وأشكال العلامات التجارية في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية – مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية – العدد 53 – أبريل 2023م ص331

469 - محمد احمد عبد الحميد مبارك-العلامة التجارية وطرق حمايتها وفق القوانين النافذة في فلسطين -رسالة ماجستير-فلسطين-جامعة النجاح-2006م -ص10-13.

470 - ميسة عبد الوهاب-وسعداني كمال -حماية العلامات التجارية في القانون الدولي-رسالة ماجستير -الجزائر-جامعة الشهيد حمه لخضر-2017م -ص14.

471 - حسام الدين عبد الغني -الجديد في العلامات التجارية-مصر -دار الفكر الجامعي -ص53.

472 - محمد احمد عبد الحميد مبارك-مرجع سابق، ص13-10.

473 - ميسة عبد الوهاب -وسعداني كمال -مرجع سابق -ص12-13.

وآخر هذه المعايير هو معيار الانتشار وبناء على ذلك المعيار تنقسم وتصنف العلامة التجارية الى ثلاث علامة عادية ومشهورة وشبه مشهورة.

المطلب الثاني

شروط تسجيل العلامة التجارية

يتناول هذا المطلب الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لتسجيل العلامات التجارية، وفقاً لنظام العلامات التجارية، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية:

وضعت التشريعات العديد من الشروط الموضوعية للعلامة التجارية حتى يتم الاعتراف بها، وحتى تؤدي دورها في الوظائف التي استحدثت من أجلها العلامة التجارية، من هذه الشروط القابلية للإدراك عن طريق النظر والجدة بالإضافة الى التميز والمشروعية، إذا وجدت وتوفرت هذه الشروط أصبح أمر تسجيلها متوقف على توفر الشروط الشكلية، وإذا انعدمت هذه الشروط كلها أو بعضها أعتبر وجودها كأن لم يكن.

الشرط الأول / قابليتها للإدراك والإبصار بالنظر:

حيث يجب أن تكون العلامة التجارية قابلة للإدراك بمعنى أن يكون هنالك ما يعطيها هوية مختلفة عما يماثلها من علامات أخرى، وقد أخذت بهذا الشرط العديد من الدول، وفي مقدمتها المملكة العربية السعودية، حيث اشترطت في نظامها أن تكون العناصر الداخلة في تكوين العلامة التجارية يمكن إدراكها بصورة واضحة عن طريق الإبصار.[474]

والغاية من اشتراط ذلك الشرط حتى يتمكن المستهلكين من التعرف على العلامات بسهولة ويسر، وفي نفس الوقت حتى يتمكن أصحاب العلامات حماية أنفسهم من المنافسين الذين يقدمون خدمات أو سلع مشابهة في حال تم التعدي على حقوق الأول وذلك ما يسمى بالصفة المميزة الذاتية.

الشرط الثاني / الجدة:

يعتبر شرط الجدة من أهم الشروط الموضوعية اللازم توافرها في العلامة التجارية، ويقصد بالجدة أن تكون العلامة لم يسبق استعمالها أو تسجيلها من قبل، وعنصر الجدة نسبي وليس مطلقاً بحيث يكون مقتصر فقط على حدود الدولة أي يجب أن تكون العلامة جديدة داخل الدولة ولم يسبق أخذها في نفس المجال من قبل وبالنسبة للاختلاف يجب ألا يقع المستهلكون بالحيرة وبالتالي يجدر بها ألا تكون متشابهة لتلك الدرجة.[475]

وتقدير الجدة يكون بالنظر إلى مجموع عناصرها كوحدة واحدة، فبالتالي ليس هناك اشتراك بعض العناصر المكونة لعلامة ما مع عناصر مكونة لعلامة أخرى، فشرط الجدة وإن كان نسبيا إلا أنه مقيد من حيث نوع المنتجات والمكان والزمان.

الشرط الثالث / التميز:

المقصود بالتميز هي " أن تكون ذات شكل مميز، ولها طابع أصيل، وذاتية خاصة تميزها عن غيرها من العلامات الأخرى المخصصة لمنتجات أو خدمات مماثلة أو مشابهة.[476]

والمقصود بالتميز أن تكون العلامة مميزة للبضائع والسلع والخدمات التي تحملها عن غيرها من البضائع الأخرى، وبمعنى آخر أن تكون للعلامة ميزة وأصالة ذاتية تكفي لتجعل منها تمييزا للمنتجات والسلع والبضائع والخدمات، وقد جاء هذا الشرط في اتفاقية

474 - المادة 1 من نظام العلامات التجارية السعودي.

475 - ميسة عبد الوهاب، وسعداني كمال، مرجع سابق، ص16.

476 د. محمد حسني عباس الملكية الصناعية – دار النهضة العربية – القاهرة – 1971م – ص307

(التربس) التي جاء فيها: (تعتبر أي إشارة أو مجموعات إشارات تتمتع بتمييز السلع أو الخدمات التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية)[477]

واشتراط هذه الصفة أمر أساس حتى تؤدي العلامة التجارية الغرض من استخدامها في تمييز المنتجات لجمهور المستهلكين وتمكينهم من التعرف على السلع والبضائع والخدمات التي يفضلونها بما تحمله من علامة مميزة، لذلك فالقاعدة الأساسية في اعتماد وتسجيل العلامة التجارية من عدمه أن تكون تلك العلامة ذات صفة مميزة، وألا تكون مشابهة أو مطابقة لعلامة تجارية لشخص آخر، فهذا ما أشار اليه النظام السعودي بقوله "لا تعد ولا تسجل علامة تجارية الإشارات الخالية من أي صفة مميزة والتي تعد وصفا لخصائص المنتجات أو الخدمات أو تكون مجرد أسماء عادية يطلقها العرف على المنتجات أو الخدمات"[478].

الشرط الرابع / المشروعية:

تكون العلامة غير مشروعة إذا ما خالفت نصاً قانونياً آمراً، أو جاءت مخافة للنظام العام والآداب العامة.[479]

كما يشترط ألا تخالف الأحكام الشرعية والنظام العام في السعودية، كما يشترط ألا تكون العلامات مما يحتمل به تضليل المستهلكين أو الاحتيال عليهم. وقد أقر ذلك في نظام العلامات التجارية السعودي في المادة الثانية منه، إذ تضمن الحالات التي لا يجوز فيها تسجيل العلامات التجارية، وهي:[480]

1. العلامات الخالية من أية صفة مميزة.
2. العلامات أو الإشارات المخلة بالدين أو المطابقة لرمز ذي صبغة دينية.
3. كل علامة أو تعبير أو إشارة أو رسم تخالف النظام العام أو الآداب العامة
4. الشعارات العامة والأعلام وغيرها من الرموز والأسماء أو التسميات الخاصة بالمملكة.
5. رموز الهلال الأحمر أو الصليب الأحمر وغيرها من الرموز الأخرى المشابهة.
6. صور الآخرين أو أسماؤهم ما لم يوافقوا هم أو ورثتهم على استعمالها.
7. العلامات التيّ تشمل ألفاظاً مثل امتياز، مسجل أو حقوق الطبع أو ما شابه ذلك.
8. العلامات المطابقة أو المشابهة للعلامات ذات الشهرة العالمية ولو كانت غير مسجلة بالمملكة.
9. البيانات الخاصة بدرجات الشرف.
10. الشارات والدمغات الرسمية للمملكة.
11. البيانات التي من شأنها أن تضلل الجمهور.
12. العلامات المملوكة لأشخاص يحظر التعامل معهم.
13. الإشارات المطابقة أو المشابهة لعلامات تجارية سبق إيداعها أو تسجيلها.

وقد ذهبت بعض الاتفاقيات إلى إعطاء الدول الأعضاء في الاتفاقية حق تضمين في قوانينها حظر الرموز والأشكال الأخرى بخلاف المذكورة في هذه الاتفاقية، لكن بشرط عدم الانتقاص والتعدي على أحكام المعاهدة التي حظرت تسجيل بعض الأشكال كشعارات الدول الأعضاء والمنظمات الدولية والحكومية.[481]

477 - اتفاقية التربس، وقعت هذه الاتفاقية بمدينة مراكش في1994/11/15م ودخلت حيز التنفيذ في الأول من يناير 1995م وتسميتها اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية لسنة 1994م

478 - المادة الثانية من نظام العلامات التجارية السعودي -1423هـ.

479 د. صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنياً ودولياً – الطبعة الأولى – دار الثقافة للنشر – عمان – 2005م. ص 258

480 المادة (2): نظام العلامات التجارية السعودي، وقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 28 / 5 / 1423هـ.

481 - اتفاقية التربس (مرجع سابق).

تجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يوجد معيار ثابت لتحديد النظام العام والآداب العامة، فهو يختلف من دولة لأخرى، فالعلامة التي تمس بعض الجرائم الدينية في دولة ما قد لا تكون كذلك في دولة أخرى[482]

الفرع الثاني: الشروط الشكلية:

اولاً/ إجراءات التسجيل:

ويتم تسجيل العلامات التجارية من خلال تقديم طلب إلى وزارة التجارة السعودية، لتقييد العلامة في سجل العلامات التجارية، وذلك بعد توفر جميع الشروط المطلوبة،483 وتتولى الوزارة البحث في طلب التسجيل خلال (60) يوم للبحث في استيفائه لاشتراطات والإجراءات المطلوبة، ولها فرض التعديلات والاشتراطات لمنع اختلاطها بما يشابهه من علامات التجارية.[484]

وفي حال قبول العلامة فيتم الإعلان عنها في نشرة الجريدة الرسمية ويقوم طالب التسجيل بدفع تكاليف الإعلان ولكل ذي مصلحة الاعتراض على تسجيل العلامة خلال 90 يوم من تاريخ الإعلان.[485]

وفي حين استيفاء الطلب يحصل صاحب العلامة التجارية المرخصة على حمايته لمدة عشر سنوات وله أن يكفل استمرار الحماية لمدد متتالية كل منها عشر سنوات إذا قدم طلبا بتجديد تسجيل العلامة خلال السنة الأخيرة من مدة الحماية السارية أو بعد 6 أشهر، وفي حال عدم التجديد يتم شطب العلامة التجارية من السجل.[486]

أما في حالة رفض تسجيل العلامة التجارية من قبل الجهات المختصة، فهناك جهة آخرى معتمدة في النظام السعودي لنظر التظلمات الخاصة برفض التسجيل.

ثانياً / أصحاب الحق في العلامة التجارية:

حدد نظام العلامات التجارية الأشخاص المخول لهم تسجيل العلامات التجارية في المملكة وذلك وفقاً للآتي:[487]

1. الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون المتمتعون بالجنسية السعودية.
2. الأشخاص المقيمون في المملكة عادة والمصرح لهم بمباشرة عمل من الأعمال التجارية أو الأعمال الحرفية.
3. الأشخاص المنتمون إلى دولة تعامل المملكة بالمثل.
4. الأشخاص المنتمون إلى دولة عضو في اتفاقية دولية متعددة الأطراف تكون المملكة طرفا فيها أو يقيمون في تلك الدولة.
5. المصالح العامة.

ثالثاً / أشكال العلامة التجارية:

1/ الكلمات: يقصد بالكلمات التي يمكن أن تكون علامة تجارية للبضائع والسلع والخدمات: التسميات التي يستخدمها التاجر أو مقدم الخدمة أو البضائع لتمييز بضائعه أو خدماته أو منتجاته عن مثيلاتها، فهذه الكلمات التي يمكن استخدامها كعلامة تجارية اشترط القانون فيها الجدة والابتكار.[488]

2/ الحروف والأرقام: أجاز القانون أن تكون العلامة التجارية حروفاً أو أرقاماً، بشرط اتخاذها بصفة مميزة، فمثال الحروف استخدام (mbc) لمجموعة القنوات الفضائية المعروفة، وكذا استخدام (BMW) ماركة لتمييز لسيارات الألمانية وكذلك (GMC)

482 د. نوارة حسين – الملكية الصناعية في القانون الجزائري – الأمل للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر – 2015م – ص50

483 المادة (5): نظام العلامات التجارية السعودي، وقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 28 / 5 / 1423هـ.

484 المواد (10-12): نظام العلامات التجارية السعودي، وقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 28 / 5 / 1423هـ.

485 المواد (14-15): نظام العلامات التجارية السعودي، وقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 28 / 5 / 1423هـ.

486 المواد (22-23): نظام العلامات التجارية السعودي، وقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 28 / 5 / 1423هـ.

487 م/4/ نظام العلامات التجارية السعودي، وقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 28 / 5 / 1423هـ.

488 - رجائي مختار سعد الدقي -العلامات التجارية ودورها في حماية المنتج والمستهلك -مطبعة الاعتماد –الإسكندرية -2000م.

لتمييز نوع من السيارات أيضاً و(HP) لتمييز نوع معين من الطابعات والحاسب الآلي، واستخدام (7up) للرمز إلى نوع معين من أنواع المشروبات الغازية المشهورة والمعروفة.[489]

3/ الرسوم والصور والرموز: اتفقت التشريعات الدولية والوطنية كافة على جواز أن تكون العلامة التجارية رسمةً أو صورةً أو رمزًا، بشرط أن تؤدي هذه الأشكال المستخدمة إلى تمييز تلك الخدمة أو السلعة أو المنتج، فضلا عن عنصر الجدة والابتكار والمشروعية، فالرسمة غالبا ما تعبر عن تجميع فني لعناصر معينة، قد تكون من الطبيعة وقد تكون مستوحاة من الخيال.[490]

4/ الأسماء والإمضاءات: المواقع الموجودة بها هذه المنشآت التي تقدم تلك السلعة أو المنتج أو الخدمة، وأحيانا تكون الأسماء مقصودا بها ملّاك هذه الجهات الصانعة أو المنتجة أو مقدّمة الخدمة.[491]

كما أنه يجوز استخدام الغير للدلالة والإشارة إلى هذه المنتجات أو السلع أو تلك الخدمات، على سبيل المثال كاستخدام أسماء المشاهير في المجالات والأنشطة المختلفة كافة، إلا أنه في هذه الحالة لا بد من أخذ موافقة صاحب الاسم في ذلك الاستخدام وإلا اعتُبر تعديا على الحقوق الشخصية.

5/ الأختام أو النقوش البارزة: هذا النوع من العلامات تختلف طريقة استخدامه باختلاف المادة التي تطبع عليها العلامة، سوآءا كانت خشبية أو شمعية أو نحاسية، فإذا كانت المادة شمعية فالعلامة تضغط عليها ضغطاً، وإذا كانت المادة خشبية فالعلامة تحفر عليها حفراً، وإذا كانت المادة نحاسية فالعلامة تصب عليها صباً.[492]

المبحث الثاني

أهداف و آثار تسجيل العلامة التجارية

أهداف تسجيل العلامة التجارية اختلفت فيها التشريعات إلى عدة اتجاهات، والسبب في ذلك الاختلاف يرجع لاختلاف آثار تسجيل العلامة التجارية على الملكية من تشريع إلى آخر، والسبب في اختلاف الآثار يرجع إلى الإجراءات والقيود التي يحددها كل تشريع للجهة المختصة بالتسجيل.

المطلب الأول

أهداف تسجيل العلامة التجارية

للعلامة التجارية العديد من الأهداف والوظائف في مختلف المجالات التجارية والاقتصادية سواء على المستوى الدولي أو الدولي ومن هذه الأهداف:

أ/ العلامة التجارية تحدد المصدر الأساسي للمنتجات والخدمات: يعتبر هذا الهدف أو تلك الوظيفة من أهم اهداف العلامة التجارية، بحيث يتمكن المستهلك من تمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات عن مثيلاتها، بالقدر يسمح له بالاختيار من بينها بسهولة.[493]

ب/ العلامة التجارية وسيلة للدعاية والاعلان: بواسطة وسبب العلامة يستطيع المنتج ومقدم الخدمات الإعلان عن خدمته ومنتجاته، وبرامج التسويق والدعاية تساعد على انتشار العلامة الأمر الذي يؤدي الحفاظ على مكانتها، وهذا الانتشار يؤدي الى مبيعات أكثر تصب في مصلحة صاحبها.[494]

489 - د. عبد الله بن محمد الفهيدي -1432ه/2011م -العلامات التجارية في النظام السعودي والاتفاقيات الدولية وتطبيقاتها القضائية في المملكة العربية السعودية -الرياض -دار الحضارة للنشر والتوزيع-الطبعة الأولى.

490 - د. علي جمال الدين عوض -التشريع الصناعي (حقوق الملكية الصناعية والتنظيم الصناعي والتجاري) –القاهرة -1964م.

491 - د. عبد الرازق شيخ نجيب – نظام العلامات التجارية في المملكة العربية السعودية – مركز البحوث الإدارية بجامعة الملك سعود – 1447ه – ص 31.

492 - د. عبد الرازق شيخ نجيب – مرجع سابق – ص 36.

493 - د. احمد صالح مخلوف – الوجيز في نظام العلامات التجارية (دراسة مزيلة بأحكام القضاء السعودي ومقارنة بنظام العلامات التجارية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي مع اطلالة على التسجيل الدولي للعلامات التجارية) – الطبعة الأولى – 2016م – مكتبة العالم العربي للنشر والتوزيع والطباعة – ص 29.

494 - د. عماد حداد – بيع الأسماء والعلامات التجارية – دار الفاروق للنشر والتوزيع -القاهرة – الطبعة العربية الأولى – 2003م – ص 24.

ج/ العلامة التجارية وسيلة هامة لحماية المستهلك: العلامة التجارية تعمل على تمييز المنتجات والخدمات التي ترمز لها من التي تشابهها، وبذلك تخدم المستهلك في التعرف على السلع والخدمات والبضائع التي يفضلونها، وتجد قبولاً عندهم أكثر من غيرها.[495]

د/ العلامة التجارية وسيلة للمنافسة المشروعة بين التجار: تعتبر العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة بين التجار، باعتبارها أداة هامة من أدوات ابراز نشاط كل تاجر في السلعة أو الخدمة التي يقدمها.[496]

المطلب الثاني

أثارتسجيل العلامة التجارية

تختلف آثار تسجيل العلامة التجارية على الملكية من تشريع إلى آخر، والسبب في اختلاف الآثار يرجع إلى الإجراءات والقيود التي يحددها كل تشريع للجهة المختصة بالتسجيل، ولكن من المسلم به التسجيل منشئ لحق ملكية العلامة التجارية، والتسجيل حجة لمالك العلامة التجارية وعلى غيره.

1/ التسجيل منشئ لملكية العلامة التجارية:

من أهم أثار تسجيل العلامة؛ إثبات الحق في ملكيتها، فالتسجيل ينشئ الحق في ملكية العلامة التجارية؛ لأن العبرة في الملكية تقوم على الأسبقية في التسجيل.

ولكن، نجد بعض التشريعات لا تعتد بالتسجيل فقط؛ بل ذهبت بالضرورة إلى أن يقترن التسجيل بالاستعمال، بحكم أن التسجيل وحده لا يكفي، ولعل هناك العديد من التشريعات الحديثة تبنت ذلك، فعلى سبيل المثال: إذا اختلف اثنان في علامة تجارية وكان أحدهما سابقا في التسجيل والثاني سابقا في الاستعمال، فيرون أن الأحقية تكون لمن كان أسبق في التسجيل وليس في الاستعمال؛ لأن الاستعمال مهما طالت مدته لا ينشئ حق امتلاك العلامة التجارية إذا لم يقم بالتسجيل، فهذه التشريعات ترى أن التسجيل هو العنصر المهم والمطلوب في ملكية العلامة بغض النظر إن صاحَب هذا التسجيل استعمالٌ أو لم يصاحبه.[497]

2/ تسجيل العلامة التجارية حجة للمالك وعلى غيره:

تبدو الأهمية الثانية في تسجيل العلامة التجارية في أنها تكون هناك حجة لمالكها لنفسه وعلى غيره.

أ/ التسجيل حجة للملكية بالنسبة للغير:

نص النظام السعودي على أنه من قام بتسجيل العلامة التجارية أصبح مالكا لها ملكية تامة ولا يمكن لأحد الاعتراض على هذه الملكية، أو نزع هذه الملكية إلا عن طريق دعوى شطب العلامة التجارية أو إلغائها بقوة القانون، وهذا يوضح المركز القانوني لمسجل العلامة، فهناك العديد النصوص المنظمة لذلك الشأن والمتعلقة بحجة تسجيل العلامة التجارية تجاه الغير [498]

ب/ التسجيل حجة تجاه مالك العلامة نفسه:

من المسلم به أن تسجيل العلامة حجة لمالكها على الغير، لكن أن يصبح التسجيل حجة على مالك نفسه هذا أمر يحتاج لشرح وتفصيل، بحكم أن أثر التسجيل في الحجية على مالك العلامة يعتبر شيء سلبي، وهنا تبدو الغرابة، وأما كون التسجيل حجة لمالك العلامة فهذا شيء إيجابي وهذا أمر متوقع وليس محل استغراب.

لتوضيح الأمر أن صاحب العلامة إذا قام بتسجيل علامته لدى الجهات المختصة بعد أن أستوفى كل الضوابط الموضوعية والشكلية، ثم أراد بعد ذلك أن يجري عليها بعض الإضافات والتعديلات، فيجوز له ذلك لكن في نطاق معين ومحدد دون أن يمس ذاتية العلامة وعناصرها الجوهرية، ومعنى ذلك أن التعديل يكون محصورا فقط في العناصر الجزئية التفصيلية.[499]

---

495 - د. صلاح زين – العلامات التجارية وطنيا ودوليا – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 2009م – ص41.

496 - د. وائل محمد رفعت – التسجيل الدولي للعلامات التجارية – مكتبة القانون والاقتصاد – الرياض – 1435هـ -ص 51.

497 - د. عبد الرزاق شيخ نجيب -1426هـ-نظام العلامات التجارية في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية مقارنة) –مرجع سابق.

498 - المواد (27/26/25/20) من نظام العلامات التجارية السعودي.

499 - المادة الثامنة عشرة من نظام العلامات التجارية السعودي، (لمالك العلامة التي تم تسجيلها أن يطلب من الإدارة المختصة إدخال أي إضافة أو فالبحث لهذا تعديلات عليها لا تمس ذاتيتها مساسا جوهريا).

والحكمة من منع مالك العلامة من التعديل على العناصر الذاتية والجوهرية؛ لأن تلك العناصر تعتبر حجة على مالك العلامة نفسه، وعليه من أراد أن يجري تعديلات جوهرية وذاتية على علامته التجارية فليس أمامه إلا التقدم بطلب لشطب العلامة التجارية المراد تعديلها، والتقدم بطلب لتسجيل العلامة الجديدة بعد إجراء التعديلات عليها.

المبحث الثالث

التصرفات التي ترد على العلامة التجارية

إذا استوفت العلامة التجارية كافة الشروط الموضوعية والشكلية الخاصة ولم يتم الاعتراض عليها من قبل الغير وتم اعتمادها وتسجيلها، ففي هذه الحالة يكون لذلك التسجيل أثر على تلك العلامة، وهذا الأثر يمكن تناوله في التصرفات التي تسري على العلامة التجارية من التنازل ورهنها واستعمالها وكذلك استغلالها.

المطلب الأول

التصرف بالتنازل والرهن

أولا: التصرف بالتنازل:

من اثار ونتيجة تسجيل وتملك العلامة التجارية، انه يجوز لصاحبها أن يتنازل عنها، لأن من الطبيعي من ملك الشيء جاز له اجراء كل التصرفات القانونية ومنها التنازل، لذلك يجوز لصاحب العلامة التجارية أن يتنازل عنها بكل الطرق الناقلة للملكية للغير سواء لشخص طبيعي أو معنوي.

لكن حتى يكون ذلك التنازل صحيحاً ومنتجاً كان لابد من توافر ثلاث الشروط وهذا ما أشار اليه المنظم السعودي وهي[500]:

أ/ أن يكون التصرف الناقل للملكية مكتوبا.

ب/ الا يكون الغرض من التصرف الناقل للملكية، تضليل الجمهور خاصة بالنسبة لطبيعة أو مصدر المنتجات والخدمات أو مميزاتها أو أدائها.

ج/ شهر التصرف الناقل للملكية.

بالرجوع الى هذه الشروط فيتضح من الضروري الكتابة، وبالتالي لا يمكن نقل الملكية بالتنازل على مجرد الرضا فقط، والناظر الى الشرط الثاني يتناول الهدف من التنازل، فاذا كان الهدف أو الغرض من التنازل هو التضليل للجمهور فإنه يترتب على ذلك بطلان التصرف، وأما بالنسبة للتأشير للتصرف في سجل العلامة التجارية الغرض منه اثبات نفاذ التصرف وترتيب اثاره في مواجهة الغير[501].

ب: التصرف برهن العلامة التجارية:

بحكم أن العلامة التجارية متقومه مالياً ويجوز بيعها فهذا يجعل من الجائز رهنها، لأن كل شيء جاز بيعه جاز رهنه، من المسلم به والمعروف أن العلامة التجارية تعتبر من المنقولات المعنوية، لذلك قواعد رهنها تجمع بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي.

والتصرف بالرهن للعلامة التجارية يعتبر مثله ومثل التصرفات القانونية في احتياجها لتوافر بعض الضوابط والقيود، ولكن من أهم الضوابط المتفق عليها في كافة التشريعات هو ضرورة شهر الرهن والتأشير عليه وغالباً ما يكون ذلك في السجل التجاري، وبعض التشريعات أشارت لنشره في الجريدة الرسمية[502].

رهن العلامة التجارية لا يعني انتقال ملكيتها، لأن غرض الرهن هو توثيق واستيثاق الدين فقط، وبالتالي إذا حان وقت السداد واستطاع الراهن من سداد دينه فالمرتهن ملزم بإرجاع العلامة التجارية لمالكها، وذلك لاستيفاء الغرض الذي تم الرهن بسببه.

---

500 - م/21/من نظام العلامات التجارية السعودي.

501 - د. محمد بن براك الفوزان – النظام القانوني للاسم التجاري والعلامة التجارية (دراسة مقارنة بالقوانين العربية) – الطبعة الأولى – مكتبة القانون والاقتصاد – 1433هـ 2012م – ص 233،234.

502 - م / 83 / قانون التجارة الكويتي.

وحتى يتم الوقوف على رهن العلامة التجارية بالصورة الصحيحة وتحديد مداه وأثاره، كان لابد من الوقوف على الاحكام الخاصة بين العلامة التجارية والمحل التجاري في حالة رهنها، المنظم السعودي أشار الى أنه " يجوز رهن العلامة التجارية أو الحجز عليها مع أو بدون المحل التجاري أو المشروع الذي تستخدم العلامة في تمييز منتجاته أو خدماته"[503]، ويستفاد من ذلك النص جواز رهن المحل التجاري بسبب رهن العلامة التجارية، أو العكس ان رهن العلامة التجارية من الجائز أن يكون سبباً لرهن المحل التجاري، وعليه من الجائز رهن العلامة بصورة مستقلة عن المحل التجاري أو من رهنها بالتبعية لرهن المحل التجاري، وعلى ذلك النسق سار المشرع الإماراتي حيث نص على أنه "يجوز نقل ملكية العلامة التجارية أو رهنها أو الحجز عليها مع المحل التجاري أو مشروع الاستغلال التي تستخدم العلامة في تمييز منتجاته أو خدماته أو بدونهما."[504]

لكن من التشريعات العربية التي خالفت النظام السعودي والقانون الاماراتي في هذه الجزئية التشريع العماني، حيث نص القانون العماني على أنه "لا يجوز نقل ملكية العلامة التجارية أو رهنها أو الحجز عليها إلا مع المحل التجاري أو مشروع الاستغلال الذي تستخدم العلامة في تمييز منتجاته أو خدماته م لم يتفق على غير ذلك"[505]، وبالمقارنة بين هذه التشريعات يتبين وجه الاختلاف بينهم حيث أن النظام السعودي والقانون الإماراتي جعل الأصل في نقل ملكية العلامة التجارية أو رهنها أو الحجز عليها (جوازي) عن المحل التجاري ، أما التشريع العماني جعل (الأصل) أن نقل ملكية العلامة وكذلك رهنها أو الحجز عليها يكون بالتبعية للمحل التجاري ما لم يتفق المتعاقدين على خلاف ذلك.

المطلب الثاني

التصرف بالاستعمال والاستغلال

أولا: التصرف باستعمال العلامة التجارية:

يعتبر ترتيب التصرف باستعمال للعلامة التجارية في مقدمة آثار التسجيل، فمن سبق بتسجيل علامة تجارية له حق التصرف في استعمالها على المنتجات أو الخدمات التي ترمز إليها دون غيره من المنتجين، فهذا الاستعمال يكون على الدوام دون حد أقصى طالما يقوم بتجديدها خلال المدة النظامية المحددة وهي عشر سنوات[506]

ولكن استعمال العلامة التجارية ترد عليه عدة قيود وضوابط على إثرها يتبين صحة التصرف من عدمه منها ما يتعلق (بنوع التجارة ومن حيث المكان).

أ. من حيث نوع التجارة: صاحب العلامة التجارية عليه أن يحصر استعمالها على المنتجات أو الخدمات التي تشملها العلامة دون غيرها من المنتجات أو الخدمات الأخرى، أما إذا أراد أن يستخدمها في السلع غير التي تم تسجيل العلامة بشأنها عليه أن يتقدم بطلب جديد لذلك.

وفي التزامه باستخدام علامته عن المنتجات التي تم التسجيل بشأنها يترك لها أثرا قانونيا في منع الغير من استخدام تلك العلامة على المنتجات أو الخدمات ذاتها، هذا إذا لم تكن علامته غير مشهورة، أما إذا كانت علامته مشهورة فإنه يستطيع أن يمنع غيره من استعمالها، سواء على المنتجات المماثلة أو غير المماثلة.[507]

503 - م/31/من نظام العلامات التجارية السعودي.

504 - م/27/من قانون العلامات التجارية الإماراتي.

505 - م/21/من قانون العلامات والاسرار التجارية العماني.

506 - م/22/من نظام العلامات التجارية السعودي.

507 - د. احمد صالح مخلوف – الوجيز في نظام العلامات التجارية (دراسة مزيلة بأحكام القضاء السعودي ومقارنة بنظام العلامات التجارية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي مع اطلالة على التسجيل الدولي للعلامات التجارية) – مرجع سابق.

ب. **من حيث المكان:** هذا الضابط أو القيد الخاص بتقييد استعمال العلامة من حيث المكان مفاده أن صاحب العلامة عليه أن يقصر استعمال علامته في حدود الدولة التي تم التسجيل منها، أما إذا أراد استعمالها خارج حدود تلك الدولة فما عليه الا تقديم طلب لتسجيل تلك العلامة في تلك الدولة التي يريد تسويق منتجاته أو خدماته فيها.

بعد تسلم صاحب العلامة شهادة التسجيل، عليه أن يشرع في استعمالها، فإذا لم يقم باستعمالها لفترة خمس سنوات ، فإذا انقضت هذه الخمس سنوات ولم يُبدِ صاحب العلامة أي مبررات قانونية أو موضوعية لعدم استعماله تلك العلامة، فإنها تشطب من سجل العلامات المسجلة، وهذه المبررات القانونية والمطلوبة لعدم الاستعمال لم تكن على مستوى التشريعات الوطنية فقط؛ بل نادت بها الاتفاقيات الدولية؛ منها النص الذي يقول: (تعتبر الأوضاع الناشئة بغير إرادة صاحب العلامة والتي تحول دون استخدامها لقيود الاستيراد المفروضة على السلع والخدمات التي تحميها العلامة التجارية المعنية أو الشروط الحكومية الأخرى المفروضة عليها أسبابا وجيهة لعدم الاستعمال).[508]

ثانيا: التصرف باستغلال العلامة التجارية:

يقصد بالاستغلال: الترخيص للغير باستعمال العلامة عن كل أو بعض المنتجات أو الخدمات المسجلة عنها، وهذا يعني أن صاحب العلامة حقه لا يقتصر فقط على استعمالها وإنما يمتد حتى يسمح للغير باستعمالها واستغلالها على حسب الوضع المتفق عليه.

هذا الاستعمال لم يتم تحديده على شخص معين؛ بل يمكن أن يرد على الأشخاص الطبيعية والمعنوية، إلا أن هذا الترخيص بذلك الاستغلال يكون محددا بالمدة المقررة لحماية تلك العلامة.[509]

ينقسم استغلال العلامة التجارية إلى ثلاثة أنواع؛ وهي:

1. استغلال استئثاري: وهو أن يحدد ذلك الاستغلال على المرخص له فقط دون أن يتعداه إلى غيره، كما يعني أن لصاحب ذلك الاستغلال أن يشمل به كل المنتجات والخدمات والسلع، ولكن فقط داخل الحدود الجغرافية المحددة فيه.
2. استغلال غير استئثاري: ومعنى ذلك أن يكون لصاحب الحق استغلاله بنفسه، كما له الحق في منح ذلك الحق لغيره من الأشخاص.
3. الاستغلال الوحيد: ويقصد بذلك أن يتفق المرخص والمرخص له على أن يكون الترخيص وحيدا بحيث يمتنع كل منهما من منح ترخيص آخر للغير، غير أن صاحب العلامة التجارية له الحق في أن يحتفظ لنفسه بالحق في استغلالها دون قيد.[510]

ويشترط في استغلال العلامة التجارية العديد من الشروط (الشكلية والموضوعية)، فالشروط الشكلية المطلوبة لصحة التصرف بالاستغلال كالاتي:

1. أن يكون عقد الترخيص مكتوبا.
2. أن يشتمل على توقيع المتعاقدين أو بصماتهم أو أختامهم.
3. أن يتم ذلك في حضور كاتب العدل.
4. ان يصدق ذلك العقد من جهات التوثيق الرسمية.

أما من حيث الشروط الموضوعية، فيجب في عقد الاستغلال أن تتوافر فيه القيود الآتية:

1. تحديد نطاق المنطقة أو فترة استخدام العلامة.
2. الشروط التي تستلزمها متطلبات الرقابة الفعالة لجودة السلع والخدمات.

508 - م 1/19/اتفاقية التريبس.

509 - م/30/ف/ قانون العلامات التجارية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي.

510 د. حسام الصغير -2004م -بحث بعنوان ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا للمشاركة بالملتقى التي نظمته المنظمة العالمية للملكية الفكرية -سلطنة عمان.

ISSN:2509-0291

3. الالتزامات المفروضة على المستفيد من الترخيص بالامتناع عن الأعمال كافة التي ينتج عنها الإساءة للعلامة التجارية.[511]

أم عن انتهاء عقد الترخيص باستغلال العلامة التجارية فانه ينقضي بإحدى الحالتين:

1. عند انتهاء مدة الترخيص باستغلال العلامة التجارية، فانتهاء مدة الترخيص تترك أثرا في انتهاء الاستغلال بناء على انتهاء المدة.
2. فسخ عقد الترخيص بموجب إخلال أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد ترخيص الاستغلال.

الخاتمة:-

وفي ختام هذه الورقة نشير إلى أنه من خلال البحث والدراسة في هذا الموضوع قد تم التوصل إلى بعض النتائج والتوصيات يمكن الإشارة إليها في الاتي:-

أولاً/ النتائج:-

- التشريعات على كافة المستويات الوطنية لم تتفق مطلقاً على محور ما من المحاور المتعلقة بالعلامة التجارية.
- الاختلاف في المنظور للعلامة التجارية ترتب عليه الاختلاف في وجهة النظر، ولكن وبالرغم من التعدد والتنوع في المحاور إلا انها كانت كلها تدور في فلك العلامة التجارية ولم تخرج من ذلك الإطار.
- الاتفاق على شروط تسجيل العلامة التجارية على كافة المستويات العالمية والإقليمية والدولية، يجنب الخلاف حول الآثار والحقوق والأهداف المتعلقة بالعلامة التجارية.
- حق الملكية والتملك هو الأصل الذي تترتب عليه كأفة الحقوق الأخرى من بيع ورهن وتنازل واستعمال واستغلال، فمن ملك الأصل ملك الفرع.

ثانياً/ التوصيات:-

- ضرورة تبني التشريعات العالمية والإقليمية والوطنية مرتكزات أساسية لمحاور العلامة التجارية المختلفة، سواء المتعلقة بالضوابط أو الآثار أو الحماية.
- ضرورة تسجيل العلامة التجارية لتوفير الحماية لها.
- تعميم ما عليه النظام السعودي في حالة رفض تسجيل العلامة التجارية من قبل الجهات المختصة، حيث لابد أن تكون هناك جهات أخرى لنظر التظلمات الخاصة برفض التسجيل.
- اعتماد العلامة على التسجيل دون الاستعمال فيه نظر، وكذلك الاعتماد على الاستعمال دون التسجيل فيه نظر، لذلك لابد أن يتوفر العنصرين التسجيل والاستعمال حتى يتم الاعتراف بالعلامة.
- ضرورة النظر لأحكام رهن العلامة التجارية وما يستتبع ذلك بمعزل عن المحل التجاري.
- التشجيع على تكثيف البحوث والإثراء العلمي لموضوعات العلامة التجارية استجابة ومواكبة لحركة الاقتصاد والتجارة الدولية والعالمية.

المصادروالمراجع:-

أولاً/ القرآن الكريم:-

سورة الرحمن -الآية 24.

ثانياً/ كتب اللغة العربية:-

الجوهري -الصحاح -الطبعة الثانية -طبعة دار العلم للملايين -بيروت-1399هـ.

مجد الدين الفيروز آبادي -من دون تاريخ طبعه -القاموس المحيط -المكتبة التجارية -مصر.

511 - م/31/ من قانون العلامات التجارية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي.

ثالثاً / كتب القانون: -

د. أنور أحمد حمرون – الملكية الفكرية (دراسة مقارنة وفقا للاتفاقيات والمعاهدات الدولية والقوانين السودانية – الطبعة الرابعة – 2015م.

د. أكثم أمين الخولي – التشريعات الصناعية – بدون – مكتبة سيد عبد الله وهبة.

د. احمد صالح مخلوف – الوجيز في نظام العلامات التجارية (دراسة مزيلة بأحكام القضاء السعودي ومقارنة بنظام العلامات التجارية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي مع اطلالة على التسجيل الدولي للعلامات التجارية) – الطبعة الأولى – 2016م – مكتبة العالم العربي للنشر والتوزيع والطباعة.

حسام الدين عبد الغني -الجديد في العلامات التجارية-مصر -دار الفكر الجامعي.

د. سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية – دار النهضة – مصر –1996م

صلاح الأسمر – دراسة تحليلية لقانون العلامات التجارية الأردني – 1952م.

د. صلاح زين الدين- العلامات التجارية وطنياً ودولياً – الطبعة الأولى – دار الثقافة للنشر – عمان – 2005م.

عادل شمس الدين محمد-العلامات التجارية – شركة مطابع السودان للعملة – 2008م.

د. مصطفى كمال طه – القانون التجاري – دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية – الطبعة الثانية – 1996م.

رجائي مختار سعد الدقي -العلامات التجارية ودورها في حماية المنتج والمستهلك -مطبعة الاعتماد –الإسكندرية -2000م.

د. عبد الله بن محمد الفهيدي -1432هـ/2011م -العلامات التجارية في النظام السعودي والاتفاقيات الدولية وتطبيقاتها القضائية في المملكة العربية السعودية -الرياض -دار الحضارة للنشر والتوزيع-الطبعة الأولى.

د. علي جمال الدين عوض -التشريع الصناعي (حقوق الملكية الصناعية والتنظيم الصناعي والتجاري) –القاهرة -1964م.

د. عبد الرازق شيخ نجيب – نظام العلامات التجارية في المملكة العربية السعودية – مركز البحوث الإدارية بجامعة الملك سعود – 1447هـ.

د. علي العريف – شرح القانون التجاري المصري – الجزء الأول – الطبعة الثانية – 1959م – القاهرة.

د. محمد حسني عباس _ الملكية الصناعية – دار النهضة العربية – القاهرة – 1971م

د. نوارة حسين – الملكية الصناعية في القانون الجزائري – الأمل للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر – 2015م

رابعاً / الرسائل والأوراق العلمية:

د. احمد صالح مخلوف – الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية – مجلة العدل بالمملكة العربية السعودية – العدد 66 – السنة 16 – ذو القعدة 1435هـ.

هاشم عبد المحسن هاشم أل دوخي – أنواع وأشكال العلامات التجارية في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية – مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية – العدد 53 – أبريل 2023م.

محمد الخشروم-وسليمان علي-أثر الفرق المدرك والجودة المدركة على ولاء المستهلك للعلامة التجارية – سوريا -مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية -م27 -ع4-2011م.

ميثاق طالب الحسناوي – الحقوق الناشئة عن العلامة التجارية ووسائل حمايتها – مجلة جامعة كربلاء العلمية – المجلد الخامس عشر – العدد الثاني – 2017م – ص187.

محمد احمد عبد الحميد مبارك-العلامة التجارية وطرق حمايتها وفق القوانين النافذة في فلسطين -رسالة ماجستير-فلسطين-جامعة النجاح-2006م.

ميسة عبد الوهاب-وسعداني كمال -حماية العلامات التجارية في القانون الدولي-رسالة ماجستير -الجزائر-جامعة الشهيد حمه لخضر-2017م.

رابعاً / الأنظمة والمواثيق والاتفاقيات: -

نظام العلامات التجارية السعودي، وقد صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/21 بتاريخ 28 / 5 / 1423هـ.

اتفاقية التربس، وقعت هذه الاتفاقية بمدينة مراكش في1994/11/15م ودخلت حيز التنفيذ في الأول من يناير 1995م وتسميتها اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية لسنة 1994م.

النظام الأساسي للحكم السعودي، صدر بموجب أمر ملكي رقم أ/90 بتاريخ 27 / 8 / 1412هـ.

اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية (اتفاقية الوايبو) (لسنة 1967).

اتفاقية مدريد 14/أبريل/1891م.

اللائحة التنفيذية لنظام العلامات التجارية السعودي.

قانون التجارة الكويتي.

قانون العلامات والاسرار التجارية العماني.

قانون العلامات التجارية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي.

قانون العلامات التجارية الاماراتي.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

"الآثار القانونية لتحديد حالة التوقف عن الدفع ودور الدفاتر التجارية في إثباتها"

الدكتور محمد سعد بن سليطين المطيري،

أستاذ القانون التجاري المساعد "قسم القانون بكلية العلوم والدراسات الإنسانية بالدوادمي، جامعة شقراء"

خلاصة

يتناول هذا البحث موضوع التوقف عن الدفع باعتباره حجز الأساس في نظام الإفلاس، لما له من أهمية بالغة في تحديد المركز القانوني للتاجر وحماية حقوق الدائنين وتحقيق التوازن بين استمرارية النشاط التجاري واستقرار المعاملات التجارية. وقد تقم تقسيم البحث إلى ثلاثة فصول رئيسية، تناولت الجوانب المفاهيمية والقانونية للتوقف عن الدفع.

حيث خصص الفصل الأول للإطار المفاهيمي والقانوني للتوقف عن الدفع، حيث تم تعريفه باعتباره واقعة قانونية تتحقق عندما يعجز المدين عن الوفاء بديونه التجارية المستحقة بصفة منتظمة، وليس مجرد امتناع عارض أو مؤقت عن الدفع. كما تم تبيان الطبيعة القانونية للتوقف عن الدفع، بوصفها حالة واقعية يترتب عليها آثار قانونية جسيمة، دون أن يتوقف تحققها على صدور حكم قضائي. بالإضافة إلى ذلك، تم التمييز بين التوقف عن الدفع وبين التقدم بطلب فتح إجراءات الإفلاس، باعتبار أن الأول واقعة موضوعية، في حين أن الثاني إجراء قانوني قد يتأخر أو لا يتم رغم تحقق حالة التوقف عن الدفع.

وفي الفصل الثاني تم التطرق إلى مسألة تحديد تاريخ التوقف عن الدفع وأهميته القانونية، حيث تم إبراز الدور المحوري للقضاء في تقدير هذا التاريخ استنادا إلى الوقائع والقرائن المتاحة، ولما للقضاء من سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن. كما تم التطرق إلى الآثار القانونية المترتبة على تحديد هذا التاريخ، خاصة فيما يتعلق بفترة الريبة، وإمكانية إبطال بعض التصرفات التي أبرمها المدين قبل افتتاح إجراءات الإفلاس، حماية لجماعة الدائنين ومنعا للإضرار بمصالحهم.

أما في الفصل الثالث، فقد خصص لدراسة دور الدفاتر التجارية في إثبات حالة التوقف عن الدفع، حيث تم بيان قيمتها القانونية كوسيلة من وسائل الإثبات، متى كانت منتظمة وتم إمساكها ووفقا لنظام الدفاتر التجارية. كما تم إظهار أهمية الدفاتر التجارية ودورها في مساعدة القضاء على تحديد تاريخ التوقف عن الدفع، ولما تعكسه من حقيقة الوضع المالي للتاجر، ومدى انتظامه في الوفاء بالتزاماته التجارية.

ويخلص البحث إلى أن التوقف عن الدفع يشكل أداة قانونية أساسية لتنظيم الإفلاس، وأن حسن تحديد تاريخه بالاعتماد على وسائل إثبات دقيقة وعلى رأسها الدفاتر التجارية، يؤدي إلى تقوية الائتمان التجاري.

"The legal Consequences of Establishing Cessation of payment and the Role of Commercial book as Evidence."

Dr. Mohammed Saad Almutairi

Assistance Professor of business law, Department of Law, College of Science and Humanities in Aldwadmi, Shagra University

M-almutairi@su.edu.sa

Abstract

This research examines the concept of cessation of payment as a fundamental element in the bankruptcy system, due to its significant legal implications for determining the legal status of the merchant, protecting creditors rights, and maintaining stability in commercial transactions. The study is divided into three main chapters addressing the conceptual, legal, and evidentiary aspects of cessation of payment.

The first chapter focuses on the conceptual and legal framework of cessation of payment. It defines cessation of payment as a legal fact that occurs when a merchant is unable to meet due commercial debts on a regular basis, rather than a temporary or occasional failure to pay. The chapter also discusses the legal nature of cessation of payment, emphasizing that it is a factual situation that produces legal effects regardless of whether a judicial ruling has been issued. Furthermore, a distinction is made between cessation of payment and the filing for bankruptcy proceedings, as the former is an objective financial condition, while the latter is a legal procedure that may or may not be initiated despite the existence of cessation.

The second chapter addresses the determination of the date of cessation of payment and its legal importance. It highlights the essential role of the judiciary in determining this date, based on available facts and evidence, while exercising broad discretionary power. The chapter also examines the legal consequences resulting from fixing this date, particularly about the suspect period during which certain transactions carried out by the debtor may be invalidated to protect the collective interests of creditors and prevent fraudulent or preferential acts.

The third chapter is devoted to the role of commercial books in proving cessation of payment. It explains their legal evidentiary value when they are regularly kept in accordance with legal requirements. The chapter further emphasizes the importance of commercial books as a reliable means for determining the date of cessation of payment, as they reflect the true financial position of the merchant and the regularity of fulfilling financial obligations.

The research concludes that cessation of payment constitutes a cornerstone of bankruptcy law, and that accurate determination of its date, supported by effective evidentiary tools—particularly commercial books contributes to achieving legal certainty, protecting creditors, and ensuring fairness in commercial dealings.

المقدمة

يعتبر نظام الإفلاس من أهم النظم القانونية التي ابتدعها المشرّع لتنظيم أوضاع التاجر الذي يمر بصعوبات مالية تمنعه عن الوفاء بالتزاماته في مواعيد استحقاقها، ويشكل مفهوم التوقف عن الدفع الركيزة الأساسية التي يبنى عليها لتقدم بطلب لفتح أحد إجراءات الإفلاس، إذ لا يكفي مجرد اضطراب المركز المالي للتاجر، بل يتعين ثبوت عجزه الفعلي عن الوفاء بديونه التجارية الحالة. ويترتب على تحديد حالة التوقف عن الدفع آثار قانونية بالغة الأهمية، تمس شخص التاجر، وذمته المالية، وتصرفاته السابقة واللاحقة، كما تمس حقوق الدائنين ومراكزهم القانونية. وفي هذا الإطار، برز مفهوم التوقف عن الدفع كأحد المفاهيم المحورية في القانون التجاري، لما يترتب عليه من آثار قانونية خطيرة تمس كيان التاجر وحقوق دائنيه وتنعكس في الوقت ذاته على النظام الاقتصادي برمته.[512]

ويعد التوقف عن الدفع من الوقائع القانونية التي تتجاوز كونها مجرد حالة مالية، إذ يتحول إلى أساس قانوني لتدخل القضاء في شؤون التاجر وتنظيم علاقته بدائنيه وفق قواعد خاصة تخرج عن نطاق القواعد العامة للالتزامات. فبمجرد ثبوت هذه الحالة، تنتقل العلاقة بين التاجر ودائنيه من نطاق الفردية إلى نطاق الجماعية، حيث تدار الحقوق والمطالبات في إطار نظام الإفلاس أو التسوية القضائية بما يضمن حماية جماعة الدائنين وتحقيق مبدأ المساواة بينهم. [513]

كما يعتبر التوقف عن الدفع الحد الفاصل بين مرحلة النشاط التجاري العادي ومرحلة الخضوع للإجراءات الإفلاس أو التسوية الوقائية، إذ لا يكفي مجرد وجود اضطراب مالي أو خسارة عابرة لإخضاع التاجر لهذه الإجراءات، وإنما يشترط أن يبلغ العجز درجة تحول دون الوفاء بالديون التجارية المستحقة بصفة منتظمة. ولهذا السبب، لم يكتف المشرع بتقرير حالة التوقف عن الدفع كواقعة مادية، بل أحاطه بجملة من الضوابط والآثار القانونية الدقيقة، إدراكا منه لخطورة النتائج التي تترتب على ثبوته، سواء بالنسبة لمركز التاجر أو لحقوق الدائنين.[514]

ولا يقتصر أثر التوقف عن الدفع على مجرد فتح إجراءات الإفلاس، بل يمتد ليشمل تقييد سلطة التاجر في إدارة أمواله والتصرف فيها، ووضع نشاطه التجاري تحت رقابة القضاء أو الجهات المختصة، فضلا عن إمكانية مساءلته مدنيا أو جنائيا متى ثبت أن توقفه عن الدفع كان نتيجة تقصير جسيم أو تدليس. كما أن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع يكتسب أهمية بالغة، إذ يترتب عليه تحديد فترة الريبة التي تعد من أخطر المراحل في حياة التاجر المتعثر، لما تتيحه من إمكانية إبطال بعض التصرفات القانونية التي أبرمت خلال هذه الفترة إذا ثبت أنها أضرت بحقوق الدائنين أو انطوت على تفضيل غير مشروع لبعضهم على حساب الآخرين.[515]

ومن هذا المنظور، فإن تحديد حالة التوقف عن الدفع وتاريخها لا يعد مسألة فنية أو محاسبية بحتة، بل هو مسألة قانونية دقيقة تتطلب توافر وسائل إثبات قادرة على عكس الوضع المالي الحقيقي للتاجر في لحظة زمنية محددة. فالعجز المالي قد يكون عارضا أو مؤقتا، ناتجا عن ظرف اقتصادي طارئ أو تأخر في تحصيل الديون، وهو ما لا يبرر بالضرورة إخضاع التاجر لإجراءات الإفلاس. أما العجز المستمر الذي يكشف عن اختلال جوهري في المركز المالي، فهو وحده الذي يقوم أساسا قانونيا لإثبات التوقف عن الدفع. ومن هنا، تبرز الحاجة إلى أدوات موضوعية تمكن القاضي من التمييز بين الحالتين على نحو يحقق العدالة ويمنع التعسف.

---

512 العطار، محمد. "التوقف عن الدفع وأثره في شهر الإفلاس." مجلة الحقوق، مجلد 12، عدد2، 2018، ص، 45.

513 حمود، سامي. القانون التجاري: الإفلاس والتسوية القضائية. دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015.

514 يستشهد بكتاب السنهوري لشرح التوقف عن الدفع كحالة واقعية حيث يتناول الواقعة المادية والآثار المترتبة عليها، للمزيد أنظر، السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس: مصادر الإلتزام. دار إحياء التراث العربي، 1998.

515 تعرف فترة الريبة بأنها المدة الزمنية الواقعة بين تاريخ التوقف عن الدفع وتاريخ شهر الإفلاس قضائيا، ويقوم القاضي بتحديد بدايتها استنادا إلى وقائع مادية تكشف عن عجز المدين عن الوفاء بديونه المستحقة، للمزيد انظر، السنهوري، 1998.

وفي هذا السياق، تحتل الدفاتر التجارية مكانة محورية بوصفها الأداة الأهم في الكشف عن حقيقة المركز المالي للتاجر. فهي لا تمثل مجرد سجلات محاسبية، وإنما تعد وسيلة قانونية للإثبات، منحها المشرع عناية خاصة نظرا لما تؤديه من دور في تحقيق الشفافية والانضباط في المعاملات التجارية. وقد ألزم المشرع التاجر بمسك دفاتر معينة وفق شروط شكلية وموضوعية محددة، ضمانا لصدق البيانات الواردة فيها وإمكانية الاعتماد عليها عند النزاع، وجعل لها حجية قانونية متفاوتة بحسب درجة انتظامها ومطابقتها للأحكام القانونية.[516]

وتزداد أهمية الدفاتر التجارية بصفة خاصة عند النظر في دعاوى الإفلاس وتحديد حالة التوقف عن الدفع، إذ يعتمد عليها القاضي وامين الإفلاس وسائر الأطراف في الوقوف على حجم الديون المستحقة، وطبيعة الأصول المتاحة، وتاريخ السداد السابقة، ومدى انتظام التاجر في أداء التزاماته. كما تمكن هذه الدفاتر من تتبع التطور الزمني للوضع المالي للتاجر، بما يساعد على تحديد اللحظة التي بدأ فيها العجز عن الدفع يتحول من مجرد تعثر مؤقت إلى حالة توقف فعلي عن الوفاء بالديون.[517]

غير أن الدور الذي تؤديه الدفاتر التجارية في هذا المجال يظل مرهونا بمدى انتظامها ومصداقيتها. فالدفاتر المنتظمة، التي تمسك وفقا لأحكام القانون وبصورة دقيقة ومنظمة، تعد عنصرا إيجابيا في تقدير المحكمة لحالة التاجر، وقد تسهم في تخفيف حدة الآثار المترتبة على التوقف عن الدفع أو في تأخير تحديد تاريخه. أما الدفاتر غير المنتظمة أو المعدومة، فإنها تعد قرينة سلبية ضد التاجر، وقد يستخلص منها القاضي دلالات على سوء النية أو الإهمال، بل وقد تستخدم كأساس لإثبات الإفلاس بالتقصير أو بالتدليس، وما يترتب عليه من مسؤوليات مدنية وجنائية.[518]

ومن هنا، تتضح العلاقة الوثيقة بين تحديد حالة التوقف عن الدفع والدفاتر التجارية، إذ لا يمكن تصور تطبيق سليم وعادل لنظام الإفلاس دون الاعتماد على هذه الدفاتر كوسيلة رئيسية للإثبات. كما لا يمكن تحقيق التوازن بين حماية حقوق الدائنين وضمان عدم المساس غير المبرر بحقوق التاجر إلا من خلال قراءة دقيقة ومتكاملة للدفاتر التجارية في ضوء القواعد القانونية والظروف الواقعية المحيطة بكل حالة على حدة.

وبناء على ما تقدم، يهدف هذا البحث إلى دراسة الآثار القانونية المترتبة على تحديد حالة التوقف عن الدفع، وبيان الدور الذي تلعبه الدفاتر التجارية في إثبات هذه الحالة وتحديد تاريخها، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة. كما يسعى البحث إلى إبراز الإشكالات العملية التي تثيرها مسألة الإثبات في مجال التوقف عن الدفع، وبيان مدى كفاية القواعد القانونية الحالية في تحقيق الغاية المرجوة منها، واقتراح بعض الحلول التي من شأنها تعزيز فعالية الدفاتر التجارية كوسيلة للإثبات وإظهار التصور الصحيح قبل البدء في إجراءات الإفلاس.

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في بيان ماهية التوقف عن الدفع وضبط معاييره القانونية، وما يترتب على تحديده من آثار قانونية تمس المركز القانوني للتاجر والدائنين. كما تبرز الإشكالية في توضيح دور الدفاتر التجارية في إثبات حالة التوقف عن الدفع، ومدى حجيتها في الكشف عن الوضع المالي الحقيقي للتاجر، خاصة في ظل ما قد يشوبها من عدم انتظام أو نقص، وما يثيره ذلك من تساؤلات حول فعاليتها كوسيلة إثبات في دعاوى الإفلاس.

هدف البحث

516 بن زروق، عبد القادر. القانون التجاري: التاجر والأعمال التجارية. دار هومة، 2014.

517 تعد الدفاتر التجارية أداة أساسية في تنظيم النشاط التجاري، إذ تمكن التاجر من ضبط معاملاته ومعرفة مركزه المالي بدقه، كما تشكل وسيلة إثبات معتبرة في المنازعات التجارية متى كانت منتظمة ومتماسكة وفقا لنظام الدفاتر التجارية. لمزيد أنظر، نظام الدفاتر التجارية، وزارة التجارة، 1409هـ.

518 جامعة غرداية. " التفليس بالتقصير والتدليس حسب القانون التجاري." ورقة بحثية، جامعة غرداية، 2025.

يهدف هذا البحث إلى وصف الإطار القانوني لحالة التوقف عن الدفع وبيان آثارها القانونية، مع إبراز الدور الذي تؤديه الدفاتر التجارية في إثبات هذه الحالة. كما يسعى إلى توضيح كيفية تعامل القانون مع الدفاتر التجارية من حيث مفهومها وأهميتها وحجيتها، وذلك دون الخوض في تحليل أو مقارنة تشريعية، بما يحقق فهما واضحا لموضوع البحث.

منهج البحث

يعتمد البحث على المنهج الوصفي، وذلك من خلال عرض المفاهيم القانونية المرتبطة بحالة التوقف عن الدفع، وبيان الآثار القانونية المترتبة عليها، مع وصف الدور الذي تلعبه الدفاتر التجارية في إثباتها، وذلك بالاستناد إلى النصوص القانونية والاتجاهات الفقهية العامة، دون تحليل نقدي أو مقارنة بين النظم القانونية.

أهمية البحث

تتجلى أهمية هذا البحث في كونه يسلط الضوء على موضوع قانوني بالغ الأهمية في مجال المعاملات التجارية، لما لحالة التوقف عن الدفع من تأثير مباشر على استقرار الائتمان التجاري وتنظيم الإفلاس. كما تبرز أهميته في توضيح مكانة الدفاتر التجارية كوسيلة لإثبات هذه الحالة، الأمر الذي يفيد الطلبة والباحثين في فهم الأحكام القانونية المنظمة للإفلاس وإجراءات إثباته.

خطة البحث

تقوم خطة البحث على تقسيم الموضوع إلى ثلاث فصول رئيسية، يعالج الفصل الأول مفهوم حالة التوقف عن الدفع وشروطها وآثارها القانونية، بينما يتناول الفصل الثاني تحديد تاريخ التوقف عن الدفع واهميته القانونية، واما الفصل الثالث فيتناول دور الدفاتر التجارية في إثبات حالة التوقف عن الدفع، على أن يختتم البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

خطة البحث

- **الفصل الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني للتوقف عن الدفع**
- المبحث الأول: مفهوم التوقف عن الدفع كواقعة قانونية
- المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتوقف عن الدفع
- المبحث الثالث: الفرق بين التوقف عن الدفع والتقدم بفتح إجراء من إجراءات الإفلاس
- **الفصل الثاني: تحديد تاريخ التوقف عن الدفع وأهميته القانونية**
- المبحث الأول: دور القضاء في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع.
- المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على تحديد تاريخ التوقف عن الدفع.
- **الفصل الثالث: دور الدفاتر التجارية في إثبات حالة التوقف عن الدفع.**
- المبحث الأول: القيمة القانونية للدفاتر التجارية في الإثبات
- المبحث الثاني: الدفاتر التجارية كوسيلة لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع
- **الخاتمة**
- النتائج
- التوصيات
- **المراجع**

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني للتوقف عن الدفع

يشكّل مفهوم التوقف عن الدفع إحدى الركائز الجوهرية في دراسة أنظمة الإفلاس والتعثر التجاري، لما ينطوي عليه من آثار قانونية عميقة تمس المدين والدائنين على حد سواء، وتؤثر بصورة مباشرة في استقرار المعاملات التجارية وحماية الائتمان. فالتوقف عن الدفع يمثل نقطة تحوّل حاسمة في المركز المالي للمدين، إذ يعكس حالة من الاضطراب المالي الجسيم التي تتجاوز مجرد الصعوبات العابرة في السداد، وتستدعي تدخلا تشريعيا وقضائيا لتنظيم العلاقات بين أطراف النشاط التجاري والحيلولة دون الإضرار بمصالح الدائنين.

وتبرز أهمية هذا المفهوم في كونه معيارا موضوعيا يعتمد عليه لتقدير مدى جدية العجز المالي، وتحديد اللحظة التي يصبح فيها استمرار المدين في نشاطه دون تدخل قانوني أمرا مهددا للثقة والائتمان التجاري. ومن ثم، فقد أولى الفقه والقضاء عناية خاصة بضبط معالم التوقف عن الدفع، وتمييزه عن الحالات المشابهة كالإعسار أو التأخير المؤقت في الوفاء، تفاديا للتوسع غير المبرر في تطبيق آثاره القانونية.

وانطلاقا من هذه الأهمية، يهدف هذا الفصل إلى دراسة مفهوم التوقف عن الدفع من خلال إبراز طبيعته القانونية واعتباره واقعة قانونية يرتب المشرّع على قيامها نتائج محددة. كما يتناول هذا الفصل العلاقة بين التوقف عن الدفع وإجراءات الإفلاس، بما يوضح الدور المحوري لهذا المفهوم في تحقيق التوازن بين حماية حقوق الدائنين ومراعاة الوضع المالي للمدين.

المبحث الأول: مفهوم التوقف عن الدفع كو اقعة قانونية

يقصد بالتوقف عن الدفع حالة يعجز فيها المدين عن الوفاء بديونه التجارية المستحقة عند حلول أجلها، نتيجة اضطراب حقيقي ودائم في مركزه المالي، بما يؤدي إلى فقدانه القدرة الفعلية على السداد. ولا يكفي لقيام هذه الحالة مجرد امتناع المدين عن الدفع أو تأخره العارض في الوفاء، بل يتعين أن يكون العجز جديا ومستمرا، بحيث يعكس اختلالا في التوازن بين أصول المدين وخصومه أو نقصا حادا في السيولة اللازمة للوفاء بالالتزامات. ويستفاد من ذلك أن التوقف عن الدفع يقوم على عنصرين أساسيين، يتمثلان في عدم الوفاء بالديون المستحقة ووجود اضطراب مالي حقيقي يحول دون السداد.[519]

ويعتبر التوقف عن الدفع واقعة قانونية لا يشترط لقيامها صدور حكم قضائي، إذ تتحقق بمجرد توافر عناصرها الموضوعية في الواقع العملي. فالحكم الصادر بشهر الإفلاس لا ينشئ حالة التوقف عن الدفع، وإنما يقتصر دوره على الكشف عنها وترتيب الآثار القانونية المقررة لها. ولهذا السبب، فإن تاريخ التوقف عن الدفع قد يسبق تاريخ الحكم القضائي، ويترك للقاضي سلطة تقديرية في تحديده استنادا إلى الوقائع والقرائن المستخلصة من سلوك المدين ووضعه المالي، كعدم كفاية السيولة، وتراكم الديون، وتوقف النشاط التجاري، أو اللجوء المستمر إلى وسائل غير عادية للوفاء بالالتزامات.[520]

وقد حرص الفقه والقضاء على التمييز بين التوقف عن الدفع وغيره من الحالات المشابهة، وعلى رأسها الإعسار المدني والتأخير المؤقت في السداد. فالإعسار يعنى بحالة زيادة الديون على الأموال، دون اشتراط حلول أجل الديون أو الامتناع عن الوفاء بها، في حين أن التوقف عن الدفع يفترض حلول الدين وامتناع المدين عن سداده بسبب عجز مالي فعلي. أما التأخير العارض في الوفاء، فلا يعد توقفا عن الدفع متى كان ناتجا عن أسباب مؤقتة لا تمس جوهر المركز المالي للمدين.[521]

ويترتب على اعتبار التوقف عن الدفع واقعة قانونية نتائج بالغة الأهمية، إذ يعد الأساس الذي تقوم عليه إجراءات شهر الإفلاس أو فتح مساطر التسوية، كما يشكّل نقطة الانطلاق لترتيب آثار قانونية تمس تصرفات المدين السابقة على الحكم، حماية للدائنين ومنعا للإضرار بهم. ويهدف المشرّع من خلال هذه الآثار إلى تحقيق التوازن بين مصلحة الدائنين في استيفاء حقوقهم، ومصلحة

519 الشيخ، بن بحان. التوقف عن الدفع في الشركات التجارية: دراسة مقارنة. 2024.

520 مجلة دجلة. " التوقف عن الدفع في القانون التجاري." مجلة دجلة، 2025.

521 التوقف عن الدفع هو حالة قانونية خاصة بالتجار، تظهر عندما يصبح المدين عاجزا عن الوفاء بديونه المستحقه في مواعيدها، وتعد واقعة مادية قانونية، أما الإعسار المدني فهو حالة أوسع تشمل الأفراد على إختلاف أنشطتهم، ولمزيد انظر: طيطوس، فتحي. " الطبيعة القانونية لحالة التوقف عن الدفع." مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد11، العدد1، 2018.

المدين في تنظيم وضعه المالي وتمكينه متى أمكن، من تجاوز حالة التعثر، بما يضمن استقرار المعاملات وحسن سير النشاط التجاري.[522]

وخلاصة القول إن التوقف عن الدفع يعد واقعة قانونية جوهرية يقوم عليها نظام الإفلاس والتعثر التجاري، إذ يعكس حالة عجز مالي حقيقي تستوجب تدخلا قانونيا منظما. ويظل ضبط هذا المفهوم وتمييزه عن الحالات المشابهة أمرا ضروريا لتحقيق العدالة بين أطراف العلاقة التجارية، وضمان التوازن بين حماية الائتمان ومنح المدين فرصة للمعالجة المالية.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحالة التوقف عن الدفع

تعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية لحالة التوقف عن الدفع من المسائل الجوهرية في نطاق القانون التجاري، لما يترتب عليها من آثار قانونية دقيقة تمس النظام العام الاقتصادي وتؤثر بصورة مباشرة في المركز القانوني لكل من المدين والدائنين. فالتوقف عن الدفع لا ينظر إليه كتصرف إرادي يصدر عن المدين، ولا كجزاء قانوني يفرض عليه، وإنما يعد حالة قانونية خاصة تنشأ نتيجة ظروف واقعية تعبّر عن اضطراب حقيقي في أوضاعه المالية، الأمر الذي يبرر إخضاعه لنظام قانوني استثنائي يهدف إلى حماية الائتمان وتنظيم العلاقات التجارية.[523]

ويستفاد من التنظيم القانوني للتوقف عن الدفع أن هذه الحالة تقوم على أساس واقعي يتمثل في عجز المدين عن الوفاء بديونه المستحقة، إلا أن هذا العجز يكتسب صبغة قانونية بمجرد أن يرتب المشرّع عليه آثارا محددة. ومن ثم، فإن التوقف عن الدفع يعد واقعة قانونية مركّبة، تجمع بين عنصر واقعي يتمثل في الامتناع الفعلي عن السداد، وعنصر قانوني يتمثل في النتائج التي يقرّرها القانون متى ثبتت هذه الحالة. وعلى هذا الأساس، فإن الحكم الصادر بشهر الإفلاس لا ينشئ حالة التوقف عن الدفع، وإنما يقتصر دوره على الكشف عنها وتحديد تاريخها وترتيب آثارها القانونية.[524]

كما أن الطبيعة القانونية للتوقف عن الدفع تميّزه عن غيره من المفاهيم القريبة، إذ لا يعدّ مجرد إخلال بالتزام تعاقدي، ولا يعتبر خطأ مدنيا يستوجب التعويض، بل هو حالة قانونية موضوعية يستخلص وجودها من مجموع الظروف المالية المحيطة بالمدين. ويبرّر هذا الطابع الموضوعي منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في استخلاص قيام التوقف عن الدفع من الوقائع المعروضة عليه، دون التقيد بإقرار المدين أو امتناعه الصريح عن الوفاء، ودون اشتراط ثبوت سوء نيته أو تعمّده الإضرار بدائنيه.[525]

وتتجلى الطبيعة القانونية الخاصة للتوقف عن الدفع أيضا في ارتباطه الوثيق بالنظام العام، إذ لا يقتصر أثره على أطراف العلاقة التعاقدية، بل يمتد ليشمل جماعة الدائنين كافة. فبمجرد ثبوت هذه الحالة، تتقيّد حرية المدين في التصرف في أمواله، وتخضع معاملاته لرقابة قضائية تهدف إلى منع تفضيل بعض الدائنين على حساب الآخرين. ويعكس هذا التنظيم رغبة المشرّع في تحقيق المساواة بين الدائنين وضمان توزيع عادل لأموال المدين وفقا لقواعد قانونية محددة.[526]

كما يفهم من الطبيعة القانونية للتوقف عن الدفع أنه لا يشترط لاستمراره أن يكون دائما أو نهائيا، بل يكفي أن يكون قائما وقت النظر في الدعوى، ما دام يعكس اضطرابا ماليا جديا يهدد مصالح الدائنين. ويؤكد ذلك أن الغاية من تقرير هذه الحالة ليست معاقبة المدين، وإنما تنظيم وضعه المالي وحماية الائتمان، سواء عن طريق التصفية أو من خلال آليات قانونية تهدف إلى إنقاذ النشاط التجاري متى كان ذلك ممكنا.

---

522 التوقف عن الدفع في الشركات التجارية: تعريف عام، موقع نت. https://ww.ajsp.net/resarch/

523 الصادق، عبد القادر. " التوقف عن الدفع في نظام الإفلاس." مجلة الحقيقة، العدد 16 ص. 2، 2016.

524 الطبيعة القانونية لحالة التوقف عن الدفع. المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، https://asjp.cerist.dz/en/ariticle/85609

525 محمود سلامة." التوقف عن الدفع كشرط من شروط إشهار الإفلاس في ظل القانون، رقم 11، 2018.

526 توقف التاجر عن الدفع بين المفهوم التقليدي والضرورة الاقتصادية. https://asjp.cerist.dz/en/article139816

وخلاصة القول إن التوقف عن الدفع يتمتع بطبيعة قانونية خاصة، كونه حالة موضوعية ذات أساس واقعي تترتب عليها آثار قانونية تمس النظام العام التجاري. ويعد هذا الطابع المميّز سببا رئيسيا في اعتباره الأساس الذي يقوم عليه نظام الإفلاس، لما يحققه من توازن بين حماية حقوق الدائنين ومراعاة الوضع المالي للمدين، بما يسهم في استقرار المعاملات التجارية وحسن سير الائتمان التجاري.

المبحث الثالث: الفرق بين التوقف عن الدفع وشهر الإفلاس

يعد التمييز بين التوقف عن الدفع والتقدم بفتح إجراء من إجراءات الإفلاس من الموضوعات الجوهرية في القانون التجاري، إذ غالبا ما يتم الخلط بين هذين المفهومين رغم اختلاف طبيعتهما القانونية وأثرهما القانوني. فالتوقف عن الدفع حالة موضوعية تنشأ بمجرد عجز المدين عن الوفاء بديونه المستحقة عند حلول آجالها، وهو ما يعكس اضطرابا ماليا حقيقيا يهدد استقرار النشاط التجاري ويعرض حقوق الدائنين للخطر. وبذلك، فإن التوقف عن الدفع يمثل واقعا ماليا يستخلص وجوده من الظروف المالية للمدين، ويكتسب أهميته القانونية من الآثار التي يترتب القانون على ثبوتها. أما التقدم بفتح إجراء من إجراءات الإفلاس، فهو تصرف قانوني يتمثل في تقديم طلب رسمي أمام المحكمة المختصة لإعمال أحكام القانون المتعلقة بالإفلاس أو التسوية، سواء كان هذا الطلب من المدين نفسه أم من أحد الدائنين. ويختلف هذا الإجراء عن التوقف عن الدفع في كونه عملا إداريا وقضائيا يهدف إلى تفعيل آثار قانونية محددة، مثل حصر أصول المدين، وإيقاف جميع الدعاوى التنفيذية، وترتيب الأولويات بين الدائنين، وهو خطوة تدخل ضمن النظام القضائي لإدارة حالة التعثر المالي للمدين. وبمعنى آخر، فإن التقدم بالإفلاس لا يعني بالضرورة أن المدين متوقف عن الدفع، إذ يمكن أن يقدم هذا الإجراء في حالات أخرى مثل تهديد الوضع المالي للمدين أو رغبة في تنظيم ديونه قبل بلوغ مرحلة العجز الكامل عن الوفاء.[527]

ويكتسب التوقف عن الدفع طابعا واقعيا وموضوعيا، بينما يتميز التقدم بفتح إجراءات الإفلاس بطابعه الرسمي والإجرائي، فهو رهن بإرادة المدين أو الدائنين وقرار المحكمة، ويكون توقيت هذا الإجراء متأخرا عادة عن بدء حالة التوقف عن الدفع، إذ أن القانون يترك هامشا من الوقت للمدين لمحاولة معالجة وضعه المالي قبل التدخل القضائي. كما أن آثار التوقف عن الدفع تتعلق أساسا بالوقائع المالية الفعلية للمدين، في حين تترتب على فتح إجراءات الإفلاس آثار قانونية محددة ومباشرة، من بينها منع المدين من التصرف في أصوله وإخضاع جميع الديون لمسطرة موحدة، بما يحقق العدالة بين الدائنين ويمنع التمييز بينهم.[528]

ويؤكد الفقه أن فهم الفرق بين هذين المفهومين له أهمية عملية كبيرة، إذ يساهم في ضبط متى يمكن للمدين أو الدائن أن يلجأ إلى القضاء، وما هي النتائج القانونية المترتبة على ذلك.[529] فالتوقف عن الدفع يقدّم المؤشر الموضوعي الذي يبرر اتخاذ إجراءات قانونية، أما التقدم بفتح إجراءات الإفلاس فيمثل الوسيلة القانونية لتفعيل هذه الآثار، ويضع جميع الأطراف تحت رقابة القضاء، بما يضمن حماية الائتمان التجاري وتنظيم استيفاء الديون وفق قواعد محددة. ومن هذا المنطلق، يتضح أن التوقف عن الدفع ليس مجرد خطوة إجرائية، بل هو حالة مالية واقعية، بينما فتح إجراءات الإفلاس هو الوسيلة القانونية لتطبيق النظام القضائي على تلك الحالة.[530]

وخلاصة القول إن التوقف عن الدفع يمثل الحالة الواقعية للعجز المالي للمدين، ويعد شرطا موضوعيا يبرر التدخل القانوني، في حين أن التقدم بفتح إجراءات الإفلاس هو خطوة قضائية رسمية تهدف إلى تفعيل آثار القانون على تلك الحالة. ويكمن الفرق

527 المصري، يوسف عبد الفتاح. التوقف عن الدفع والإفلاس التجاري. دار النهضة، 2021.

528 أحكام نقض الإفلاس: الطعن رقم 975 لسنة 47 ومفاهيم التوقف عن الدفع، دار القانون.

529 Edelman< James, et al. " The evolution of Bankruptcy and Insolvency Laws." High Court of Australia publication, 2019.

530 Principles of Corprate Insolvency Law. 5th ed., Sweet & Maxwell, 2016>

الجوهري بينهما في الطبيعة القانونية والآثار المترتبة، إذ أن الأولى واقع مالي تستخلصه المحكمة من الوقائع، أما الثانية فهي إجراء قضائي يترتب عليه حماية حقوق الدائنين وتنظيم إدارة أموال المدين، بما يعكس الدور التكاملي لهذين المفهومين في نظام الإفلاس والتعثر التجاري.

الفصل الثاني: تحديد تاريخ التوقف عن الدفع وأهميته القانونية

يعد تحديد تاريخ التوقف عن الدفع من القضايا الأساسية في القانون التجاري، لما له من أثر بالغ في تنظيم الإجراءات القانونية المتعلقة بالإفلاس وحماية حقوق الدائنين. فالتوقف عن الدفع يمثل حالة عجز المدين عن الوفاء بالتزاماته المالية عند حلول آجالها، ويكتسب أهميته القانونية ليس من مجرد حدوث العجز، بل من اللحظة التي يثبت فيها هذا العجز وتترتب عليه آثار قانونية. ويعتبر تاريخ التوقف عن الدفع نقطة الانطلاق التي يستند إليها في فتح إجراء شهر الإفلاس، إذ يتيح للقضاء معرفة متى بدأ اضطراب مركز المدين المالي وما إذا كان هذا الاضطراب يستدعي التدخل القانوني لحماية الائتمان التجاري وتنظيم العلاقة بين الدائنين والمدين.

وتحديد هذا التاريخ ليس مجرد مسألة شكلية، بل يتطلب دراسة دقيقة للوقائع المالية للمدين، بما في ذلك عجزه الفعلي عن الوفاء بديونه، ونقص السيولة، وتوقف نشاطه التجاري أو اضطرابه، وتراكم الديون المستحقة. فالخطأ في تقدير تاريخ التوقف عن الدفع قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة، مثل منح بعض الدائنين مزايا على حساب الآخرين أو حرمانهم من استيفاء حقوقهم، وهو ما يتعارض مع مبدأ المساواة بين الدائنين وحماية مصالحهم.[531] ومن هنا، يبرز دور القضاء في استخلاص هذا التاريخ من الظروف الموضوعية للمدين.

وانطلاقا من هذه الأهمية، يهدف هذا الفصل إلى توضيح دور القضاء في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع واستعراض الآثار القانونية المترتبة على ذلك. فالقضاء يحدد هذا التاريخ بناء على الوقائع المالية للمدين، مثل عدم قدرته على الوفاء بديونه عند حلول آجالها. ويتيح تحديد التاريخ للقضاء تطبيق الآثار القانونية بدقة، سواء في ترتيب حقوق الدائنين أو مراقبة تصرفات المدين السابقة، بما يضمن حماية مصالح الأطراف وتنظيم العلاقة القانونية بين المدين والدائنين.

المبحث الأول: دور القضاء في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع

يعد تحديد تاريخ التوقف عن الدفع من أهم المهام التي يقوم بها القضاء في مجال الإفلاس والتعثر المالي، إذ يشكل هذا التاريخ المرجع الأساسي الذي تبنى عليه آثار القانون المرتبطة بواقعة العجز المالي للمدين. ويكتسب هذا الدور أهمية بالغة، لأن أي خطأ في تقدير تاريخ التوقف عن الدفع قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة، سواء فيما يتعلق بحقوق الدائنين أو في حماية مصالح المدين نفسه. وبناء على ذلك، يضطلع القضاء بمهمة استخلاص التاريخ بدقة استنادا إلى الوقائع المالية الفعلية للمدين، مع مراعاة جميع المؤشرات التي تكشف عن حالة العجز الفعلي وعدم القدرة على الوفاء بالديون المستحقة. ومن بين هذه المؤشرات: تراكم الديون المستحقة، نقص السيولة النقدية، توقف النشاط التجاري أو اضطرابه، واعتماد المدين على وسائل غير عادية لسداد الالتزامات. ويمكّن التركيز على هذه الوقائع من الفصل بين حالات التأخير العرضي في السداد والتعثر المالي الجسيم الذي يبرر فتح إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية.[532]

ويتمثل الدور القانوني للقضاء في هذه العملية في التأكد من أن العجز المالي للمدين ليس مجرد صعوبة عابرة أو تأخير مؤقت، بل حالة حقيقية ومستدامة تستدعي التدخل القانوني. فالقاضي يعتمد على جميع الأدلة المتاحة، بما في ذلك المستندات المالية،

531 "ترتيب أولوية الدفع في الإجراءات الجماعية." المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، 2022، https://asjp.cerist.dz/en/article/263489

532 الزيات، أحمد. قانون التجارة: الشركات التجارية والإفلاس. بيروت: دار الفكر القانوني، 2017.ص 220.

والحسابات البنكية، والسجلات التجارية، والقرائن المحيطة بسلوك المدين المالي، لتحديد اللحظة الدقيقة التي يمكن اعتبارها تاريخ التوقف عن الدفع. ويعد هذا التاريخ بمثابة النقطة الفاصلة التي تنطلق عندها الآثار القانونية على كل من المدين والدائنين، بما في ذلك ترتيب الحقوق، وتقييد تصرفات المدين، ومراقبة العمليات المالية السابقة للثبوت.[533] ومن هذا المنطلق، فإن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع ليس مجرد إجراء شكلي، بل هو خطوة جوهرية تحدّد نطاق تطبيق القانون وتضمن العدالة بين الأطراف.

كما يكتسب القضاء أهمية إضافية من خلال دوره في حماية الائتمان التجاري وضمان استقرار المعاملات. فبتحديد التاريخ بدقة، يستطيع القضاء منع التمييز بين الدائنين وحماية مصالح جميع الأطراف المتضررة من تعثر المدين. كما أن هذا التحديد يتيح التحكم في الآثار المرتبطة بتصرفات المدين السابقة لتوقفه عن الدفع، مثل العمليات التي قد تفضي إلى تفضيل بعض الدائنين على حساب الآخرين، وهو ما يضمن توزيعا عادلا للأموال وفق قواعد القانون. ومن المهم أن يكون القضاء في هذا المجال حياديا ومستندا إلى عناصر موضوعية، بعيدا عن أي تقديرات شخصية أو افتراضات لا تستند إلى الواقع المالي للمدين.[534]

ويؤكد الفقه أن دور القضاء في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع لا يقتصر على مجرد تعيين لحظة زمنية، بل يشمل تقييم الوضع المالي للمدين بشكل كامل، بما في ذلك القدرة على الوفاء بالالتزامات، ومستوى السيولة المتاحة، وحجم الديون، وطبيعة النشاط التجاري. كما يتضح أن هذه العملية تعد أساسا قانونيا لبدء جميع الإجراءات المتعلقة بالإفلاس، سواء كانت تسوية مالية أو تصفية أصول، فهي تحدد متى تبدأ آثار القانون في النفاذ، وما هي الحقوق التي تستوفى أولا. ويعكس هذا الدور قدرة القضاء على تحقيق التوازن بين حماية مصالح الدائنين وتمكين المدين من معالجة وضعه المالي عند الإمكان، بما يحقق العدالة ويضمن حسن سير النشاط التجاري.[535]

وخلاصة القول، إن دور القضاء في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع يعتبر من الركائز الأساسية لنظام الإفلاس والتعثر المالي، إذ يمثل اللحظة التي تنطلق عندها جميع الآثار القانونية ويبنى عليها ترتيب الحقوق والمسؤوليات. ويضمن هذا الدور، عند تطبيقه بدقة، حماية مصالح الأطراف كافة وتنظيم العلاقات المالية، ويعكس قدرة القانون على التعامل مع حالات التعثر المالي بطريقة عادلة وموضوعية، بما يحافظ على استقرار المعاملات التجارية ويضمن حسن سير الائتمان.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على تحديد تاريخ التوقف عن الدفع.

يعد تحديد تاريخ التوقف عن الدفع خطوة محورية في تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بالإفلاس والتعثر المالي، إذ يشكل هذا التاريخ المرجع الذي ترتبط به جميع الآثار القانونية اللاحقة. فالوقائع المالية للمدين قبل وبعد هذا التاريخ تتخذ أهمية كبيرة في ضبط ترتيب الحقوق والالتزامات، وتنظيم العلاقة بين المدين والدائنين بطريقة عادلة. ويعتبر تاريخ التوقف عن الدفع الحد الفاصل الذي يحدد متى تبدأ التدابير القانونية التي تهدف إلى حماية الدائنين، مثل حصر أصول المدين، وإيقاف جميع الدعاوى التنفيذية الفردية، ومراقبة تصرفات المدين السابقة، بما يمنع أي استغلال لموقفه المالي على حساب الدائنين الآخرين.[536]

ومن أهم الآثار القانونية لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع أثره في ترتيب الديون وحقوق الدائنين، حيث يعتبر هذا التاريخ أساسا لتحديد الأولويات بين الدائنين وتنظيم عملية استيفاء المطالبات المالية. فالقانون يسعى إلى منع أي تمييز غير مبرر بين الدائنين، ويمنح القضاء القدرة على تطبيق قواعد عادلة لتوزيع أموال المدين. كما أن تحديد التاريخ بدقة يمكن القضاء من معرفة أي

533 سيعد يوسف. القضاء والتوقف عن الدفع في الإفلاس التجاري. القاهرة: دار الفكر القانوني، 2020. ص. 98.

534 حمود، سامي. القانون التجاري: الأعمال التجارية، التاجر المحاكم التجارية. دار الثقافة للنشر والتوزيع.

535 الخطيب، علي. الإفلاس التجاري وإجراءات التصفية القضائية للشركات. دار النهضة العربية، 2018.

536 الرفاعي، كوثر. "مسؤولية الإدارة العليا إثر التوقف عن الدفع." مجلة الشركات والقانون، مجلد 4، 2019، ص.88.

العمليات المالية التي قام بها المدين قبل هذا التاريخ قد تكون مشوبة بمحاولات تفضيل بعض الدائنين على الآخرين، ومن ثم اتخاذ القرارات اللازمة لإبطال أو تعديل آثار هذه التصرفات وفق القانون، بما يضمن حماية الحقوق المتساوية لكل الدائنين.[537]

ويترتب على تحديد تاريخ التوقف عن الدفع أثر آخر يتمثل في تنظيم إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية. إذ يتيح هذا التاريخ للقاضي تحديد اللحظة التي يبدأ عندها تطبيق الآثار القانونية بشكل رسمي، سواء على مستوى حصر الأصول أو توزيع الديون أو مراقبة تصرفات المدين. كما يسمح هذا التحديد بمعالجة الحالات التي قد يكون فيها المدين قد حاول تفادي السداد أو أقدم على تحويل أصوله قبل التوقف، وهو ما يضمن تكافؤ الفرص بين جميع الدائنين وحماية الائتمان التجاري. وبذلك، يصبح تاريخ التوقف عن الدفع أداة قانونية مهمة لضمان الانضباط في المعاملات التجارية ومنع أي تصرفات من شأنها الإضرار بالمصلحة العامة أو بمصالح الدائنين.[538]

علاوة على ذلك، فإن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع يسهم في تمييز العجز المالي الحقيقي عن حالات التأخير العرضي في السداد، وهو ما يعد معيارا دقيقا لتطبيق القانون بطريقة عادلة. فالتأخير البسيط أو المؤقت لا يرتب نفس الآثار القانونية، بينما يتيح التاريخ المحدد للتوقف عن الدفع للقضاء التمييز بين التعثر المالي الجسيم والظروف العابرة، بما يضمن عدم تطبيق التدابير القضائية إلا عند الحاجة الحقيقية إليها.[539] ويعكس ذلك دور القضاء في ضبط العدالة بين الأطراف، وتحقيق التوازن بين حماية حقوق الدائنين وتمكين المدين من معالجة وضعه المالي متى أمكن.

كما أن للآثار القانونية لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع بعدا وقائيا وتنظيميا، إذ تساعد في منع أي استغلال لموقف المدين المالي، سواء من قبل الدائنين أو من قبل المدين نفسه. فبتحديد هذا التاريخ، تصبح كل المعاملات اللاحقة تحت رقابة القضاء، وتطبق القواعد القانونية على جميع الأطراف وفق معايير عادلة وموضوعية. كما يتيح هذا التحديد للقضاء تقييم الوضع المالي للمدين بشكل كامل، بما في ذلك قدرته على الوفاء بالالتزامات، ومستوى السيولة المتاحة، وحجم الديون، وطبيعة النشاط التجاري، وذلك لضمان تطبيق القانون بدقة وفعالية.[540]

وخلاصة القول إن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع ليس مجرد إجراء شكلي، بل هو خطوة قانونية أساسية ترتبط بها جميع الآثار المترتبة على حالة التعثر المالي. فبفضل هذا التاريخ يمكن للقضاء تنظيم العلاقة بين المدين والدائنين، وترتيب الحقوق وتوزيع الأموال بشكل عادل، ومراقبة تصرفات المدين السابقة، بما يضمن حماية الائتمان التجاري واستقرار المعاملات. ويظهر من ذلك أن أهمية تحديد هذا التاريخ تتجاوز مجرد الزمن القانوني لتصبح أداة فعالة لتحقيق العدالة والتوازن في النظام التجاري، وضمان حسن سير النشاط الاقتصادي ومنع أي تجاوزات قد تضر بمصالح الأطراف كافة.

الفصل الثالث: دور الدفاتر التجارية في إثبات حالة التوقف عن الدفع.

تكتسب الدفاتر التجارية أهمية بالغة في المجال التجاري والقانوني، إذ تمثل المرجع الأساسي الذي يستند إليه لإثبات الحالة المالية للتاجر ومدى قدرته على الوفاء بالتزاماته. ويصبح هذا الدور أكثر وضوحا عند التعامل مع حالات التوقف عن الدفع، حيث يتطلب القانون تحديد ما إذا كان المدين قد وصل فعليا إلى حالة عجز مالي تمنعه من الوفاء بديونه المستحقة. وتتيح الدفاتر التجارية، من خلال تسجيلها المنتظم لجميع العمليات المالية والتجارية، مثل الإيرادات والنفقات، الأصول والخصوم، وتحركات النقدية، إمكانية الاطلاع على صورة دقيقة وشاملة عن الوضع المالي للمدين، بما يمكن القضاء من تقييم مدى جدية العجز المالي. فبدون

537 سعد، يوسف." دور التوقف عن الدفع في إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية." مجلة الحقوق الاقتصادية، مجلد 8، 2019.

538 السنهوري، عبد الرزاق." الوقائع المادية القانونية وأثرها على الإفلاس." مجلة أبحاث القانون المدني، مجلد 21، 2016.

539 القيسي، نزار. " سلطة القاضي في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع." مجلة القضاء والتشريع، مجلد 6، 2020.

540 حمدي، عبد الرحمن. التوقف عن الدفع كأساس لشهر الإفلاس. القاهرة: دار النهضة العربية. 2016.

هذه الوثائق، يصعب على المحكمة أو الدائنين التمييز بين حالات التأخير العرضي في السداد والعجز المالي الحقيقي الذي يستدعي تدخل القضاء.[541]

ويكتسب دور الدفاتر التجارية أهمية إضافية في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع، إذ يستفاد منها لتحديد اللحظة الدقيقة التي بدأ عندها المدين يفتقد القدرة على الوفاء بالتزاماته. فمن خلال دراسة القيود اليومية والدفاتر العامة، يمكن استنتاج الفجوات المالية وتراكم الديون وعدم كفاية السيولة لتغطية الالتزامات، وهو ما يساعد القضاء في اتخاذ قراراته بشأن فتح إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية. كما تعد الدفاتر التجارية أداة موضوعية تتيح محاكمة عادلة للمدين، فهي تقدم دليلا ملموسا على الأوضاع المالية الفعلية، بعيدا عن التصريحات الشخصية أو التقديرات غير الدقيقة، مما يعزز مصداقية القرارات القضائية ويضمن حماية حقوق جميع الأطراف.[542]

ولا يقتصر دور الدفاتر التجارية على إثبات العجز المالي فحسب، بل يمتد أيضا لمراقبة تصرفات المدين السابقة لتوقفه عن الدفع. فالمراجعة الدقيقة للدفاتر تكشف أي عمليات مالية قد تكون تهدف إلى تفضيل بعض الدائنين على حساب الآخرين، أو تحويل أصول بغرض تفادي الوفاء بالديون، وهو ما يمكّن القضاء من اتخاذ التدابير القانونية اللازمة لمعالجة هذه التصرفات. ومن ثم، تصبح الدفاتر التجارية أداة فعالة ليس فقط في إثبات التوقف عن الدفع، بل في حماية الائتمان التجاري وتنظيم العلاقة بين المدين والدائنين، بما يضمن العدالة والمساواة في استيفاء الحقوق.

وانطلاقا من هذه الأهمية، يهدف هذا الفصل إلى تحديد القيمة القانونية لدفاتر التجارية في الإثبات وكذلك دورها في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع والتي بدورها يمكن معرفة اللحظة التي يصبح فيها المدين غير قادر عن الوفاء بالتزاماته.

المبحث الأول: القيمة القانونية لدفاتر التجارية في الإثبات

تعد الدفاتر التجارية أداة أساسية في حياة التاجر، فهي الوسيلة التي توثق من خلالها كل العمليات المالية والتجارية، وتعتبر سجلا رسميا وموثقا يعتمد عليه في إثبات الحقوق والالتزامات.[543] وقد نصت القوانين المحلية على نظام محدد للدفاتر التجارية، يفرض على التاجر تسجيل جميع معاملاته اليومية والمالية وفق قواعد محددة تضمن تنظيم العمل التجاري وشفافيته. ويكتسب هذا النظام أهمية كبيرة ليس فقط على المستوى الإداري، بل على المستوى القانوني، إذ يعد الالتزام بالدفاتر التجارية مؤشرا على احترام التاجر للقواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الحقوق وتنظيم المعاملات التجارية. ويعطي هذا النظام أيضا أداة محكمة لتوثيق الوقائع المالية، يمكن الرجوع إليها عند نشوء النزاعات التجارية أو المالية بين الأطراف، سواء كانت بين التاجر والدائنين أو بين شركاء العمل التجاري.

وتظهر قيمة الدفاتر التجارية في الإثبات القانوني بشكل واضح عند النظر إلى النزاعات المالية، فهي توفر بيانات دقيقة عن الإيرادات والنفقات والالتزامات المستحقة، إضافة إلى الأصول والخصوم، مما يمكّن القضاء من تكوين صورة دقيقة عن الوضع المالي للتاجر.[544] وبفضل هذه البيانات، يمكن تحديد مدى قدرة التاجر على الوفاء بالتزاماته المالية، وهو ما يترتب عليه اتخاذ قرارات قانونية دقيقة في إدارة النزاعات، سواء كانت تتعلق بتحصيل الديون أو تقييم المسؤوليات المالية أو الفصل في أي نزاع تجاري. وتعد الدفاتر التجارية مصدرا رسميا يمكن الاعتماد عليه أمام القضاء، إذ توفر دليلا موضوعيا يعكس الواقع المالي الفعلي للتاجر، بعيدا عن أي تقديرات أو افتراضات شخصية.

---

541 المصري، يوسف عبد الفتاح. المسائل العملية في الدفاتر التجارية والتوقف عن الدفع. دار النهضة القانونية، 2020.

542 ينظم نظام الدفاتر التجارية كيفية احتفاظ التاجر بسجلاته المالية، والدفاتر المطلوبة، وفترات الحفظ، وأصول الإثبات أمام القضاء. للمزيد أنظر: نظام الدفاتر التجارية السعودي. المرسوم الملكي رقم (40\م) بتاريخ 19\6\1388هـ. المملكة العربية السعودية.

543 اللائحة التنفيذية لنظام الدفاتر التجارية السعودي. وزارة التجارة، المملكة العربية السعودية، 1420هـ.

544 Bankruptcy & Insolvency Law: Law and Practice. Druck Media Private Limited, 2023.

وللدفاتر التجارية دور بالغ الأهمية في حالات التوقف عن الدفع، فهي الوسيلة الأساسية لتحديد اللحظة التي يصبح فيها التاجر غير قادر على الوفاء بالتزاماته. من خلال دراسة القيود اليومية والسجلات المالية، يمكن استنتاج تراكم الديون ونقص السيولة، وهو ما يمثل دليلا واضحا على حالة العجز المالي. وبذلك، تصبح الدفاتر التجارية أداة فعّالة في إثبات التوقف عن الدفع، إذ يتيح للقضاء الاعتماد على أدلة موضوعية لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع وتطبيق الآثار القانونية المترتبة على هذه الحالة. كما تساعد الدفاتر على الفصل بين العجز المالي الحقيقي والتأخير المؤقت في السداد، ما يضمن تطبيق القانون بدقة ويضمن حماية حقوق الدائنين دون المساس بمصالح المدين.[545]

ولا يقتصر دور الدفاتر التجارية على إثبات التعثر المالي، بل يمتد أيضا لمراقبة تصرفات التاجر السابقة لتوقفه عن الدفع، وهو ما يسمح للقضاء بالكشف عن أي محاولات لتفضيل بعض الدائنين على حساب الآخرين أو تحويل أصول بغرض التهرب من الالتزامات. ويعطي هذا القضاء القدرة على اتخاذ القرارات القانونية المناسبة لتعديل آثار هذه التصرفات، بما يضمن حماية الحقوق المتساوية لجميع الدائنين والحفاظ على النظام التجاري والائتمان التجاري. وتوضح هذه المراقبة أن الدفاتر التجارية ليست مجرد أدوات إدارية، بل وسيلة لتحقيق العدالة وتنظيم العلاقات المالية بين جميع الأطراف.[546]

ويظهر نظام الدفاتر التجارية بشكل واضح في تنظيم عملية الإثبات، إذ يحدد القانون أنواع الدفاتر التي يجب على التاجر الاحتفاظ بها، مثل دفتر اليومية ودفتر الأستاذ، ويضع قواعد لتسجيل العمليات اليومية بشكل منتظم. ويتيح هذا التنظيم للقضاء والجهات الرقابية إمكانية مراجعة العمليات المالية ومطابقتها مع الوقائع الواقعية، ما يعزز من مصداقية السجلات ويمنع التلاعب المالي. كما يوفر النظام أداة لتحديد المخالفات المالية، واتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة عند وجود أي خلل في التسجيل، مما يعكس القيمة القانونية للدفاتر في إثبات الحقوق وتنظيم الالتزامات المالية.[547]

وتظهر أهمية الدفاتر التجارية أيضا في تعزيز الشفافية والمصداقية في المعاملات التجارية، فهي توفر سجلا موثوقا يمكن الاعتماد عليه عند الفصل في النزاعات. فالاعتماد على الدفاتر يقلل من احتمال التلاعب أو تزوير المعاملات، ويساعد على توضيح جميع الحقوق والالتزامات المالية، ويضمن حماية حقوق الدائنين وتنظيم العلاقة القانونية بين المدينين والدائنين وفق النظام القانوني المعتمد.[548] ويظهر هذا الدور بوضوح عند مراجعة حسابات المدين، إذ يمكن للسلطات القضائية والمالية تحديد صحة المعاملات المالية، ومطابقة البيانات المسجلة مع الوقائع الواقعية، واتخاذ القرارات القانونية اللازمة استنادا إلى ذلك.

وخلاصة القول، إن الدفاتر التجارية تشكل ركيزة أساسية في الإثبات القانوني، فهي توفر سجلا موضوعيا ومنظما لجميع العمليات المالية للتاجر، وتمثل أداة قانونية محورية يعتمد عليها القضاء في تحديد الحقوق والالتزامات، وإثبات حالات التوقف عن الدفع. ويظهر من هذا الدور أن الدفاتر التجارية ليست مجرد أداة إدارية، بل وسيلة قانونية تساهم في تحقيق العدالة وحماية مصالح الأطراف كافة، وتنظيم العلاقات التجارية وفق ما يقرره القانون، مما يجعل الالتزام بنظام الدفاتر التجارية ضرورة قانونية وشرطا أساسيا لضمان فعالية الإثبات في المجال التجاري.

المبحث الثاني: الدفاتر التجارية كوسيلة لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع

إن أنظمة الدفاتر التجارية في معظم التشريعات تهدف إلى توحيد المنهج الذي يجب أن يتبعه التاجر في تسجيل معاملاته، فينبغي أن تتضمن هذه الدفاتر قيودا منتظمة تمثل كل العمليات المالية التي قام بها التاجر خلال فترة معينة. على سبيل المثال، يشترط القانون التجاري في العديد من الدول أن يحتفظ التاجر بدفاتر يومية وأخرى عامة تشمل دفتر اليومية ودفتر الأستاذ، ويتعين أن

545 بكر، سامي. الضوابط القانونية للدفاتر التجارية. دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2016.

546 الشريف، محمد بن علي. الدفاتر التجارية: أسس وإجراءات الإثبات. دار القلم للنشر، 2017.

547 نظام الدفاتر التجارية السعودي، المملكة العربية السعودية.

548 الحميدي، عبد الله. انتظام الدفاتر التجارية وأثره في الإثبات المالي للتاجر. دار الفكر العربي، 2017.

ISSN:2509-0291

تعكس هذه السجلات الواقعي المالي بشكل دقيق، دون تزييف أو تأخير في التسجيل.549 ولهذا السبب، فإن القوانين تفرض على التاجر تحمل تبعات عدم الالتزام بنظام الدفاتر، فقد يترتب على ذلك اعتبار الدفاتر غير معتمدة كوسيلة إثبات، أو تحميل التاجر عبء الإثبات المعاكس. وقد نصت العديد من الأنظمة على أن الدفاتر التجارية، إذا كانت منتظمة ومودعة لدى الجهات المختصة، فإنها تعد دليلا قانونيا قويا يعتد به في المنازعات، ما يعطيها قيمة قانونية عالية عند النزاع حول تحديد تاريخ التوقف عن الدفع.550

تستخدم الدفاتر التجارية لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع من خلال دراسة تسلسل المعاملات المالية التي يسجلها التاجر يوميا. وبالنظر إلى السجلات، يمكن للمحكمة أن تلاحظ تراكم الالتزامات المستحقة على المدين التي لم يتم الوفاء بها مقارنة بالموارد المالية المتاحة، بما في ذلك المخزون النقدي والأصول السائلة، فتظهر فجوة واضحة تشير إلى نقص القدرة على الوفاء بالالتزامات. وفي هذه الحالة، تستخلص المحكمة تاريخ التوقف عن الدفع بناء على الأدلة الموضوعية المقدمة في الدفاتر، وليس بناء على تصريحات الأطراف وحدها.551 وقد أكدت بعض القواعد القانونية أن الدفاتر التجارية تعد وسيلة إثبات أولية يقاس بها العجز المالي، إذ يشكل ارتباطها الوثيق بمعايير النشاط التجاري معيارا موضوعيا يمكن الاعتماد عليه في مثل هذه الحالات.

وبناء عليه، تظهر أهمية الدفاتر التجارية في سياق الحالات التالية: عندما تبدأ الالتزامات في الزيادة بشكل متسارع دون توفر الموارد الكافية لتغطيتها، أو حين تتوقف التحويلات النقدية من الحسابات الجارية لتغطية الالتزامات المستحقة. وفي مثل هذه الحالات، فإن الرجوع إلى الدفاتر يظهر متى بدأ هذا العجز، وهو ما يساعد في تحديد التاريخ الذي بدأ عنده التوقف عن الدفع.552 فعلى سبيل المثال، إذا أظهرت الدفاتر التجارية أن التاجر لم يسدد الفواتير المتتالية خلال فترة محددة رغم وجود موارد نقدية سابقة، فإن ذلك يمكن أن يستخدم لإثبات أن التوقف عن الدفع بدأ في تلك المرحلة. كما تتضح أهمية الدفاتر في الحالات التي تتداخل فيها الالتزامات البنكية مع الالتزامات تجاه الموردين أو الموظفين، إذ يتم تحليل كل هذه الالتزامات ومقارنتها بما لدى المدين من موارد، فيتم تحديد اللحظة الدقيقة التي بدأ عندها العجز المالي.

وما يزيد من أهمية الدفاتر التجارية في الإثبات القانوني هو الدور الذي تلعبه في مراقبة سلوك التاجر قبل تاريخ التوقف عن الدفع. فقد تكشف السجلات عن تصرفات قد تشير إلى سوء نية، كالتحويل غير المبرر للأموال إلى أطراف معينة على حساب أخرى، أو إخفاء بعض الأصول بهدف التهرب من الالتزامات. ويكون لهذه الأدلة الأثر نفسه في تقدير المحكمة لتاريخ التوقف عن الدفع، إذ يمكن أن تربط بين تصرفات المدين وسلوكياته المالية التي سبقت العجز الفعلي، ما يتيح للقضاء اتخاذ ما يراه مناسبا من الإجراءات القانونية التكميلية، بما في ذلك تصحيح ترتيب الحقوق أو إبطاله إذا ثبت التلاعب.553

وترتبط القيمة القانونية للدفاتر التجارية كذلك بكيفية تنظيمها في الأنظمة القانونية. ففي قوانين كثيرة، ينص القانون على أن دفاتر التاجر إذا كانت منتظمة ولم يثبت العكس، فإنها تعد دليلا قاطعا ما لم يثبت خلاف ذلك. ويعد هذا النص في حد ذاته اعترافا بأهمية هذه الدفاتر في الإثبات، خصوصا عند تحديد تاريخ التوقف عن الدفع. ويترتب على ذلك أن القاضي يمكن أن يعتمد اعتمادا كبيرا على ما هو مدون في هذه الدفاتر، بحيث يصبح تاريخ آخر قيد يشير إلى التزامات غير مغطاة موردا موضوعيا لتحديد تاريخ التوقف الفعلي. وإذا ما حدث خلل أو قصور في تنظيم الدفاتر، فقد يؤثر ذلك سلبا على قدرة القاضي على استخلاص

549 قانون التجارة الأردني رقم (22) لسنة 1997 (أحكام الدفاتر التجارية). المملكة الأردنية الهاشمية.

550 نظام الشركات التجاري الإماراتي. المرسوم الاتحادي رقم (2) لسنة 2015، دولة الإمارات العربية المتحدة.

551 القاضي، علي. الدفاتر التجارية وتحديد مركز المدين المالي. دار العلم للنشر، 2017.

552 رمضان، مصطفى. الدفاتر التجارية بين القانون والتطبيق القضائي. مكتبة القانون الحديث، 2019.

553 رمضان، ص. 48.

التاريخ القانوني للتوقف عن الدفع، مما قد يؤدي إلى نزاعات قانونية معقدة حول لحظة بداية الآثار القانونية المترتبة على التوقف.554

والدفاتر التجارية تتيح أيضا تحديد الاختلاف بين التأخر العرضي في السداد والتوقف الفعلي عن الدفع، إذ يمكن للدفاتر أن تظهر أن بعض الالتزامات لم تسدد في مواعيدها رغم وجود موارد كافية، ما قد يشير إلى تأخر عابر، بينما إذا أظهرت السجلات أن الموارد النقدية والأصول السائلة لم تعد كافية لتغطية الالتزامات المتراكمة على نحو مستمر، فإن ذلك يعكس حالة عجز فعلية تعد أساسا لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع. ومن ثم يتضح كيف أن الدفاتر التجارية توفر معيارا موضوعيا يمكن للقضاء الاعتماد عليه في مثل هذه التقييمات الدقيقة، بدلا من الاعتماد على افتراضات أو حجج تعتمد على تقديرات غير موثقة.555

وفي الأطر القانونية التي تنظم الإفلاس، يعد تاريخ التوقف عن الدفع شرطا موضوعيا لاستيفاء عناصر الدعوى، ويترتب عليه تطبيق آثار متعددة مثل حصر الأصول، وإيقاف الدعاوى التنفيذية الفردية، وفتح مساطر التسوية أو التصفية. وعليه، فإن الدفاتر التجارية تمكن من إقامة هذا الشرط الموضوعي، إذ توفر صورة دقيقة عن الوضع المالي في لحظة معينة، وبالتالي يمكن اعتبار التاريخ المستخلص من الدفاتر دليلا قانونيا ثابتا لتطبيق هذه الآثار.556 ولأن الآثار القانونية المترتبة على التوقف عن الدفع قد تكون جسيمة، فإن الاعتماد على الأدلة الموضوعية مثل الدفاتر يمنح الحكم القضائي قوة أكبر ويحد من الطعون القائمة على عدم الدقة في تقدير الحقائق.

ولا يقتصر دور الدفاتر التجارية على تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في النزاعات الفردية بين التاجر ودائنيه، بل يمتد إلى حماية النظام الائتماني التجاري ككل، إذ يوفر الاعتماد على أدلة موثقة ودقيقة بيئة تشجع على الالتزام المالي والشفافية في المعاملات. فعندما يعلم التجار والدائنون أن الدفاتر التاريخية التي تحتفظ بها المنشأة يمكن أن تكون معيارا معترفا به لتحديد الحالات الحرجة مثل التوقف عن الدفع، فإن ذلك يعزز من ثقافة الإدارة المالية السليمة ويحد من إساءة الاستخدام المالي.557

من الأمثلة التطبيقية على ذلك ما يحدث في النزاعات بين الشركات والموردين، حيث يكون المورد مطالبا بإثبات أن الشركة المدين توقفت عن الدفع في وقت معين. إذ يمكن للمورد الرجوع إلى الدفاتر التجارية للشركة المدين، وإظهار أنه في تاريخ محدد تجاوزت الالتزامات الموارد النقدية، وأن الفواتير المتراكمة لم تسدد، وأنه قد مضى وقت طويل دون محاولة إعادة التوازن في الموارد. في مثل هذه الحالة، يستند القاضي إلى ما هو مدون في الدفاتر لتحديد التاريخ الذي بدأ عنده العجز المالي، ومن ثم إعطاء الحق لمورد أو مجموعة من الدائنين في طلب فتح إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية وفقا لنظام الإثبات المعتمد في القانون.558

وفي نزاعات أخرى تتعلق بالديون البنكية، قد يظهر من الدفاتر التجارية أن الشركة المدين لم تسدد دفعات القروض المستحقة في الوقت ذاته الذي بدأ فيه تتراكم مستحقات الموردين، مما يوفر أساسا أكثر قوة لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع مقارنة بالاعتماد على بيانات جزئية أو إفادات غير موثقة. ويمكن أن يستخدم التاريخ المستخلص من الدفاتر أيضا عند التمييز بين الالتزامات التي تستحق قبل تاريخ التوقف وتلك التي نشأت بعده، وهو ما يضمن ترتيب الحقوق وفق مستويات الأولوية القانونية. وتجدر الإشارة إلى أن طرق استخدام الدفاتر التجارية في الإثبات تتطلب دائما مراجعة دقيقة من قبل القاضي أو الخبراء الماليين المعينين من القضاء، بحيث يتم التحقق من مدى انتظام هذه الدفاتر ومطابقتها للمعايير القانونية المطلوبة. وإذا أخفق التاجر في الاحتفاظ بدفاتر منتظمة، فقد يؤدي ذلك إلى استبعاد الدفاتر كأداة إثبات، أو تحميل التاجر عبء الإثبات المعاكس، ما يضعف

554 قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980 (أحكام الدفاتر التجارية). دولة الكويت.

555 الشيباني، أحمد. التاجر والدفاتر التجارية: تنظيم، إثبات، وآثار. دار النهضة العربية، 2015.

556 اللائحة التنفيذية لقانون الإفلاس المصري. وزارة العدل، جمهورية مصر العربية.

557 الشيباني، 2015.

558 الشيباني، 2015.

موقفه القانوني في النزاع القائم حول تحديد تاريخ التوقف عن الدفع. لذا يشدد النظام القانوني على أهمية الالتزام الدقيق بنظام الدفاتر التجارية ليس فقط كالتزام إداري، بل كوسيلة قانونية أساسية يمكن الاعتماد عليها في مثل هذه النزاعات.[559]

ومما تقدم، يتضح أن الدفاتر التجارية تمثل أداة قانونية مركزية في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع، وأنها تسهم في توفير أدلة موضوعية وموثوقة تعكس الواقع المالي للتاجر في لحظة معينة. كما أن استخدامها يسهم في حماية حقوق الدائنين وضمان تطبيق العدالة بين جميع الأطراف، ويسهم في تعزيز الثقة في النظام التجاري وقواعد الإثبات القانونية. ويظهر من ذلك الدور القانوني الحاسم للدفاتر التجارية في تنظيم العلاقات المالية والتجارية، مما يجعل الالتزام بها ضرورة حقيقية لضمان قوة الإثبات القانونية في حالات التوقف عن الدفع والإفلاس وغيرها من النزاعات المالية.

الخاتمة

يمكن القول في نهاية هذا البحث إن الدفاتر التجارية تتجاوز كونها مجرد أداة محاسبية لتصبح وسيلة قانونية محورية في إثبات العجز المالي والتوقف عن الدفع، إذ تمنح القضاء القدرة على استنباط الحقائق المالية بدقة موضوعية تعتمد على سجلات رسمية ومنظمة. فقد ثبت من خلال التحليل القانوني أن الدفاتر التجارية تتيح تتبع جميع العمليات المالية للمدين بشكل متسلسل، بما في ذلك الإيرادات والنفقات والالتزامات والأصول، وهو ما يمكن من تحديد اللحظة الدقيقة التي بدأ عندها التاجر يفتقر إلى القدرة على الوفاء بالتزاماته. هذه القدرة على الاستنتاج الدقيق تجعل الدفاتر أداة حيوية لضمان عدالة الإجراءات القضائية في حالات الإفلاس وتسوية الديون، وتوفر معيارا واضحا للتفرقة بين التأخر العرضي في السداد والتوقف الفعلي عن الدفع، الأمر الذي يعد أساسا لتطبيق أحكام القانون التجاري بشكل منظم وعادل.

كما أن الدفاتر التجارية تتيح للقضاء مراقبة تصرفات المدين المالية قبل التوقف الفعلي، مما يساهم في كشف أي سلوكيات قد تمس حقوق الدائنين، مثل تحويل الأموال بين الدائنين أو تفضيل طرف على آخر، ويضمن بذلك حماية مصالح جميع الأطراف. إلى جانب ذلك، فإن التوثيق المنتظم للدفاتر يعزز الشفافية والمصداقية في النشاط التجاري، ويحد من النزاعات القانونية، ويخلق قاعدة صلبة لإثبات التوقف عن الدفع أمام القضاء، بما يتوافق مع القواعد القانونية المنظمة للدفاتر التجارية والإفلاس.

وبهذا المنظور، يتضح أن الدفاتر التجارية ليست مجرد سجل تجاري، بل تمثل عنصرا قانونيا أساسيا يسهم في تنظيم العلاقات التجارية، وتطبيق العدالة، وضمان حماية حقوق الدائنين، كما تضمن نزاهة العملية القضائية في حالات التعثر التجاري. ومن هذا المنطلق، يكتسب البحث في النتائج العملية والتوصيات القانونية أهمية خاصة، إذ تسعى إلى استخلاص الدروس المستفادة من الدور القانوني للدفاتر، واقتراح آليات تعزيز فعاليتها في إثبات التوقف عن الدفع وتطبيق أحكام الإفلاس بطريقة دقيقة ومنسقة.

النتائج القانونية

- **الدفاتر التجارية دليل إثبات قانوني رئيسي**

تنص معظم التشريعات التجارية على أن الدفاتر المنتظمة تعتبر دليلا أوليا أمام القضاء في حالات النزاع التجاري، ما يمنحها قوة إثبات كبيرة لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع.

- **تحدد الدفاتر تاريخ التوقف عن الدفع بدقة**

توفر الدفاتر المعلومات اللازمة لاستنتاج اللحظة التي أصبح عندها المدين عاجزا عن الوفاء بالتزاماته، بما يشمل مقارنة الالتزامات بالموارد المتاحة وتحليل التراكمات المالية.

559 عبد الله، حسام الدين. التوقف عن الدفع ودور الإثبات في التجاري. دار المعرفة، 2016.

- **تتيح الدفاتر التجارية التمييز بين التأخر المؤقت والتوقف الفعلي عن الدفع**

تبيّن الدفاتر أن بعض التأخيرات في السداد قد تكون عرضية، بينما يظهر العجز المالي المستمر كدليل على التوقف الفعلي، وهو فرق جوهري لتطبيق أحكام الإفلاس.

- **الكشف عن سلوكيات المدين قبل التوقف**

تعكس الدفاتر أي تصرفات مالية غير عادلة قبل التوقف عن الدفع، مثل تفضيل دائنين معينين، أو تحويل الأصول، وهو ما يمكّن القضاء من حماية حقوق جميع الدائنين.

- **ترتيب الحقوق القانونية للدائنين**

تتيح الدفاتر الفصل بين الالتزامات المستحقة قبل وبعد تاريخ التوقف عن الدفع، بما يضمن تطبيق ترتيب الحقوق وفق القانون التجاري وقانون الإفلاس.

- **القوة القانونية للدفاتر المنتظمة**

القضاء يعتمد على الدفاتر المنتظمة والموثقة، أما السجلات غير المنتظمة فقد تستبعد أو تعطى قوة إثبات أقل، ما يبرز أهمية الالتزام القانوني بالنظام التجاري.

- **تعزيز العدالة التجارية والشفافية**

يوفر الالتزام بالدفاتر التجارية بيئة شفافة للممارسات التجارية ويحد من النزاعات، ويضمن نزاهة الإجراءات القانونية في حالات الإفلاس أو التوقف عن الدفع.

التوصيات القانونية

- **الالتزام الكامل بالدفاتر التجارية وفق القانون**

يجب على التجار تسجيل جميع العمليات المالية بشكل منتظم ودقيق وفق التشريعات التجارية، لضمان قوة الإثبات عند النزاع حول التوقف عن الدفع.

- **تفعيل دور الخبراء والقضاء**

ينبغي تمكين القضاء من الاستعانة بخبراء ماليين ومحاسبين معتمدين لتحليل الدفاتر، بما يضمن استنتاج تاريخ التوقف عن الدفع بدقة.

- **استخدام الدفاتر للكشف عن سوء نية المدين**

ينبغي مراقبة أي تصرفات مالية قبل التوقف الفعلي، بما في ذلك تحويل الأموال أو تفضيل بعض الدائنين، لضمان العدالة وحماية حقوق الجميع.

- **الفصل الزمني للالتزامات**

ينصح بتحديد الالتزامات قبل وبعد تاريخ التوقف عن الدفع، لضمان تطبيق ترتيب الحقوق وفق القانون.

- **مراجعة وتدقيق الأنظمة الخاصة بالدفاتر التجارية**

يجب مراجعة التشريعات لضمان أن نظم الدفاتر التجارية تفي بمتطلبات الإثبات القانوني في حالات التوقف عن الدفع والإفلاس.

- **اعتماد نظام الترقيم الإلكتروني للدفاتر التجارية**

استخدام النظم الرقمية لتوثيق العمليات المالية، مع الحفاظ على المراجعة القانونية، يقلل من احتمال التلاعب ويزيد دقة الإثبات.

- **توعية التجار بالقيمة القانونية للدفاتر**

زيادة الوعي القانوني حول أهمية الدفاتر التجارية كوسيلة إثبات، وتوضيح أثرها في حالات الإفلاس والتوقف عن الدفع.

المراجع

أولا: المراجع العربية:-

- العطار، محمد. "التوقف عن الدفع وأثره في شهر الإفلاس." مجلة الحقوق، مجلد 12، عدد2، 2018.
- حمود، سامي. القانون التجاري: الإفلاس والتسوية القضائية. دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015.
- السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس: مصادر الإلتزام. دار إحياء التراث العربي، 1998.
- بن زروق، عبد القادر. القانون التجاري: التاجر والأعمال التجارية. دار هومة، 2014.
- جامعة غرداية. " التفليس بالتقصير والتدليس حسب القانون التجاري." ورقة بحثية، جامعة غرداية، 2025.
- الشيخ، بن بحان. التوقف عن الدفع في الشركات التجارية: دراسة مقارنة. 2024.
- مجلة دجلة. " التوقف عن الدفع في القانون التجاري." مجلة دجلة، 2025.
- طيطوس، فتحي. " الطبيعة القانونية لحالة التوقف عن الدفع." مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد11، العدد1، 2018.
- القاضي، علي. الدفاتر التجارية وتحديد مركز المدين المالي. دار العلم للنشر، 2017.
- القيسي، نزار. "سلطة القاضي في تحديد تاريخ التوقف عن الدفع." مجلة القضاء والتشريع، مجلد 6، 2020.
- الخطيب، علي. الإفلاس التجاري وإجراءات التصفية القضائية للشركات. دار النهضة العربية، 2018.
- الحميدي، عبد الله. انتظام الدفاتر التجارية وأثره في الإثبات المالي للتاجر. دار الفكر العربي، 2017.
- حمدي، عبد الرحمن. التوقف عن الدفع كأساس لشهر الإفلاس. دار النهضة العربية، 2016.
- رمضان، مصطفى. الدفاتر التجارية بين القانون والتطبيق القضائي. مكتبة القانون الحديث، 2019.
- الرفاعي، كوثر. "مسؤولية الإدارة العليا إثر التوقف عن الدفع." مجلة الشركات والقانون، مجلد 4، 2019.
- الزيات، أحمد. قانون التجارة: الشركات التجارية والإفلاس. دار الفكر القانوني، 2017.
- "الوقائع المادية القانونية وأثرها على الإفلاس." مجلة أبحاث القانون المدني، مجلد 21، 2016.
- سعد، يوسف. "دور التوقف عن الدفع في إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية." مجلة الحقوق الاقتصادية، مجلد 8، 2019.
- سيعد، يوسف. القضاء والتوقف عن الدفع في الإفلاس التجاري. دار الفكر القانوني، 2020.
- الصادق، عبد القادر. "التوقف عن الدفع في نظام الإفلاس." مجلة الحقيقة، عدد 16، 2016.
- الشريف، محمد بن علي. الدفاتر التجارية: أسس وإجراءات الإثبات. دار القلم للنشر، 2017.
- الشيباني، أحمد. التاجر والدفاتر التجارية: تنظيم، إثبات، وآثار. دار النهضة العربية، 2015.
- عبد الله، حسام الدين. التوقف عن الدفع ودور الإثبات في التجاري. دار المعرفة، 2016.
- بكر، سامي. الضوابط القانونية للدفاتر التجارية. دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2016.
- محمود، سلامة. "التوقف عن الدفع كشرط من شروط إشهار الإفلاس." 2018.

ثانيا: المقالات والدوريات الإلكترونية.

- "التوقف عن الدفع في الشركات التجارية: تعريف عام." AJSP.
- "التوقف عن الدفع في القانون التجاري." مجلة دجلة، 2025.

- "التفليس بالتقصير والتدليس حسب القانون التجاري." جامعة غرداية، 2025.
- "الطبيعة القانونية لحالة التوقف عن الدفع." المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية.
- "توقف التاجر عن الدفع بين المفهوم التقليدي والضرورة الاقتصادية." ASJP.
- "ترتيب أولوية الدفع في الإجراءات الجماعية." المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، 2022.

ثالثا: التشريعات والأنظمة.

- نظام الدفاتر التجارية السعودي. مرسوم ملكي رقم 40/م، 19 يونيو 1388هـ.
- اللائحة التنفيذية لنظام الدفاتر التجارية السعودي. وزارة التجارة، 1420هـ.
- قانون التجارة الأردني رقم 22 لسنة 1997.
- قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.
- نظام الشركات التجاري الإماراتي. مرسوم اتحادي رقم 2 لسنة 2015.
- اللائحة التنفيذية لقانون الإفلاس المصري. وزارة العدل.

رابعا: المراجع الأجنبية.

- Edelman, James, et al. "The Evolution of Bankruptcy and Insolvency Laws." High Court of Australia, 2019.
- Principles of Corporate Insolvency Law. 5th ed., Sweet & Maxwell, 2016.
- Bankruptcy & Insolvency Law: Law and Practice. Druck Media Private Limited, 2023.

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

تعزيز حماية الدائنين من خلال إحداث مؤسسة وكيل الضمانات

Enhancing the protection of creditors through the establishment of a guarantee agent Institution

الباحث : أيمن الصباحي

طالب باحث في سلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة جامعة عبد المالك السعدي

ملخص:

تبنى المشرع الشفافية مسلكا ومنهجا، وللثقة هدفا وغاية من خلال إحداث مؤسسة وكيل الضمانات، التي تكون قادرة على مسايرة التحولات التكنولوجيا التي يعرفها العالم، لذلك عمل المشرع من خلال قانون الضمانات المنقولة على إحداث مؤسسات قانونية جديدة على الساحة القانونية المغربية، وذلك بهدف توفير الحماية اللازمة للعمليات المرتبطة بالضمانات المنقولة نظرا لأهميتها داخل اقتصاديات الدول، وكذا تكريس الشفافية في هذه العمليات وتمثيل الدائنين والقيام باسمهم ولصالحهم بجميع العمليات المتعلقة بالضمانات المنقولة.

وقد هدفت من خلال هذه الدراسة إلى الوقوف على الشروط الخاصة المنظمة لعقد وكالة الضمانات، وصلاحيات هذا الوكيل، كما توصلت الدراسة إلى الآثار المترتبة عن وكالة الضمانات وطرق انقضائها، وكذا المسؤولية المدنية لوكيل الضمانات.

Summary:

The legislator has adopted transparency in a systematic manner, and trust is an objective and goal through the establishment of the institution of the safeguards agent. which is able to keep pace with the technological transformations that the world knows Law on Guarantees in Morocco ", thus establishing new legal institutions in Morocco, with a view to providing the necessary protection for operations related to transferable safeguards, given their importance within States' economies as well as transparency in these processes and the representation and conduct of creditors' name and for all movable security operations.

The purpose of this study was to identify the special conditions governing the contract of the safeguards agency, the powers of this agent, the implications of the safeguards agency and the methods of its expiry, as well as the civil liability of the safeguards agent.

مقدمة:

يقوم ميدان الأعمال على الوضوح والشفافية والثقة في المعاملات بين جميع الفاعلين الاقتصاديين، بهدف تجسيد الأمان والطمأنينة بين المتعاملين في جميع الميادين.

وإذا كانت المقاولات الكبرى تلعب دورا مهما في تطوير الاقتصاد الوطني، فإن المقاولات الصغرى والمتوسطة تلعب نفس الدور، إلا أنها لم تلق في القوانين ما يسعفها لتلعب الدور المنوط بها، وهو تحقيق التنمية خاصة القوانين المتعلقة بالضمانات المشجعة على الائتمان والمنقولة منها.

ولعل هذا ما حدا بالمشرع إلى تبني الشفافية مسلكا ومنهجا، وللثقة هدفا وغاية من خلال إحداث مؤسسة وكيل الضمانات، التي تكون قادرة على مسايرة التحولات التكنولوجيا التي يعرفها العالم، بحيث عرفت الحياة الاقتصادية تطورا ملحوظا مع تطور الزمن،

الأمر الذي حث المشرع على البحث عن حلول قانونية عند غياب الدائنين للدفاع عن حقوقهم، بالشكل الذي توفر الحماية لهم وللأغيار، وكذا حماية الاقتصاد الوطني وتحقيق النفع العام.

لذلك عمل المشرع من خلال قانون الضمانات المنقولة[560] على إحداث مؤسسات قانونية جديدة على الساحة القانونية المغربية، وذلك بهدف توفير الحماية اللازمة للعمليات المرتبطة بالضمانات المنقولة نظرا لأهميتها داخل اقتصاديات الدول، وكذا تكريس الشفافية في هذه العمليات من خلال تمكين الممولين من الإحاطة بجميع المعلومات الضرورية بالضمانة المقدمة ووضعية الذي سيستفيد من التمويل.

ومن أهم هذه المؤسسات نجد وكيل الضمانات، الذي نظمه المشرع المغربي لأول مرة في الباب الخامس من قانون الضمانات المنقولة، وبالضبط من المواد 19 إلى 24، وقد عهد له أن يعمل باسم الدائنين أصحاب الضمانات المنقولة ولمصلحتهم، كما أنه يشكل محطة مهمة في ورش تطوير وتحديث المنظومة القانونية الوطنية المرتبطة بمجال التجارة والمال والأعمال، وعاملا رئيسيا لجلب الاستثمار وتحسين مناخ الأعمال ودعم دورة الإنتاج وتوجيه الادخار العام نحو تمويل المقاولة، وسيؤدي إلى تحسين التصنيف العالمي لبلادنا في مؤشر Doing Business.

من خلال كل ما سبق، فقد ارتأيت دراسة الموضوع وفق الإشكالية التالية:

ما مدى كفاية التنظيم القانوني لوكيل الضمانات كآلية حمائية للدائنين؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية من أهمها:

- ما هي الشروط الخاصة المنظمة لعقد وكالة الضمانات؟
- ما هي صلاحيات وكيل الضمانات؟
- أين تتجلى الآثار المترتبة عن وكالة الضمانات وطرق انقضائها؟

وللإجابة عن الإشكالية الرئيسية والأسئلة المتفرعة عنها سأحاول مقاربة الموضوع من زاويتين، وذلك على الشكل التالي:

المطلب الأول (التنظيم القانوني لعقد وكالة الضمانات)، المطلب الثاني (الآثار المترتبة عن وكالة الضمانات وطرق انقضائها).

المطلب الأول: التنظيم القانوني لعقد وكالة الضمانات

يعد وكيل الضمانات حسب المادة 19 من القانون رقم 21.18 هو كل شخص ذاتي أو اعتباري يعمل باسم الدائنين ولحسابهم بصفته وكيلا عنهم، وذلك لاتخاذ التدابير المتعلقة بإنشاء الضمانات لصالحهم وتقييدها وإدارتها والاحتجاج بها في مواجهة الغير وتحقيقها والقيام بجميع العمليات المرتبطة بها.

ويعمل وكيل الضمانات على تمثيل الدائنين المرتهنين الذين عينوه، والنيابة عنهم في تنفيذ كافة الالتزامات الملقاة على عاتقهم واستيفاء الحقوق المخولة لهم، وبذلك فإنه يعتبر وسيطا في مجال الائتمان، يتعين تمييزه عن غيره من الوسطاء الذين يعملون في مجالات أخرى **(الفقرة الثالثة)** هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فإن وكيل الضمانات لا يمكنه مزاولة المهام المنوطة به، ومواجهة الغير بصفته كوكيل عن الدائنين المرتهنين، إلا بعد تعيينه بموجب عقد صحيح مستوفي لكافة الشروط الموضوعية والشكلية المتطلبة قانونا **(الفقرة الأولى)**. كما يتمتع وكيل الضمانات كمؤسسة مستحدثة تهدف إلى حماية الدائنين وتعزيز تمثيليتهم بصلاحيات واسعة في مجال الضمانات المنقولة **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: الشروط الخاصة المنظمة لعقد وكالة الضمانات

560 القانون رقم **21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة**، بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.76 الصادر في 11 من شعبان 1440 (17 أبريل 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6771 بتاريخ 16 شعبان 1440 (22 أبريل 2019)، ص2058.

لكي يكون عقد وكالة الضمانات صحيحا فإنه يلزم توافر مجموعة من الشروط القانونية، فبالإضافة إلى ضرورة توفر الشروط العامة المتمثلة في أركان عقد الوكالة والمتطلبة في جميع العقود وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب، فهناك بعض الشروط الموضوعية الخاصة **(أولا)**، وكذا شرط الكتابة **(ثانيا)**.

أولا: الشروط الموضوعية الخاصة

لقيام وكالة الضمانات صحيحة فإنه يلزم توافر مجموعة من الشروط القانونية، وبما أن المشرع أحال في تنظيمها على أحكام الوكالة الواردة في ظهير بمثابة قانون الالتزامات والعقود يمكن إجمال هذه الشروط فيما يلي:

1- حلول إرادة وكيل الضمانات محل إرادة الموكل (الدائن):

كما هو معلوم لن يتحقق هذا الحلول إلا بالاتفاق صراحة أو ضمنا بين الموكل والوكيل على ذلك ولا فرق في ذلك بأن تكون الوكالة عامة، يكون فيها النائب مطلق الحرية في التصرف بشرط التقييد بتعليمات الموكل أو أن تكون الوكالة محددة في نطاق معين كأن تنحصر في بيع شيء معين بذاته وصفاته.

وهكذا فإن الوكيل يستوجب عليه أن يتصرف باسم الموكل ولحسابه الخاص، ولكي يتحقق ذلك فإنه يتعين على الوكيل أن يبرز هويته القانونية كوكيل حتى يكون الطرف الآخر على علم وعلى بينة من أمره، وفي حالة ما إذا أغفل الوكيل هذا الإجراء بأن تعاقد باسمه الشخصي دون ذكر الموكل فإن العقد يعتبر ملزما له كما لو كان التصرف لحسابه، بحيث تبقى آثار الوكالة منحصرة في العلاقة بين الوكيل والموكل أما الغير فلا تربطه أي علاقة قانونية بالموكل**561**.

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المغربي على غرار العديد من التشريعات لا يشترط أن تتوفر في الوكيل الأهلية الكاملة، ويتضح هذا المقتضى من خلال الفصل 880 من قانون الالتزامات والعقود**562**. وعدم استراط الأهلية في الوكيل راجع إلى كون أثر التصرف القانوني الذي يجريه لا ينصرف إليه وإنما ينصرف للموكل.

لكن وفي اعتقادنا فإن الأهلية الواجب توفرها في وكيل الضمانات هي الأهلية الكاملة، وذلك نظرا لطبيعة العمليات والتصرفات القانونية التي يجريها لمصلحة الدائنين، بل بالإضافة إلى ذلك فإنه يتعين أن يكون الوكيل ذو خبرة في المجال القانوني والاقتصادي حتى يتسنى له القيام بمهمته على أكمل وجه.

2- تقيد وكيل الضمانات بتعليمات الموكل:

يتعين على الوكيل أن يتقيد بالتعليمات التي سطرها له الموكل مسبقا**563**، حيث يتعين عليه أن يلتزم في تنفيذ الوكالة بحدودها المرسومة وإذا حصل وتجاوز الوكيل حدود وكالته فإن الموكل لا يلتزم بذلك، وفي هذا الإطار ينص الفصل 895 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: " على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها. فلا يسوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة ".

غير أنه بالرجوع إلى المقتضيات المتعلقة بوكيل الضمانات في القانون رقم 21.18 نجده قد خرج عن هذا المبدأ، حيث نص في المادة 21 على أنه استثناء من المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 894 من قانون الالتزامات والعقود يجوز لوكيل الضمانات دون إذن صريح من الموكل:

- ✓ التقاضي باسم الدائنين
- ✓ إنشاء محل الرهن بدون حيازة بعد انقضائه

---

561 إلياس العمراني: " **نظام الضمانات المنقولة وفق القانون رقم 21.18** "، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون والمقاولة، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية: 2019-2020، ص122.

562 جاء في هذا الفصل على أنه: " **يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلا لها. ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل حيث يكفي فيه أن يكون متمتعا بالتمييز وبقواه العقلية، ولو لم تكن له صلاحية إجراء التصرف في حق نفسه. فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة عن نفسه** ".

563 تنقسم الوكالة من حيث نطاقها على وكالة عامة ووكالة خاصة. فالوكالة الخاصة نص عليها الفصل 891 من قانون الالتزامات والعقود، أما الوكالة العامة فهي التي تمنح للوكيل صلاحيات عامة غير مقيدة لإدارة مصالح موكله...

- ✓ التشطيب على الرهن بدون حيازة بعد انقضائه
- ✓ لا يجوز للدائنين الموكلين ممارسة صلاحيات وكيل الضمانات التي وكل للقيام بها باسمهم.

ومنه نجد أن المشرع خول لهذا الجهاز إمكانية تمثيل الدائنين في مواجهة الغير أمام القضاء، وذلك من أجل الدفاع عن مصالحهم وإثبات حقوقهم وهو ملزم في هذا الإطار باحترام والتقيد بالتعليمات والشروط المدرجة في عقد الوكالة، ويكون المشرع المغربي خرج عن المقتضيات العامة لعقد الوكالة وخصوصا ما ينص عليه الفصل 894 من قانون الالتزامات والعقود**564**، وذلك بغاية التوسيع من صلاحية وكيل الضمانات لتوفير حماية أكثر للدائنين.

ثانيا: شرط الكتابة

وضع المشرع أحكاما خاصة لانعقاد عقد وكالة الضمانات تختلف عن الأحكام المنظمة لانعقاد غيرها من الوكالات، فعلى خلاف الفصل 883 من قانون الالتزامات والعقود**565** الذي جعل من حيث المبدأ عقد الوكالة عقدا رضائيا يتم بتراضي الطرفين، بحيث ينعقد بتوافر الأركان الموضوعية المطلوبة طبقا للقواعد العامة تراضي الطرفين الخالي من عيوب الرضا والمحل والسبب المشروعين، وهذا ما نجده كذلك بالنسبة للوكالة التجارية والوكالة بالعمولة بحيث لم يبين المشرع في النصوص المنظمة لهاتين الوكالتين كيفية انعقادها وإنما أحال بشأن ذلك إلى القواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود، فإن المشرع استلزم في المادة 20 من قانون الضمانات المنقولة شكلية خاصة تحت طائلة البطلان**566**.

وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي كذلك حيث اشترط الكتابة في عقد وكالة الضمانات تحت طائلة البطلان بموجب المادة 2488.7 من القانون المدني الفرنسي مع ضرورة الإشارة في هذا العقد إلى صلاحيات وكيل الضمانات ومدتها**567**.

وفي هذا الصدد اشترط قانون OHADA كتابة عقد تعيين وكيل الضمانات، حيث تستوجب المادة السادسة من هذا القانون تضمين الاتفاق الذي يعين بموجبه وكيل الضمانات عدة بيانات إلزامية، وترتب على تخلف إحداها جزاء البطلان**568**.

كما أن المشرع المغربي لم يشترط شكلا كتابيا معينا، وبالتالي فالكتابة كركن في عقد وكالة الضمانات مقبولة سواء كانت رسمية أو عرفية.

الفقرة الثانية: صلاحيات وكيل الضمانات

---

564 ينص الفصل 894 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: " **لا يجوز للوكيل أيا ما كان مدى صلاحياته بغير إذن صريح من الموكل توجيه اليمين الحاسمة ولا إجراء الإقرار القضائي، ولا الدفاع أمام القضاء في جوهر الدعوى، ولا قبول الحكم أو التنازل عنه، ولا قبول التحكيم أو إجراء الصلح، ولا الإبراء من الدين، ولا تفويت عقار أو حق عقاري ولا إنشاء الرهن رسميا كان أم حيازيا أو بدون حيازة، ولا شطب أي رهن من الرهون الرسمية أو الرهون بدون حيازة أو التنازل عن الضمان ما لم يكن ذلك في مقابل الوفاء بالدين، ولا إجراء التبرعات ولا شراء أو تفويت لأصل تجاري أو تصفيته. ولا التعاقد على إنشاء شركة أو شياع، وكل ذلك ما عدا الحالات التي يستثنيها القانون صراحة** ".

565 ينص هذا الفصل على ما يلي: " تتم الوكالة بتراضي الطرفين. ويسوغ أن يكون رضى الموكل صريحا أو ضمنيا، مع استثناء الحالات التي يتطلب القانون فيها شكلا خاصا. كما أنه يسوغ أن يأتي قبول الوكيل ضمنيا، وأن يستنتج من تنفيذه ما وكل فيه مع استثناء الحالات التي يتطلب القانون فيها قبولا صريحا ".

566 نصت المادة 20 من قانون الضمانات المنقولة على أنه: " يتضمن عقد وكالة الضمانات تحت طائلة البطلان البيانات التالية: -تسمية الوكيل بصفته "وكيلا للضمانات"-هوية وكيل الضمانات وعند الاقتضاء موطنه -هوية الدائن أو الدائنين في تاريخ تعيين وكيل الضمانات -مدة مهمة الوكيل ونطاق صلاحياته -تحديد الدين أو الديون المضمونة وعند الاقتضاء المبلغ الأقصى لأصل الدين أو العناصر المحددة له ".

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 2488.7 من القانون الفرنسي اقتصرت على البيانات الخاصة بوكيل الضمانات ولم تتطلب تضمين العقد أي بيان بهم الدائنين والديون المضمونة، وهو نهج مخالف لما سار عليه المشرع المغربي وقانون OHADA اللذان تطلبا تضمين العقد بيانات تخص وكيل الضمانات ومهمته وصلاحياته وأخرى تخص الدائنين بذكر هويتهم، والديون المضمونة عن طريق تحديدها أو بيان كيفية تحديدها إن كانت مستقبلية.

567 « A peine de nullité, la convention par laquelle les créanciers désignent l'agent des sûretés doit être constatée par un écrit qui mentionne sa qualité, l'objet et la durée de sa mission ainsi que l'étendue de ses pouvoirs ».

568 غزلان الأخضر: " النظام القانوني لوكيل الضمانات المنقولة "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -مراكش، السنة الجامعية: 2020-2021، ص36.

يصبح وكيل الضمانات بمجرد تعيينه نائبا عن الدائن أو الدائنين الذين عينوه في القيام بكافة الإجراءات التي تتطلبها العمليات المرتبطة بالضمانات المنقولة المحصل عليها جراء عمليات التمويل المقدمة من قبل هؤلاء الدائنين منذ إنشائها إلى غاية تحقيقها إن اقتضى الحال.

وهكذا حدد المشرع المغربي صلاحياته عقب تعريفه لهذه المؤسسة في المادة 19 من قانون الضمانات المنقولة، فخول لوكيل الضمانات القيام بكل الإجراءات اللازمة لإنشاء الضمانات المنقولة وتقييدها وإدارتها والاحتجاج بها في مواجهة الغير وتحقيقها والقيام بجميع العمليات المرتبطة بها، وأكد ذلك في عدة نصوص قانونية سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في قانون الضمانات المنقولة.

فهو ملزم بتمثيل الدائنين والقيام بمختلف العمليات المرتبطة بها، وله كذلك صلاحية التصريح بديون موكليه (الدائنين) لدى السنديك في حالة خضوع المدين لمساطر صعوبات المقاولة**569**، علما أن الإشارة إلى كونه يتصرف بصفته وكيلا للضمانات تعد كافية.

ومن الصلاحيات المخولة كذلك لهذه المؤسسة إمكانية العمل على إشهار الضمانات المنقولة عن طريق تقييدها في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة، ويتم في هذه العملية الإشارة إلى مرجع الوكالة التي قام على أساسها الوكيل بهذه المهمة**570**، لكن تجدر الإشارة إلى أن المشرع في المادة 17 من قانون الضمانات المنقولة**571** ألزم الطرف الذي قام بتقييد الضمانة في السجل الوطني بالتشطيب عليها داخل أجل 15 يوما من انقضائها تحت طائلة تحمله المسؤولية عن الضرر اللاحق بالطرف الآخر، وهذا ما يجعلنا نتساءل **حول ما إذا كان مفهوم الطرف ينسحب إلى وكيل الضمانات؟** وبالتالي يتعين عليه القيام بتشطيب التقييدات التي قام بها تحت طائلة تحمل المسؤولية، أم أن هذا المفهوم يقتصر فقط على الدائن المرتهن والمدين الراهن**572**.

باستحضار مقتضيات المادة 21 من نفس القانون التي منحت لوكيل الضمانات صلاحية القيام بتشطيب التقييدات التي قام بها بدون إذن صريح من الموكل، يمكن لنا القول أن الوكيل معني بمقتضيات المادة 17، وبالتالي يتعين عليه تشطيب التقييدات التي قام بها تحت طائلة تحمله المسؤولية، وهذا خلافا لما نص عليه الفصل 894 من قانون الالتزامات والعقود.

وبخصوص مصير عقد الوكالة والصلاحيات المخولة لوكيل الضمانات في الحالة التي يقوم فيها الدائن بحوالة كل أو جزء من حقوقه، فقد أجاب المشرع عن هذه النقطة في المادة 22 من القانون رقم 21.18**573**، وحسب هذه المادة فإن وكيل الضمانات يستمر في أداء مهامه بشكل عادي، بحيث إذا قام الدائن بحوالة كل حقوقه فإن الوكيل سيصبح ممثلا للمحال لها، أما إذا كانت الحوالة تخص جزء من حقوق الدائن فإن الوكيل يبقى ممثلا للدائن وفي نفس الوقت يمثل المحال له في الجزء الذي انتقل له من الحقوق**574**.

---

569 وفي هذا الإطار تنص المادة 719 من الكتاب الخامس من مدونة التجارة على أن الدائن يمكن له أن يصرح بدينه بنفسه أو بواسطة وكيل من اختياره، وبالتالي فإذا كان الدائن قد عين وكيلا للضمانات فإن هذا الأخير هو من سيقوم بعملية التصريح بالدين لدى السنديك.

570 تنص المادة 14 من قانون الضمانات المنقولة على ما يلي: " **تتم عملية إشهار الضمانة عن طريق تقييد إشعار في السجل الوطني بمبادرة من الراهن أو الدائن المرتهن أو من وكيل الضمانات المنصوص عليه في الباب الخامس من هذا القانون... وفي جميع الحالات تتم الإشارة إلى مراجع الوكالة من أجل القيام بإجراءات تقييد الضمانات المنقولة بالسجل المذكور بما فيها التقييدات اللاحقة والتشطيبات** ".

571 تنص هذه المادة على ما يلي: " **يتعين على الطرف الذي قام بتقييد الضمانة أو أي عملية معتبرة في حكمها في السجل الوطني أن يقوم بالتشطيب عليها، وإلا كان مسؤولا عن الضرر اللاحق بالطرف الآخر، وذلك داخل أجل خمسة عشر (15) يوما بعد انتهاء أجل تقييدها أو بعد الوفاء بالدين أو في حالة فسخ العقد أو إبطاله أو بطلانه أو في حالة أخرى منصوص عليها في القانون** ".

572 الحسين أحماني: " تحقيق الضمانات المنقولة على ضوء القانون رقم 21.18 "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -مراكش-، السنة الجامعية: 2020-2021، ص85-86.

573 تنص هذه المادة على أنه: " **لا تؤثر الحوالة التي يقوم بها الدائن لكل أو جزء من حقوقه برسم الديون المضمونة على صلاحيات وكيل الضمانات. وفي هذه الحالة يحل المحال له محل المحيل بصفته طرفا في الوكالة** ".

574 إلياس العمراني: " نظام الضمانات المنقولة وفق القانون رقم 21.18 "، مرجع سابق، ص127-128.

كما يحق لوكيل الضمانات في حالة عدم وفاء المدين بالدين المضمون، وبعد استيفاء كافة الإجراءات التي تتطلبها المرحلة السابقة للتحقيق الفعلي للضمانة، أن يعمل على التنفيذ على الشيء المرهون عن طريق سلوك إحدى طرق التحقيق التي يتم الاتفاق عليها مع المدين سواء عند إنشاء الرهن عندما يتطلب القانون ذلك أو بعد تحقق واقعة عدم الوفاء575.

هكذا نلاحظ أن المشرع عمل من خلال القانون رقم 21.18 على تعزيز تمثيلية الدائنين لضمان حماية أكثر لمصالحهم من خلال إحداث مهمة وكيل الضمانات، وقد حدد المشرع مهمة وكيل الضمانات ووسع من صلاحياته، غير أنه لم يحدد من هم الأشخاص الذين يمكن لهم القيام بمهمة وكيل الضمانات، وما هي المواصفات والخبرة التي يجب أن تتوفر في وكيل الضمانات نظرا لتعقد وتشعب العمليات المتعلقة بالضمانات المنقولة التي سيقوم بها، كما أن المشرع أغفل تحديد الطرف الذي سيدفع أجرة وكيل الضمانات ومكان إيداعها. وجوابا على هذا الإشكال أوضح السيد وزير العدل في إطار المناقشة التي أجريت بخصوص القانون رقم 21.18، أن وكيل الضمانات يتم تكليفه من طرف الدائن وهو يعمل لصالحه وبإمكان تغييره متى أراد فضلا عن ذلك فإن الدائن هو من يتحمل أتعاب هذا الوكيل576.

وفي يجب الإشارة إلى مسألة مهمة وهي أن صلاحيات الوكيل تتحدد بشكل دقيق في عقد الوكالة، تفاديا لأي نزاع محتمل حول حدود هذه الصلاحيات وفي حالة عدم تحديد نطاق صلاحيات الوكيل في العقد، فهذا الأخير يكون باطلا577.

الفقرة الثالثة: تمييز عقد وكالة الضمانات عن بعض العقود المشابهة

يعد وكيل الضمانات وسيطا في المجال الائتماني يعمل على تمثيل الدائنين الذين عينوه والقيام بكافة الإجراءات التي يستلزمها الحفاظ على مصالحهم في مواجهة مدينهم، وبذلك يندرج عمله ضمن أعمال الوساطة، الأمر الذي يقتضي تمييزه عن باقي الوسطاء من قبل الوكيل التجاري **(أولا)** والوكيل بالعمولة **(ثانيا)** ثم الوكيل القضائي **(ثالثا)** ووكيل التأمين **(رابعا)** ومن بعده الوكيل الإلكتروني **(خامسا)**، وكذا سنميزه عن جمعية الدائنين **(سادسا)**.

أولا: وكيل الضمانات والوكيل التجاري

حسب المادة 393 من مدونة التجارة المغربية نجد أن الوكيل التجاري يقوم بصفة اعتيادية وبدون أن يكون مرتبطا بعقد عمل بأعمال تهم بيوعات أو أشرية وبصفة عامة جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر أو منتج أو وكيل تجاري آخر يلتزم من جهته بأدائه أجرة عن ذلك. أما المشرع الفرنسي عرفه في الفقرة الأولى من المادة 134 من مدونة التجارة بأنه: " الوكيل الذي يقوم بصفة مهنية مستقلة دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمة وبصفة دائمة بالتفاوض وعند الاقتضاء بإبرام عقود بيع أو شراء أو كراء أو تقديم خدمات باسم ولحساب منتجين أو صناع أو تجار أو وكلاء تجاريين آخرين، يمكن أن يكون شخصا ذاتيا أو شخصا معنويا "578.

ومنه يتضح أن الوكيل التجاري شأنه شأن وكيل الضمانات يتصرف باسم ولحساب الموكل، مع اختلاف بينهما من حيث اختصاصات كل واحد منهم، فإذا كان اختصاص الوكيل التجاري التفاوض أو التعاقد بصفة معتادة، بشأن عمليات تهم أشرية أو بيوعات، فإن من اختصاص وكيل الضمانات إنشاء الضمانات المنقولة وإدارتها والاحتجاج بها تجاه الأغيار لفائدة موكله579.

كما يختلفان كذلك في الطبيعة القانونية لعقد الوكالة، فإذا كان المشرع قد جعل وكالة الضمانات عملا مدنيا بدليل أنه أحال في تنظيم عقد وكالة الضمانات على القواعد العامة التي تنظم الوكالة في ظهير الالتزامات والعقود، فإن المشرع لم يجعل الوكالة

---

575 غزلان الأخضر: " النظام القانوني لوكيل الضمانات المنقولة "، مرجع سابق، ص84.

576 تقرير لجنة المالية والتنمية الاقتصادية حول مشروع القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، مجلس النواب، دور استثنائية سنة 2019، ص110.

577 حسب مقتضيات المادة 20 من القانون رقم 21.18.

578 محمد كرام: " العقود التجارية في القانون المغربي "، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، الطبعة الأولى سنة 2021، ص27.

579 عبد العزيز مرشيد: " الضمانات المنقولة والتجديدات الطارئة عليها وفقا للقانون رقم 21.18 "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -مراكش، السنة الجامعية: 2020-2021، ص90.

التجارية عملا تجاريا، ومع ذلك فإن عمل الوكيل التجاري المتمثل في احتراف إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير يعتبر عملا تجاريا يكتسب من خلاله صفة التاجر580.

ثانيا: وكيل الضمانات والوكيل بالعمولة

يتجلى الفرق الجوهري بين وكيل الضمانات في القانون المغربي والوكيل بالعمولة في كون هذا الأخير يتصرف باسمه ولحساب الموكل581، أي أنه يتصرف كأصيل ومن تم يكتسب سائر الحقوق الناجمة عن تصرفاته، كما يلتزم شخصيا تجاه الأغيار الذين تعاقدوا معه والذين ليست لهم أية صلة مباشرة بالموكل582.

إلا أن المشرع المغربي قد أحال في تنظيم عقد الوكالة بالعمولة على القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، والمنظمة لأحكام الوكالة شأنها في ذلك شأن وكالة الضمانات، وبالتالي فكليهما يخضعان لنفس القواعد العامة، وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 422 من مدونة التجارة.

ثالثا: وكيل الضمانات والوكيل القضائي

حسب المادة 21 من قانون الضمانات المنقولة نجد لوكيل الضمانات إمكانية التقاضي باسم الدائنين بدون إذن صريح من طرفهم، مما قد يؤدي إلى الخلط فيما بينه وبين الوكيل القضائي، خاصة وأنهما يشتركان في أن كلاهما يتصرف باسم ولحساب الغير، ويخضعان بالإضافة للقواعد الخاصة بهما إلى الأحكام العامة المنظمة للوكالة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، لذلك يتعين إبراز الفوارق بينهما وهي كالتالي:

- ✓ لم يتطلب المشرع المغربي أية شروط خاصة لمزاولة مهام وكيل الضمانات، أما الوكيل القضائي فيشترط فيه إن كان محاميا أن يكون مقيدا بأحد جداول هيئات المحامين بالمملكة583، أما إن كان شخصا عاديا في القضايا التي لا يتطلب فيها القانون تعيين محامي، فيلزم أن يكون زوجا أو قريبا أو صهرا من الأصول أو الفروع أو الحواشي إلى الدرجة الثالثة بإدخال الغاية584.
- ✓ لم يحدد المشرع المغربي الأشخاص الممنوعين من مزاولة مهام وكيل الضمانات، في حين منع من أن يكون محاميا585:
  - كل شخص سبق إدانته قضائيا أو تأديبيا بسبب ارتكاب أفعال منافية للشرف والمروءة أو حسن السلوك ولو رد اعتباره.
  - كل شخص صرح بسقوط أهليته التجارية ولو رد اعتباره
  - كل من كان في حالة إخلال بالتزام صحيح يربطه بإدارة أو مؤسسة عمومية لمدة معينة.

رابعا: وكيل الضمانات ووكيل التأمين

تنص المادة 292 من مدونة التأمينات على أن: " وكيل التأمين هو الشخص المخول له من طرف مقاولة التأمين وإعادة التأمين ليكون وكيلا عنها، ليعرض على العموم العمليات المنصوص عليها في المادتين 159 و160 من هذا القانون ". وعليه فإن وكيل التأمين يشبه وكيل الضمانات في كون أن كلاهما يمارس عملا من أعمال الوساطة، كما أن كلاهما يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، إلا أنه يختلف عنه في العديد من النقط وهي كالآتي:

- ✓ لا يمكن لوكيل التأمين مزاولة مهامه إلا بعد حصوله على الاعتماد من قبل مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي حسب المادة 291 من مدونة التأمينات.

---

580 بوعبيد عباسي: " العقود التجارية "، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى سنة 2013، ص175.

581 تنص الفقرة الأولى من المادة 422 من مدونة التجارة على ما يلي: " الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب الموكل ".

582 نورة غزلان الشنيوي: " الوسيط في العقود الخاصة "، الجزء الأول، مطبعة الأمنية بالرباط، طبعة 2017، ص460.

583 حسب المادة 32 من القانون رقم 28.08 المنظم لمهنة المحاماة.

584 حسب الفصل 33 من قانون المسطرة المدنية.

585 حسب المادة 5 من القانون رقم 28.08.

✓ يشترط في وكيل التأمين الشخص المعنوي أن يتخذ شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة حسب المادة 295 من مدونة التأمينات، عكس وكيل الضمانات الذي لا يشترط فيه شكل قانوني معين.

خامسا: وكيل الضمانات والوكيل الإلكتروني

يعرف الوكيل الإلكتروني على أنه تقنية أو أية وسيلة تستخدم لغاية ما، وذلك نيابة عن مستخدمها دون سيطرته أو تدخله**586**.

ويشترك الوكيل الإلكتروني مع وكيل الضمانات في أن كلاهما يقوم بتصرف قانوني لحساب الغير الذي تنصرف إليه آثار هذا التصرف، إلا أنهما يختلفان في عدة نقط وهي كالتالي:

✓ وكيل الضمانات شخص طبيعي أو معنوي، أما الوكيل الإلكتروني فهو عبارة عن نظام للمعلومات.

✓ ينشأ التزام وكيل الضمانات بناء على اتفاق بينه وبين الموكل، في حين ينشأ التزام الوكيل الإلكتروني بقيام شخص طبيعي ببرمجة نظام للمعلومات من أجل العمل بكيفية محددة**587**.

سادسا: وكيل الضمانات وجمعية الدائنين

لقد نظم المشرع المغربي جمعية الدائنين في الفصل الرابع من الباب الثاني المتعلق بإجراءات التسوية القضائية من المادة 606 إلى المادة 621 من مدونة التجارة، وحدد شروط تشكيلها وتأليفها وانعقادها وكذا صلاحياتها. وبالرجوع إلى المادة 606 من مدونة التجارة نجد أن هذه الجمعية تتشكل عند فتح مسطرة التسوية القضائية، وبالتالي فالمشرع استبعد تشكل هذه الجمعية خلال مسطرة الإنقاذ، وذلك على عكس المشرع الفرنسي**588**.

وبالرجوع إلى المادة 607 من مدونة التجارة فإننا نجد أن مهام جمعية الدائنين تتمحور في التداول في مشروع مخطط التسوية لاستمرار نشاط المقاولة أو مخطط التفويت أو التصفية الذي أعده السنديك بناء على تقرير الموازنة، كما يمكنها التداول بشأن مشروع مخطط التسوية لاستمرار نشاط المقاولة الذي يقترحه الدائنون. أما اختصاصات وكيل الضمانات فهي إنشاء الضمانات المنقولة لفائدة الدائنين وتقييدها وتحقيقها وبصفة عامة القيام بجميع العمليات المرتبطة بها.

بالإضافة إلى هذا فوكيل الضمانات صلاحياته ومهمته لا تتأثر أثناء فتح المساطر الجماعية، وكما ذكرنا سابقا يمكنه التصريح بالديون لدى السنديك بصفته وكيلا عن الدائنين، وهذا ما نستشفه من الفقرة السابعة من المادة 719 من مدونة التجارة، والمادة 2488-10 من القانون المدني الفرنسي**589**.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن وكالة الضمانات وطرق انقضائها

يندرج عقد وكالة الضمانات ضمن زمرة العقود التبادلية التي تنتج آثارها في مواجهة جميع أطرافها **(الفقرة الأولى)**. كما تخضع مسؤولية هذا الوكيل للقواعد العامة المنصوص عليها في الفصول من 261 إلى 269 من قانون الالتزامات والعقود **(الفقرة الثانية)**، ومن ثم يتحول التزامه بالتنفيذ العيني لعقد وكالة الضمانات إلى التزام بالتنفيذ بمقابل، وكلاهما طريقتين لانتهاء مهام وكيل الضمانات، هذه الأخيرة التي تنقضي كذلك بأسباب أخرى غير التنفيذ **(الفقرة الثالثة)**.

الفقرة الأولى: الآثار المترتبة عن وكالة الضمانات

يترتب على قيام العقد صحيحا مستوفيا لكافة أركانه الموضوعية والشكلية التزامات وحقوق متقابلة لكل من وكيل الضمانات والموكل، يلتزم وكيل الضمانات بتنفيذ كافة الالتزامات المفروضة عليه سواء كان مصدرها القانون أو الاتفاق في حدود ما هو

586 دليلة معزوز: " دور الوكيل الإلكتروني من المنظور القانوني دراسة مقارنة "، مقال منشور بمجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية المجلد 4، العدد 1، سنة 2020، ص266.

587 غزلان الأخضر: " النظام القانوني لوكيل الضمانات المنقولة "، مرجع سابق، ص27.

588 عد الرحيم شميعة: " شرح أحكام نظام مساطر معالجة صعوبات المقاولة في ضوء القانون رقم 73.17 "، طبعة 2018، مطبعة سجلماسة، ص176.

589 DEUXIEM PARAGRAPHE DE L4ARTICLE 2488-10 : « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou de rétablissement professionnel à l'égard de l'agent des sûretés est sans effet sur le patrimoine affecté à sa mission ».

مسموح به قانونا **(أولا)**، ويلتزم الموكل دائنا كان أو مجموعة من الدائنين، بتمكين وكيل الضمانات من سبل تنفيذ مهامه من خلال تمتيعه بالحقوق المقررة له تشريعيا أو التي تم الاتفاق عليها في العقد **(ثانيا)**.

أولا: التزامات وكيل الضمانات

يرتب عقد وكالة الضمانات عدة التزامات على عاتق وكيل الضمانات، هي نفسها المنظمة في قانون الالتزامات والعقود، والتي يبقى لأطراف العلاقة التعاقدية تحديد نطاقها وفقا لما اتجهت إليه إراداتهم.

فالموكل من إبرامه عقد وكالة الضمانات يهدف إلى التخلص من عبء ما يتطلبه تنفيذها من أعمال، حيث يعهد لوكيل الضمانات بالقيام بكافة ما تستلزمه عملية التنفيذ من إجراءات، فيصبح هذا الأخير هو المكلف بإنجاز التصرفات القانونية محل العقد، ولذلك يتعين عليه تنفيذ مهامه وفقا لما تم الاتفاق عليه وداخل الأجل القانوني، وهذا ما نص عليه الفصل 895 من قانون الالتزامات والعقود. إلا أن السؤال المطروح في هذا الصدد هو طبيعة الالتزام بالتنفيذ، **بمعنى هل هو بعد التزاما بوسيلة أم التزاما بتحقيق نتيجة؟**

الظاهر من الفصل 903 من قانون الالتزامات والعقود أن المشرع المغربي جعل من التزام الوكيل التزاما ببذل عناية، حيث يلتزم باتخاذ كافة التدابير المؤدية إلى تحقيق النتيجة، دون أن يكون ملزما بتحقيقها، لكن قد يكون محل الوكالة يتضمن التزاما بنتيجة، كالتزام وكيل الضمانات بإنشاء الرهن أو بتقييده أو التشطيب عليه، مما يطرح التساؤل حول إمكانية الخروج عن المبدأ المقرر في الفصل 903 والقول بأن التزام وكيل الضمانات في هذه الحالات التزام بتحقيق نتيجة؟

في هذا الصدد يرى الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري: " أن التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية، وقد يكون التصرف القانوني محل الوكالة يتضمن التزاما بتحقيق غاية كالبيع والرهن، أو يتضمن التزاما ببذل عناية كالإيجار والعارية والوديعة، ولكن التوكيل في أي تصرف قانوني ولو كان يتضمن التزاما بتحقيق غاية ينشئ في جانب الوكيل التزاما بالقيام بهذا التصرف بقدر معين من اليقظة، ويكون دائما التزاما ببذل عناية **"590**.

ومن ثم فإن التزام وكيل الضمانات هو بذل العناية اللازمة من أجل تنفيذ المهام المنوطة به، على الرغم أن التصرف محل الوكالة يمكنه أن يتضمن التزاما بتحقيق نتيجة، والعناية المطلوبة هي عناية الرجل المتبصر حي الضمير، المنضبط في سلوكه وعمله، أو الذي يراعي قدرا كبيرا من الدقة في إنجاز العمل المطلوب منه، وهذا يقتضي أن يراعي وكيل الضمانات مصالح الموكل أولا وقبل كل شيء، فلا يجوز له أن يتواطأ مع الطرف الآخر أو يجامله على حساب الموكل**591**.

ولا يعتبر تنفيذ عقد وكالة الضمانات الالتزام الوحيد الذي يقع على عاتق وكيل الضمانات، بل يتعين عليه الحفاظ على حقوق موكله، فبوصفه نائبا تحل إرادته محل إرادة الموكل عليه التحلي بالصدق والأمانة في أداء مهامه، ومن تم يلتزم بإعلام الموكل بكل ما يتعلق بعملية التنفيذ، كما يلتزم بالمحافظة على الأشياء التي تسلمها أثناء مزاولة مهامه وردها بعد الانتهاء من التنفيذ.

ثانيا: حقوق وكيل الضمانات

لم ينص المشرع المغربي على أي مقتضى خاص بحقوق وكيل الضمانات وإنما اقتصر على تلك المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، وهي في مجملها حقوق غير مرتبطة بالنظام العام، يبقى لأطراف العلاقة التعاقدية تأطيرها وفقا للشكل الذي ارتضوه.

فمقابل التزام وكيل الضمانات بإنجاز المهام المكلف بها داخل الأجل القانوني المحدد لها، والحفاظ على مصالح الموكل يلتزم هذا الأخير بتمكينه من مستحقاته، حيث يتعين عليه دفع أجرته، ومده بالوسائل اللازمة لإنجاز مهامه.

وعليه يعد الأجر التزاما أساسيا يقع على عاتق الموكل، ولا يتحلل منه إلا إذا أخل وكيل الضمانات بالتزامه بالتنفيذ، أو منعته من القيام به قوة قاهرة.

590 عبد الرزاق أحمد السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني "، الجزء السابع، المجلد 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان سنة 1964، ص451.

591 غزلان الأخضر: " النظام القانوني لوكيل الضمانات المنقولة "، مرجع سابق، ص43.

كما تشمل حقوق وكيل الضمانات بالإضافة على الأجر، الحق في المصروفات الضرورية لإنجاز المهام المسندة إليه، وتعويضه عن الأضرار اللاحقة به.

كذلك نجد أن تنفيذ وكيل الضمانات لمهامه مدة من الزمن، وخلال هذه المدة قد يتخلل العلاقة بين أطراف العقد بعض العراقيل التي تؤثر في استمراريتها، الأمر الذي تكون معه إمكانية امتناع الموكل عن أداء مستحقات وكيله غير مستبعدة، لذلك خول المشرع المغربي لهذا الأخير الحق في حبس أموال الموكل إلى غاية استيفاء مستحقاته.

فحق الحبس592 آلية بيد وكيل الضمانات تمكنه من إجبار الموكل على تنفيذ التزاماته، كما أنها تجنبه مزاحمة دائني هذا الأخير خاصة في حالة تعرضه للمساطر الجماعية، إذ يحق له استيفاء دينه من ثمن بيع الأشياء المحبوسة بالأولوية على باقي الدائنين.

الفقرة الثانية: المسؤولية المدنية لوكيل الضمانات

يلتزم وكيل الضمانات القيام بكافة المهام المنوطة به بموجب عقد وكالة الضمانات، ويتعين عليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المتبصر حي الضمير، حيث إن أي إخلال منه بما هو مفروض عليه يستتبع إثارة مسؤوليته العقدية، والتزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقها بالموكل.

فوكيل واحد للضمانات يتحمل نتائج عدم التنفيذ متى تحققت عناصر المسؤولية العقدية **(أولا)**، لكن يطرح الإشكال إن تم تعيين عدة وكلاء للضمانات من أجل نفس العملية فهل سيتحمل كل منهم المسؤولية في حدود خطئه، أم أنهم سيسألون بالتضامن؟ **(ثانيا)**.

أولا: عناصر المسؤولية المدنية لوكيل الضمانات

يستوجب قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة سواء العقدية أو التقصيرية تحقق ثلاثة عناصر، تتمثل في خطأ صادر عن المسؤول وضرر لاحق بالمضرور ورابطة سببية بين الفعل الضار والضرر.

فالخطأ العقدي لوكيل الضمانات لا يقتصر على عدم تنفيذه الالتزامات الملقاة على عاتقه، وإنما يشمل كذلك عدم تنفيذها في الوقت المتفق عليه والمضمن بعقد وكالة الضمانات، حيث إن تحديد أجل لتنفيذ الالتزام تكون له غايته لدى الموكل، ومن ثم فعدم احترامه يؤدي إلى انعدام هذه الغاية، ويصبح في حكم عدم التنفيذ، ويضاف إلى هذه الحالات المنصوص عليها في الفصل 263 من قانون الالتزامات والعقود حالة التنفيذ بشكل مخالف لما هو متفق عليه كما هو الحال في تنفيذ الوكالة خارج الحدود المرسومة لها.

ولا يسأل وكيل الضمانات عن خطئه الشخصي فقط، بل يسأل كذلك عن الأخطاء المرتكبة من قبل الأشخاص الذين عينهم للقيام بمهامه بدلا عنه بناء على إذن من الموكل، ودون أن يعين هذا الأخير الشخص الواجب تعيينه كوكيل للضمانات من الباطن، وذلك متى تحقق أحد الشروط التالية:

- ✓ إذا اختار لذلك شخص لا تتوفر فيه الصفات المطلوبة لإنجاز العمل موضوع الوكالة.
- ✓ إذا أعطى لمن وكله تحت يده تعليمات كانت هي السبب في حدوث الضرر.
- ✓ إذا لم يراقبه في الحالة التي تكون فيها المراقبة ضرورية593.

وبما أن المشرع المغربي اعتبر التزام وكيل الضمانات التزاما بوسيلة، فإن عبء إثبات الخطأ يقع على عاتق الموكل، إذ عليه أن يقيم الدليل على أن تقصير وإهمال وكيل الضمانات هو السبب في عدم تنفيذ الالتزام، وله أن يستعمل في ذلك مختلف وسائل الإثبات

---

592 عرفه الفصل 291 من قانون الالتزامات والعقود كما يلي: " حق الحبس هو حق حيازة الشيء المملوك للمدين، وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن، ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون ".

ويستمد وكيل الضمانات حقه في الحبس من الفصل 919 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي: " للوكيل حق حبس أمتعة الموكل المنقولة أو بضائعه التي أرسلت إليه من أجل استيفاء ما يستحق له على الموكل وفقا للفصل 914 ".

593 حسب الفصل 901 من قانون الالتزامات والعقود.

باعتبار أن الإخلال بالعقد من المسائل التي يختلط فيها الواقع بالقانون، لذلك فالمنطق يفرض تمكينه من إثبات عملية الإخلال بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك الشهادة والإقرار والقرائن[594].

كما يعد الضرر شرطا أساسيا لقيام مسؤولية وكيل الضمانات، فلا يكفي فقط صدور خطأ عنه بل لا بد أن يسبب هذا الخطأ ضررا للموكل، ويشترط في الضرر الذي يصيب الموكل توفر الشروط التالية:

1- **أن يكون الضرر شخصيا:** يشترط أن يصيب الضرر الموكل بصفة شخصية، وإذا توفي الموكل المتضرر من عدم التنفيذ فإن حق التعويض عن الضرر ينتقل إلى خلفه العام، سواء كان الضرر ماليا أو معنويا، وسواء كان الموكل المتوفى قد رفع دعوى المطالبة بالتعويض خلال حياته أم لا[595]، أما إذا تم حل الشخص الاعتباري المتضرر فإن حق المطالبة بالتعويض ينتقل إلى الدائنين باعتباره يدخل ضمن موجوداته التي تشكل الضمان العام للدائنين.

2- **أن يكون الضرر مباشرا:** يتعين أن يكون الضرر مباشرا، أي مرتبطا ارتباطا وثيقا بخطأ وكيل الضمانات، أما إن كان الضرر غير مباشر فلا تعويض عليه، وهذا ما يستفاد من نص الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود.

3- **أن يكون الضرر متوقعا:** الضرر المتوقع هو الذي كان متوقع الحدوث عند إبرامه العقد، إما إن كان غير متوقع فلا يسأل عنه المدين إلا إذا كان ناتجا عن تدليسه أو خطئه الجسيم[596].

4- **أن يكون الضرر محقق الوقوع**

ولا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يكون هناك خطأ وضرر، وإنما يلزم أن يكون هذا الخطأ هو الذي تسبب في وقوع هذا الضرر، وقع إثبات العلاقة السببية على الدائن الذي يطالب بتعويض الأضرار المترتبة عن الإخلال بالعقد.

بقي أن نشير إلى أن مسألة استخلاص العلاقة السببية بين الخطأ والضرر تعد من أمور الواقع التي تكون متروكة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، بحيث لا يخضعون فيها لرقابة محكمة النقض، ومسألة التقدير هذه تختلف من حالة إلى أخرى، ولحسن أو سوء نية وكيل الضمانات دور كبير في تحديد الرابطة السببية بين الخطأ والضرر.

ثانيا: التضامن بين وكلاء الضمانات

كما هو معلوم يترتب على توفر كافة عناصر المسؤولية المدنية التزام وكيل الضمانات بتعويض الموكل عن الضرر اللاحق به، والذي يتولى تقديره قاضي الموضوع حسب سلطته التقديرية، إلا أنه قد يحصل أن يعين الموكل عدة وكلاء للضمانات ويصدر عنهم خطأ ينتج عنه عدم تنفيذ العقد، وفي هذا الإطار فكل وكيل للضمانات مسؤول عن خطئه ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك (1).

وإن قام التضامن بين وكلاء الضمانات فإنه يرتب عدة آثار تختلف بحسب ما إذا تعلق الأمر بعلاقتهم مع الموكل، أو بعلاقتهم بعضهم البعض (2).

1- **أنواع التضامن بين وكلاء الضمانات:**

حسب الفصل 912 من قانون الالتزامات والعقود نجد أن التضامن لا يفترض بين وكلاء الضمانات في حالة تعددهم، حيث يجب أن يكون ناتجا عن الاتفاق أو القانون، ورغم أنهم ملزمين بالعمل بصفة جماعية ولا يحق لهم العمل بشكل انفرادي إلا استثناء، فكل منهم يسأل عن الخطأ الصادر عنه بصفة شخصية، ويلتزم بالتعويض في حدود مساهمته في الضرر الذي أصاب الموكل، ما لم ينص العقد أو القانون على خلاف ذلك، ومنه فإن التضامن بين وكلاء الضمانات نوعين، الأول **تضامن اتفاقي** حيث يحق للموكل الاتفاق ووكلاء الضمانات أن يتحملوا بشكل تضامني مسؤولية إصلاح الضرر الذي أصاب موكلهم جراء كل خطأ صادر

---

594 عبد القادر العرعاري: " المسؤولية المدنية "، مطبعة الكرامة-الرباط، الطبعة الثالثة 2011، ص38.

595 عبد الحق صافي: " الوجيز في القانون المدني "، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، سنة 2015، ص53.

596 عبد القادر العرعاري: " المسؤولية المدنية "، مرجع سابق، ص44-45.

عنهم، ويجب أن يتم هذا الاتفاق بشكل صريح لا فرق في ذلك أن يضمن بعقد وكالة الضمانات أو في عقد لاحق، وهذا ما يستفاد من مقتضيات الفصل 164 من قانون الالتزامات والعقود.

أما الثاني يكون مصدره هو **القانون**، ومن حالاته نجد التدليس والخطأ المشترك، ثم الوكالة غير قابلة للتجزئة، وكذا إذا كانوا وكلاء الضمانات تجارا.

2- آثار التضامن بين وكلاء الضمانات:

إذا قام التضامن بين وكلاء الضمانات فإنه يرتب مجموعة من الآثار سواء على مستوى علاقتهم بالموكل أو علاقتهم ببعضهم البعض، والتي تحكمها المقتضيات المنظمة للتضامن بين المدينين والمنصوص عليها في الفصول من 164 إلى 180 من قانون الالتزامات والعقود، ونجملها فيما يلي:

أ- علاقة الموكل بوكلاء الضمانات:

يحقق التضامن بين وكلاء الضمانات حماية للموكل إذ يجعله في منأى عن إفلاس أحدهم، ويمكنه من اختيار وكيل الضمانات المليء الذمة والرجوع عليه، حيث يحق للموكل الرجوع على أي منهم ومطالبته بأداء التعويض كاملا، دون الحاجة على اتباع ترتيب معين، ولا يمنعه إقامة الدعوى في مواجهة أحد وكلائه من إقامتها في مواجهة الآخرين، لكن لا يحق له استيفاء التعويض إلا مرة واحدة.

ومقابل ذلك يحق لكل وكيل للضمانات التمسك في مواجهة الموكل بكافة الدفوع الشخصية الخاصة به والدفوع المشتركة بين كافة وكلاء الضمانات، إلا أنه لا يسوغ له أن يتمسك بالدفوع الشخصية المحضة المتعلقة بواحد أو أكثر من الوكلاء المتضامنين.

كما أن العمل النافع من أحدهم يستفيد منه جميعهم، فمطل الموكل في مواجهة أحدهم ينتج آثاره لصالح الكافة، أما العمل الضار فلا يضار به الآخرين، لذلك فأية مطالبة بالتعويض أو قطع أو وقف للتقادم بالنسبة لأحد وكلاء الضمانات لا يمتد لهم، كما أن خطأ أحدهم لا يضر بالباقي، وقوة الأمر المقضي به لا تنتج آثارها إلا بالنسبة لمن كان طرفا في الدعوى597.

ب- علاقة وكلاء الضمانات بعضهم ببعض:

كما ذكرنا سابقا تخضع علاقة وكلاء الضمانات المتضامنين بعضهم البعض لأحكام الوكالة والكفالة، ومنه فكل وكيل للضمانات أدى مبلغ التعويض للموكل يكون قد أداه أصالة عن نفسه ونيابة عن باقي وكلاء الضمانات.

وتحكم علاقة وكلاء الضمانات المتضامنين مجموعة من القواعد من قبيل **انقسام الدين بقوة القانون بين المدينين بنسبة حصة كل واحد منهم فيه، ورجوع المدين المتضامن الذي وفى الدين على الآخرين**، وكذلك **تحمل المليئين الذمة من المدينين لحصص المعسرين والغائبين**.

الفقرة الثالثة: طرق انقضاء وكالة الضمانات

باستقراء المواد المنظمة لوكيل الضمانات في القانون رقم 21.18 لا نجد أي مقتضى متعلق بانقضاء مهمة وكيل الضمانات، لكن وكما سبق أن أشرنا في البداية أن المشرع المغربي أحال بخصوص تنظيم عقد وكالة الضمانات إلى القواعد العامة الواردة في ظهير الالتزامات والعقود، وعليه فإن الأحكام العامة لانقضاء الوكالة هي التي تسري على وكالة الضمانات.

وقد حدد الفصل 929 من قانون الالتزامات والعقود أسباب انقضاء الوكالة، التي يمكن تصنيفها إلى أسباب خاصة بموضوع العقد **(أولا)**، وأخرى خاصة بطرفي العقد **(ثانيا)**.

أولا: انقضاء مهام وكيل الضمانات لأسباب خاصة بموضوع العقد

كما هو معلوم أن التزام وكيل الضمانات بإنجاز المهام المنوطة به ينتهي بتنفيذه وباستحالة تنفيذه **(1)**، كما ينتهي بتحقق الشرط الفاسخ إن كان موقوفا عليه وبحلول الأجل المحدد لتنفيذه **(2)**.

1- التنفيذ واستحالة التنفيذ:

597 غزلان الأخضر: " النظام القانوني لوكيل الضمانات المنقولة "، مرجع سابق، ص100-101.

يعد التنفيذ واستحالة التنفيذ من طرق انقضاء الالتزام بصفة عامة، أخذت بهما الوكالة لتوافقهما مع طبيعتها.

فتنفيذ وكالة الضمانات يعتبر الطريق الأصلي لانقضائها، حيث تنتهي بقيام وكيل الضمانات بتنفيذها وفقا لما هو متفق عليه، وداخل الأجل المحدد لإنجازها، وتقديم حساب عما قام به من أعمال. ومن ثم إذا كان موضوع الوكالة هو إنشاء الضمانة وتقييدها في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة، فإنها تنتهي بمجرد هذا التقييد، وإذا كان موضوعها هو التشطيب على الضمانة أو تحقيقها فإنها تنتهي بذلك**598**.

كما تنتهي مهام وكيل الضمانات حينما يستحيل عليه تنفيذها لسبب خارج عن إرادة الطرفين كالقوة القاهرة أو الحدث الفجائي، واستحالة التنفيذ هي إحدى الطرق التي ينقضي بها الالتزام بصفة عامة، نظمها المشرع المغربي في الفصول من 335 إلى 339 من قانون الالتزامات والعقود.

إلا أن اشتراط السبب الأجنبي في استحالة التنفيذ التي تنهي وكالة الضمانات، لا يعني أن الاستحالة التي ترد إلى خطأ الموكل أو وكيل الضمانات لا تنقضي بها هذه الوكالة، بل تنقضي والانقضاء حتمي في الصورتين معا، إلا أن الفرق فقط في تحمل التبعة، ففي الاستحالة لسبب أجنبي لا تعويض بين الطرفين على خلاف الاستحالة لسبب راجع إلى الموكل أو وكيل الضمانات حيث يتحمل الطرف المتسبب في الاستحالة تبعة عدم التنفيذ**599**.

2- الشرط الفاسخ وفوات الأجل:

ينص الفصل 889 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: " يسوغ إعطاء الوكالة بشرط، أو ابتداء من وقت معين وإلى أجل محدد "، ومن ثم يمكن أن تكون وكالة الضمانات معلقة على شرط، كما أنها تكون مقيدة بأجل.

فتحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى انتهاء مهام وكيل الضمانات ويمنعه بذلك من القيام بأي عمل من أعمال الوكالة، إلا أن التساؤل المطروح **هل تنقضي وكالة الضمانات في حالة تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي أم بأثر فوري؟**

نجد هنا أن الفصل 124 من قانون الالتزامات والعقود ينص على ما يلي: " لتحقق الشرط أثر رجعي يعود إلى يوم الاتفاق على الالتزام، إذا ظهر من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطاؤه هذا الأثر ". وبالتالي تحقق الشرط بأثر رجعي متوقف على اتفاق الطرفين أو طبيعة الالتزام، ونظرا لطبيعة عقد وكالة الضمانات التي تقتضي أن يقوم وكيل الضمانات بالعديد من التصرفات القانونية لمدة من الزمن، فإنه لا يمكن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وبذلك لن يكون لتحقق الشرط الفاسخ أثر رجعي، وإنما ينطبق بأثر فوري.

ثانيا: انقضاء مهام وكيل الضمانات لأسباب خاصة بطرفي العقد

تنتهي مهام وكيل الضمانات بأسباب أخرى تخص أطراف العلاقة التعاقدية، بعضها ناتج عن إرادة وكيل الضمانات والموكل والبعض الآخر ناتج عن متغيرات تطرأ على شخص أحدهم لا دخل للإرادة في حصولها. وعموما يمكن تصنيف الأسباب الخاصة لانتهاء مهام وكيل الضمانات إلى أسباب مشتركة بين الطرفين **(1)**، وأسباب خاصة بوكيل الضمانات **(2)**.

1- أسباب مشتركة بين الموكل ووكيل الضمانات:

يحصل أن تطرأ بعد إبرام عقد وكالة الضمانات متغيرات على شخصية أحد أطراف العلاقة التعاقدية تجعل من تنفيذ العقد غير ممكن، وتنهي بذلك مهام وكيل الضمانات، وتتمثل هذه المتغيرات في **وفاة الموكل أووكيل الضمانات** أو **فقدان أهليتهما**.

فوكالة الضمانات تقوم على الاعتبار الشخصي لوكيل الضمانات، ومن ثم تنتهي بوفاته، ولا يحق لورثته المطالبة بالاستمرار في تنفيذ مهامه، وإن حصل واتفقوا مع الموكل على ذلك، فإننا نكون أمام عقد وكالة ضمانات جديد وجب أن تحترم فيه كافة الشروط

598 عبد العزيز مرشيد: " الضمانات المنقولة والتجديدات الطارئة عليها وفقا للقانون رقم 21.18 "، مرجع سابق، ص93.

599 عبد الرحمن بالعكيد: " الوكالة "، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2014، ص259.

اللازمة لإبرامه. أما إن كان وكيل الضمانات شخصا اعتباريا فتنتهي مهامه بحله ولو كان هذا الحل اختياريا، لأن الحل بالنسبة للشخص المعنوي بمثابة الموت بالنسبة للشخص الطبيعي**600**.

وإذا تعدد وكلاء الضمانات ومات أحدهم، فإن الوكالة لا تنتهي إلا بالنسبة إليه، إلا إذا كان عليهم أن يعملوا مجتمعين، فإن وفاة أحدهم تنهي وكالتهم جميعا نظرا لعدم امتلاكهم للسلطة القانونية لتمثيل الموكل بدون وجود الوكيل المتوفى**601**.

كما أن وفاة الموكل يترتب عنها انقضاء الوكالة وهذا ما يتضح من خلال الفصل 938 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: " موت الموكل أو حدوث تغير في حالته ينهي وكالة الوكيل الأصلي ووكالة نائبه، ولا يسري هذا الحكم: 1-إذا كانت الوكالة قد أعطيت في مصلحة الوكيل أو في مصلحة الغير. 2-إذا كانت محلها إجراء عمل بعد وفاة الموكل على نحو يكون معه في مركز منفذ الوصايا ". إذن فموت الموكل (الدائن) ينهي وكالة الضمانات إلا أنه إذ كانت هذه لوكالة معطاة من طرف عدة دائنين فإنها لا تنتهي إلا بالنسبة لمن مات منهم، كما أن الوكالة المعطاة من طرف الشخص المعنوي تنتهي بانتهاء ذلك الشخص تطبيقا لمقتضيات الفصل 930 من قانون الالتزامات والعقود.

وعلى خلاف وكيل الضمانات في التشريع المغربي، يتصرف وكيل الضمانات في التشريع الفرنسي باسمه ولحساب الدائنين، وهو صاحب الضمانات والتأمينات، ولذلك فأي تغيير في الدائنين لا يؤثر على صلاحياته ولا يستوجب أي إجراء شكلي إضافي**602**.

بالإضافة إلى ما سبق، إذا فقد أحد أطراف عقد وكالة الضمانات أهليته تنتهي مهام وكيل الضمانات، ومن ضمن حالات فقدان الأهلية التي ينص عليها الفصل 929 المذكور الحجر والإفلاس:

أ- **الحجر:** يتم الحجر على الموكل ووكيل الضمانات بفقدان أهليتهما، كحالة الجنون وفقدان العقل، أو بنقصانها في حالة السفه والعته، ويحجر عليهما بمقتضى حكم قضائي بعد ثبوت حالتهما**603**.

ب- **الإفلاس:** حلت محله التصفية القضائية بمقتضى مدونة التجارة لسنة 1996 التي عدلت وتممت بالقانون رقم 73.17، ويترتب عن الحكم بالتصفية القضائية غل يد المدين بقوة القانون من تسيير أمواله والتصرف فيها**604**.

كما يشمل غل اليد جميع التصرفات القانونية وأعمال الإدارة والتقاضي، بحيث لا يستطيع المدين إجراء أي تصرف أو عمل من أعمال الإدارة بعوض أو بغير عوض، ولا يستطيع التقاضي بشأن أمواله**605**، ومن ثم فالحكم على الموكل أو وكيل الضمانات بالتصفية القضائية ينهي مهام هذا الأخير، والتي تنتهي كذلك حينما يتعرض وكيل الضمانات لمسطرة التسوية القضائية وينتج عنها غل يده في التصرف في أمواله**606**.

2- انتهاء مهام وكيل الضمانات لأسباب خاصة به:

يجوز لأحد أطراف عقد وكالة الضمانات إنهاؤه بإرادته المنفردة ودون موافقة الطرف الآخر، حيث يحق للموكل عزل وكيل الضمانات دون الحاجة إلى اتباع أية إجراءات خاصة، ويحق لوكيل الضمانات التنازل عن وكالته مع احترام بعض الإجراءات القانونية.

---

600 عبد الرزاق أحمد السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني "، الجزء السابع، مرجع سابق، ص655.

601 عبد السلام أحمد فيغو: " العقود المدنية الخاصة في القانون المغربي "، مطبعة الأمنية الرباط-الرباط، الطبعة الأولى سنة 2008، ص253.

602 EL Mostafa HAMDOUCHE : « l'agent suretés en droit marocain à la lumière du droit français et de l'OHADA », Un article publié sur le site : www.village-justice.com, Vu le 04 juin 2022 à l'heure 16 :00.

603 نظم المشرع المغربي الحجر في مدونة الأسرة، وذلك في الباب الثاني المعنون بأسباب الحجر وإجراءات إثباته، من القسم الأول المعنون بالأهلية وأسباب الحجر وتصرفات المحجور، من الكتاب الرابع المعنون بالأهلية والنيابة الشرعية.

604 حسب المادة 651 من مدونة التجارة.

605 محمد كرام: " مساطر صعوبات المقاولة في التشريع المغربي في ضوء القانون رقم 73.17 "، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2019، ص179.

606 تنص الفقرة الأولى من المادة 592 من مدونة التجارة على ما يلي: " يكلف السنديك إما: ... 3-أو أن يقوم لوحده بالتسيير الكلي أو الجزئي للمقاولة ".

فيحق للموكل وفقا لمقتضيات الفصل 931 من قانون الالتزامات والعقود عزل وكيل الضمانات في أي وقت أراد، ودون الحاجة إلى إخطاره بذلك، وحقه هذا مرتبط بالنظام العام لا يمكن مخالفته. إلا أن المشرع نص في نفس الفصل على استثناءين، أولهما إذا كانت الوكالة قد أعطيت في مصلحة الوكيل أو الغير لم يسغ للموكل أن يلغيها إلا بموافقة من أعطيت له، وحالة ثانية مفادها أنه لا يسوغ عزل وكيل الخصومة متى أصبحت الدعوى جاهزة للحكم.

أما إن تعدد الموكلون وهي الحالة الغالبة في وكالة الضمانات فإن الفقرة الأولى من الفصل 933 من نفس القانون تستلزم موافقتهم جميعا، وهذا ما يتنافى مع طبيعة المهام المسندة لوكيل الضمانات، والتي تتطلب السرعة في إنجازها، خاصة في حالة كان وكيل الضمانات هو أحد الدائنين وارتكب خطأ جسيما يستوجب عزله، فإن رفضه لذلك سيعرقل عملية العزل وهو ما يمكن أن يترتب عليه ضياع حقوق باقي الدائنين**607**.

وبخصوص طريقة العزل فوجب أن يتم بموجب محرر مكتوب، نظرا لأن عقد وكالة الضمانات لا ينعقد إلا إن تم تحريره كتابة، وذلك استنادا على الفقرة الثانية من الفصل 934 من نفس القانون التي تنص على ما يلي: " إذا تطلب القانون شكلا خاصا لإنشاء الوكالة، وجبت مراعاة نفس هذا الشكل في إلغائها ".

وعلى خلاف المشرع المغربي الذي لم يحدد الأسباب الممكن الاستناد إليها لعزل وكيل الضمانات، فالمشرع الفرنسي تطلب أن يتم استبدال وكيل الضمانات وفقا للكيفية المتفق عليها في عقد تعيينه، وإن لم يوجد اتفاق بهذا الشأن جاز لأي من الدائنين أم يتقدم بطلب إلى المحكمة لتعيين وكيل ضمانات مؤقت، إذا أخل وكيل الضمانات بالتزامه بتنفيذ مهامه أو عرض مصالح الموكل للخطر، أو خضع لإجراء وقائي أو تسوية أو تصفية قضائية**608**.

كما يحق لوكيل الضمانات على غرار الموكل إنهاء العقد بإرادته المنفردة عن طريق التنازل عنها، إلا أن الشروط المفروضة عليه للقيام بذلك أشد من تلك المفروضة على الموكل أثناء ممارسته لحق العزل، فلا يمكن لوكيل الضمانات التنحي عن الوكالة إلا إذا أخطر الموكل بذلك واتخذ كافة التدابير اللازمة للحفاظ على مصالحه. ولم يحدد المشرع المغربي طريقة الإخطار ولا أجله، إلا أنه يجب أن يتم كتابة قياسا على الفقرة الثانية من الفصل 934 السابق الذكر التي تفرض احترام الشكل المتطلب في إنشاء الوكالة خلال إلغائها، أما بخصوص أجل الإخطار فوجب على وكيل الضمانات أن يمنح للموكل أجلا معقولا لتدبر أمره أو تعيين وكيل للضمانات بدله. ويتعين عليه أيضا اختيار الوقت المناسب للتنازل عن وكالته، وأن يعلله بمبرر مشروع، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه في إنهاء العقد بإرادته المنفردة.

غير أنه قد يحصل أن يبرم الوكيل بعض التصرفات باسم الموكل خلال الفترة التي يجهل فيها موته أو غيرها من الأسباب التي يترتب عليها انقضاء الوكالة، هكذا فإن المشرع قد رتب على هذا الجهل صحة مثل هذه التصرفات، التي تتم في هذه المرحلة بمقتضى الفصل 939 من قانون الالتزامات والعقود، شريطة أن يكون من تعاقد مع الوكيل يجهل هو الآخر هذه الواقعة**609**.

خاتمة:

بعد دراستنا لهذا الموضوع نستشف أن المشرع المغربي وبإخراجه قانون الضمانات المنقولة إلى حيز الوجود باعتباره حدثا قانونيا مهما في تاريخ التشريعات الوطنية المرتبطة بمجال الأعمال والاستثمار، كانت الغاية وراء ذلك هي محاولة تقوية الائتمان وتشجيع المقاولات الصغرى والمتوسطة على اللجوء إلى طلب التمويل، بناء على ما تملكه من أصول منقولة. هذا الأمر لن يتأتى بدون كسب ثقة المقاولات ومؤسسات الائتمان من خلال وجود أرضية قانونية صلبة تحفظ الحقوق وتثبت الالتزامات.

وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على أبرز المستجدات التي أدخلها المشرع على نظام الضمانات المنقولة، وذلك من خلال إبراز أبرز الآليات الحمائية للمصالح المرتبطة بالضمانات المنقولة، وهنا أخص بالذكر مؤسسة وكيل الضمانات.

---

607 غزلان الأخضر: " النظام القانوني لوكيل الضمانات المنقولة "، مرجع سابق، ص111.

608 حسب المادة 2488.11 من القانون المدني الفرنسي.

609 إلياس العمراني: " نظام الضمانات المنقولة وفق القانون رقم 21.18 "، مرجع سابق، ص130.

ومن خلال ما سبق التطرق إليه توصلنا إلى العديد من الملاحظات والاستنتاجات نجملها فيما يلي:

- الأحكام العامة المنظمة لعقد الوكالة المقررة بموجب قانون الالتزامات والعقود تتنافى في العديد من مقتضياتها مع خصوصية مجال عمل وكيل الضمانات، ومن ضمن هذه المقتضيات تلك التي تنص على إمكانية تعدد الوكلاء، وكذا تلك المنظمة لانتهاء الوكالة، والتي تقرر أية حماية للوكيل من تعسف الموكل في العزل، ولا تلائم طبيعة وكالة الضمانات والتي يكون فيها الموكل غالبا هو مجموعة من الدائنين.
- عمل وكيل الضمانات باسم ولحساب الدائنين المرتهنين لا يتلاءم والسرعة المطلوبة في إدارة الضمانات المنقولة والقيام بجميع العمليات المرتبطة بها، حيث أنه يؤدي إلى عرقلة عمل وكيل الضمانات في حالة وفاة أحد الدائنين، خاصة في ظل عدم تحديد المشرع المغربي لمصيرعقد وكالة الضمانات في هذه الحالة.
- لم يتطرق المشرع المغربي لمآل عقد وكالة الضمانات عند تعدد الدائنين فقط دون وكيل الضمانات.
- عدم تنصيصه للتأمين عن مسؤولية وكيل الضمانات على غرار الموثق العصري والذي حدد الحد الأدنى في مبلغ 50.000 درهم.
- تغيير المقتضى الذي ينص على أن وكيل الضمانات يتصرف باسم ولحساب الدائنين، بمقتضى جديد يجعله يتصرف باسمه ولحساب الدائنين، لما في ذلك من تحقيق للسرعة والمرونة في القيام بالعمليات المرتبطة بالضمانات المنقولة.
- اشتراط أن يكون وكيل الضمانات مؤسسة مالية أو ائتمانية، وذلك من أجل إضفاء الفعالية على إدارة الضمانات المنقولة، نظرا لما تتوفر عليه هذه المؤسسات من خبرة ودراية بمجال الائتمان.
- تمديد مجال تدخل عمل وكيل الضمانات ليشمل الضمانات العقارية، نظرا لما تتطلبه إدارتها من إجراءات، قد يؤدي تعيين وكيل الضمانات إلى تخليص الدائنين من القيام بها، ومن ثم تشجيعهم على قبول العقارات كضمانات لاستيفاء ديونهم.

وعليه يمكن القول رغم ما صاحب وكيل الضمانات من نواقص، إلا أنه سيحقق الاطمئنان في نفوس الدائنين وتشجيعهم على استثمار أموالهم، والعمل على توسيع الحرية التعاقدية في مجال الضمانات المنقولة وتحقيق الأمن القانوني والتعاقدي.

لائحة المراجع:

أولا: المراجع باللغة العربية

1- الكتب:

- محمد كرام: " العقود التجارية في القانون المغربي "، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، الطبعة الأولى سنة 2021.
- بوعبيد عباسي: " العقود التجارية "، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى سنة 2013.
- نورة غزلان الشنيوي: " الوسيط في العقود الخاصة "، الجزء الأول، مطبعة الأمنية بالرباط، طبعة 2017.
- عد الرحيم شميعة: " شرح أحكام نظام مساطر معالجة صعوبات المقاولة في ضوء القانون رقم 73.17 "، طبعة 2018، مطبعة سجلماسة.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني "، الجزء السابع، المجلد 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان سنة 1964.
- عبد القادر العرعاري: " المسؤولية المدنية "، مطبعة الكرامة-الرباط، الطبعة الثالثة 2011.
- عبد الحق صافي: " الوجيز في القانون المدني "، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، سنة 2015.
- عبد الرحمن بالعكيد: " الوكالة "، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2014.
- عبد السلام أحمد فيغو: " العقود المدنية الخاصة في القانون المغربي "، مطبعة الأمنية الرباط-الرباط، الطبعة الأولى سنة 2008.

❖ محمد كرام: " مساطر صعوبات المقاولة في التشريع المغربي في ضوء القانون رقم 73.17 "، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2019.

2- الرسائل:

❖ إلياس العمراني: " نظام الضمانات المنقولة وفق القانون رقم 21.18 "، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون والمقاولة، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية: 2019-2020.

❖ غزلان الأخضر: " النظام القانوني لوكيل الضمانات المنقولة "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -مراكش، السنة الجامعية: 2020-2021.

❖ الحسين أحماني: " تحقيق الضمانات المنقولة على ضوء القانون رقم 21.18 "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -مراكش-، السنة الجامعية: 2020-2021.

❖ عبد العزيز مرشيد: " الضمانات المنقولة والتجديدات الطارئة عليها وفقا للقانون رقم 21.18 "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -مراكش، السنة الجامعية: 2020-2021.

3- المقالات:

❖ دليلة معزوز: " دور الوكيل الإلكتروني من المنظور القانوني دراسة مقارنة "، مقال منشور بمجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية المجلد 4، العدد 1، سنة 2020.

4- الوثائق الرسمية:

أ- الظهائر:

❖ القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.76 الصادر في 11 من شعبان 1440 (17 أبريل 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6771 بتاريخ 16 شعبان 1440 (22 أبريل 2019)، ص2058.

5- التقارير:

❖ تقرير لجنة المالية والتنمية الاقتصادية حول مشروع القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، مجلس النواب، دور استثنائية سنة 2019.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

1- LES ARTICLES :

❖ EL Mostafa HAMDOUCHE : « l'agent suretés en droit marocain à la lumière du droit français et de l'OHADA », Un article publié sur le site : www.village-justice.com.

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
ISSN:2509-0291

مبدأ الحلول في قانون التّأمين الفلسطيني رقم 25 لسنة 2005م (دراسة مقارنة)

The principle of solutions in insurance - A comparative study

الباحث : عاصم عزت سعيد قادوس
باحث في سلك دكتوراة القانون الخاصّ،
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية جامعة الحسن الثاني في الدار البيضاء

الملخّص:
يتناول هذا البحث دراسة القواعد القانونية الناظمة لمبدأ الحلول في قانون التّأمين، من خلال بيان مفهومه وأنواعه، والأساس القانوني للحلول، وشروطه، وآثاره، كما يعرض انتقال دعوى المؤمّن له، وضمانات الحقّ إلى المؤمّن.
إنّ غاية مبدأ الحلول في التّأمين ما هي إلا ضمان وأمان تمنحه شركة التّأمين للمتضرر المؤمّن لديها، فهي تجنّبه مشاكل الرّجوع على المتسبب بالضّرر، وطول إجراءات المطالبة، وصعوبة التنفيذ من إعسار معالم الضرر، أو حتى اختفائها، علماً أن فكرة مبدأ الحلول جاءت ووجدت لغاية عدم جمع المؤمّن له بين مبلغين من التّعويض، حيث عند تحقق المسؤولية غير العقدية أو التقصيرية تجاه المتضرر، ينشأ حقّ في مبدأ الحلول، يكون أساسه القانوني إما نصّ خاصّ ورد في القانون، أو نصّ ورد في وثيقة التّأمين.
وخلص البحث إلى أنّه لا بُدّ من توفّر بعض الشّروط حتى يستطيع المؤمّن أن يحلّ محلّ المؤمّن له في الرجوع على المتسبب بالضّرر، ومنها أن يكون التّأمين تأمين أضرار، ومنها ما يتعلق بموضوع الخطر وحيثياته، الأمر الذي يترتب على مبدأ الحلول عديد من الآثار، التي تُعطي الحقّ للمؤمّن بانتقال الحقّ ذاته الذي كان مقرراً للمؤمن له بضماناته كافّة.
الكلمات المفتاحية: مبدأ الحلول، التّأمين، المؤمّن، المؤمّن له، التّعويض، المتسبب، الضّرر.

Abstract:
This research deals with the study of the legal rules regulating the principle of subrogation in insurance law, by clarifying its concept and types, the legal basis for subrogation, its conditions and its effects. It also presents the transfer of the insured's lawsuit and the guarantees of the right to the insurer.
The purpose of solutions in insurance is nothing but a guarantee and security granted by the insurance company to the injured person who insured by it. It avoids the problems of returning to the person who caused the damage, the length of the claim procedures, and the difficulty of implementation, such as insolvency or even the disappearance of the features of the damage.
Note that the idea of subrogation came and existed until the insured does not combine two amounts of compensation, as when the contractual or tortious liability of a third party towards the injured party is established, a right to subrogation arises and its legal basis is either a special text stated in the law or a text mentioned in the insurance document.
The research also concluded that some conditions must be met so that the insurer can take the place of the insured in recourse against the person who caused the damage, including that the insurance be damage insurance and others related to the subject and circumstances of the risk, which results in subrogation having many effects that give the right to the insurer. By transferring the same right that was assigned to the insured with all its guarantees.
Keywords: solutions, insurance, insurer, insured, compensation, perpetrator, damage.

المقدمة:

يُعدّ مبدأ الحلول من المبادئ الأساسية في عقود التّأمين على الأموال، ويرتبط برابطة وثيقة مع مبدأ التّعويض، فالقاعدة في مبدأ التّعويض هي أن يعاد المؤمّن له بعد وقوع الحادث المؤمّن منه إلى المركز المالي نفسه الذي كان عليه قبل وقوعه لا أكثر ولا أقلّ من ذلك، لذلك يقتضي في تطبيق هذا المبدأ أن يجرد المؤمّن له بعد استلامه التّعويض من المؤمّن من جميع حقوقه تجاه المسؤول عن وقوع الحادث، الذي كان السبب في الخسارة المعوض عنها، وتنتقل تلك الحقوق بنصّ الاتفاق أو القانون إلى المؤمّن؛ لأن انتفاع المؤمّن له بتلك الحقوق سيجعله في مركز مالي أفضل من المركز المالي الذي كان عليه قبل وقوع الحادث؛ لتمكنه من الحصول على تعويض مضاعف عن خسارته بموجب عقد التّأمين للأوّل، وبموجب القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية من الشّخص الثالث المسؤول عن الحادث للثّاني، ولتفادي هاتين النتيجتين؛ نشأت فكرة مبدأ الحلول.

كما يُعدّ نظام مبدأ الحلول مظهراً من مظاهر رعاية المشرع للمؤمّن، حيث يضعه في المركز القانوني نفسه الذي كان للمؤمّن له في مواجهة مسبب الضّرر، بحيث يكتسب في مواجهته، الحقوق نفسها التي كانت للمؤمّن له.

ويأتي هذا البحث ليتناول ماهية مبدأ حلول المؤمّن محل المؤمّن له في حقه ودعواه تجاه المسؤول عن الضّرر، وكذلك فكرة نشوء مبدأ الحلول وأنواعه الذي يُعدّ استثناء على الأصل.

كما ركّز الباحث على التنظيم القانوني للحلول في قانون التّأمين الفلسطيني رقم 25 لسنة 2005م، ومقارنته بالقانونيْنِ الأردني والمصري، والتّعرف إلى الشروط التي يجب توفرها لتطبيق مبدأ الحلول، والآثار القانونية التي ترتبت على تطبيقه.

الدراسات السابقة:

بعد قيام الباحث بالاستكشاف مطولاً، تبين له عدم وجود أبحاث تتناول موضوع مبدأ الحلول في التّأمين وتُعالجه وفق التشريع الفلسطيني النافذ معالجة متخصصة، وما يُميّز هذا البحث أنه يختصّ فقط في دراسة كل ما يندرج تحت إطار مبدأ الحلول في التّأمين، والقواعد القانونية المنظمة له كافة.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في أنه على الرغم من الاستقرار القانوني والاتفاقي على حلول المؤمّن محل المؤمّن له، إلا أنه ما زال هناك جدل بين الفقهاء، واختلاف في وجهات النظر في الأساس القانوني للحلول، حيث تناول هذا البحث هذا الشأن وفق قانون التّأمين الفلسطيني رقم (5) لسنة 2005م، ومقارنته ببعض القوانين الأخرى.

إشكالية البحث:

تدور إشكالية البحث حول مدى فعالية الأحكام التشريعية الوطنية في فلسطين لمبدأ الحلول الواردة في قانون التّأمين رقم (5) لسنة 2005م ونجاعته، ومقارنته مع التشريعيْن الأردني والمصري ذوي العلاقة.

منهجية البحث ونطاقه:

اتبع الباحث في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن في دراسة النصوص القانونية ذات العلاقة بمبدأ الحلول المنصوص عليه في قانون التّأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م وتحليلها، ومقارنتها مع القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م، والقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.

هيكلية البحث:

لتحقيق الغاية من هذا البحث المتخصص في موضوع مبدأ الحلول في التّأمين؛ ارتأى الباحث معالجة موضوع البحث بتقسيمه إلى مبحثين رئيسيْن؛ إذ تحدّث في المبحث الأول عن ماهية مبدأ الحلول فعرّفه، وتحدّث عن فكرة نشوء حلول المؤمّن محل المؤمّن له تجاه المسؤول عن الضّرر، وأنواع مبدأ الحلول، وهي: مبدأ الحلول القانوني، ومبدأ الحلول الاتفاقي في المطلب الأول، وكذلك تحدّث عن الأساس القانوني لمبدأ الحلول في المطلب الثاني من حيث إمكانية تأسيس مبدأ الحلول على أساس المسؤولية التقصيرية، أو على أساس قواعد مبدأ الحلول القانوني، أو على أساس حوالة الحقّ. كما تناول الباحث في المبحث الثاني التنظيم القانوني للحلول

في مطلبيْن: المطلب الأول: شروط حلول المؤمّن على المتسبب، حيث تناول فيه الشروط المتعلقة بطبيعة علاقة المؤمّن مع المؤمّن له بحيث يكون التّأمين من تأمينات الأضرار، والشروط المتعلقة بموضوع حيثيات الخطر، أما المطلب الثاني فهو آثار مبدأ الحلول، حيث تناول الباحث في الفرع الأول منه انتقال دعوى المؤمّن له وضمانات الحقّ إلى المؤمّن، وتناول في الفرع الثاني الشروط المتعلقة بضمانات بين المؤمّن والمؤمّن له.

المبحث الأول: ماهية مبدأ الحلول و أنواعه:

تناول الباحث في هذا المبحث مطلبيْن: المطلب الأول ماهية مبدأ الحلول وأنواعه، الذي يحتوي على مفهوم مبدأ الحلول وأنواعه، والمطلب الثاني الذي يبين فيه الباحث الأساس القانوني لمبدأ الحلول وفق الآتي:

المطلب الأول: ماهية مبدأ الحلول و أنواعه

يتطلب البحث في ماهية مبدأ الحلول الحديث عن موضوعين مهمّيْن ضمن فرعيْن: الفرع الأول يتناول مفهوم مبدأ الحلول وفكرة نشوئه، والفرع الثاني يتناول أنواع مبدأ الحلول كما يأتي:

الفرع الأول: مفهوم مبدأ الحلول وفكرة نشوئه

بموجب عقد التّأمين المبرم بين المؤمّن والمؤمّن له، يلتزم المؤمّن بدفع مبلغ التّعويض للمؤمن له أو غير المتضرر عند تحقق الخطر المؤمّن منه[610]، بعد أن قام المؤمّن بتنفيذ التزامه بموجب عقد التّأمين المتمثل في دفع مبلغ التّعويض للمتضرر، ولأن الأصل أن عقد التّأمين لا يمنع أبدا من قاعدة مهمة ألا وهي أن يتحمل المتسبب بالضّرر مسؤولية التّعويض عما صدر منه من ضرر للغير، إذ إنه ووفق قواعد مجلة الأحكام، فإن كل فاعل ملزم بضمان الضّرر الذي وقع منه، ومن هنا كانت فكرة مبدأ الحلول، حيث إن التّأمين ما هو إلا ضمان وأمان تمنحه شركة التّأمين للمتضرر المؤمّن لديها، فهي تجنبه مشاكل الرجوع على المتسبب بالضّرر، وطول إجراءات المطالبة، وصعوبة التنفيذ من إعسار معالم الضرر أو حتى اختفائها، كما يوجد كفيل مليء قادر على تحمل الخسائر والتّعويض عنها، وحتى لا يكون المتسبب حِلاً من التّعويض وتكبد الخسارة، فقد منح المشرع للمؤمن حقاً بالرجوع إلى المتسبب وفق نص خاص واتفاق في بوليصة التّأمين، حيث ينشأ حق بموجب عقد التّأمين المبرم بين المؤمّن والمؤمّن له، يلتزم المؤمّن فيه بدفع مبلغ التّعويض للمؤمن له، أو غير المتضرر عند تحقق الخطر المؤمّن منه[611]، بعد أن قام المؤمّن بتنفيذ التزامه بموجب عقد التّأمين المتمثل في دفع مبلغ التّعويض للمتضرر، وهنا ينشأ حق للمؤمن الذي دفع مبلغ التّعويض للمؤمن له، أو المستفيد، أو لغير المتضرر؛ تطبيقاً لشروط عقد التّأمين في أن يحل محله بجميع ما له من حقوق ودعاوٍ تجاه غير المتسبب بوقوع الخطر المؤمّن منه؛ بهدف استرداد ما يكون قد دفعه من تعويض للمؤمن له، أو المستفيد، أو غير المتسبب بالضّرر[612]، وهذا ما نصّ عليه قانون التّأمين الفلسطيني في حق المؤمّن في مبدأ الحلول محلّ المؤمّن له تجاه مسبب الضّرر من جهة أخرى[613].

وقد يتحقق الخطر المؤمّن منه بفعل الغير، وبالتالي تترتب مسؤولية على هذا الغير، وقد تكون هذه المسؤولية عقدية في حالة وجود عقد، أو مسؤولية تقصيرية في حالة الإخلال في واجب قانوني، وبالتالي فإنه من حقّ المؤمّن له مطالبة هذا الغير عمّا أصابه بفعل الأخير وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وله الخيرة بالرجوع إلى المؤمّن بموجب عقد التّأمين المبرم بينه وبين المؤمّن له، ولا يمنع ذلك بأي حال ولا يتعارض مع حقّ شركة التّأمين باستيفاء الأقساط من المؤمّن له؛ باعتبار أنّ القسط هو مقابل الأمان الذي يمنحه المؤمّن للمؤمن له، وضمان تعويضه عن الضّرر، وحمايته من مخاطر مطالبة المتسبب[614].

---

610 عبد الله، فتحي عبد الرحيم: **التّأمين قواعده وأسسه الفنية والمبادئ العامة لعقد التّأمين**، من دون طبعة، الإسكندرية: منشأة المعارف، من سنة النشر، ص149.

611 عبد الله، فتحي عبد الرحيم: **التّأمين قواعده أسسه الفنية والمبادئ العامة لعقد التّأمين**، من دون طبعة، الإسكندرية: منشأة المعارف، من دون سنة النشر، ص149.

612 مصطفى، خليل: **تقدير مبلغ التّعويض وحقوق المؤمّن المترتبة على دفعه دراسة في عقد التأمين**، ط، الحامد للنشر والتوزيع،2001، ص205.

613 **قانون التّأمين الفلسطيني** رقم 20 لسنة 2005، المادة 14.

614 صوافطة، ريم إحسان، **الموجز في شرح عقد التّأمين على ضوء قانون التّأمين الفلسطيني**، دار الشامل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، نابلس، ص42.

وهنا يتضح لنا أن المؤمّن له يستطيع مطالبة المتسبب بالضّرر، أو المؤمّن للحصول على مبلغ التّعويض، ولا يكون عقد التّأمين باباً لإثراء المؤمّن له على حساب شركة التّأمين والحصول على مبالغ تفوق الضّرر الواقع على المؤمّن له، وكذلك إمكانية رجوع المؤمّن على المتسبب بالضّرر ومطالبته بما دفع للمؤمن له، وهذا يخالف القواعد العامة في المسؤولية المدنية، خاصة مبدأ جبر الضّرر؛ أيّ إرجاع الحال كما كانت عليه قبل الأضرار، وليس الحصول على تعويض أكثر من الواقع، وبالتالي نشأت هنا فكرة مبدأ الحلول كاستثناء على سبيل الحصر لا يجوز التوسع في تفسيره؛ لتفادي نتيجتين هما: عدم جمع المتضرر بين مبلغين من التّعويض، فيصبح عقد التّأمين باباً للإثراء بلا سبب عن الضّرر مرتين، وعدم هدر مبدأ المسؤولية التقصيرية، وهي إفلات مسبب الضّرر دون تعويض المتضرر بما أوقعه من ضرر عليه[615].

ويفهم من نص المادتين (11) و(12) من قانون التّأمين الفلسطيني، وبمفهوم المخالفة للمادة 14 من قانون التّأمين الفلسطيني التي أعطت المؤمّن حق مبدأ الحلول محل المؤمّن له في الدعاوي التي لهذا الأخير، واستثنى الخطأ غير العمدي لبعض الأشخاص، ولا يجوز للمؤمن الرجوع عليهم[616].

بعد أن عرض الباحث مفهوم مبدأ الحلول وفكرة نشوئه، سيوضح في الفرع الثاني أنواع مبدأ الحلول وفق الآتي:

الفرع الثاني: أنواع مبدأ الحلول:

يتحقق مبدأ الحلول في التّأمين في حلول المؤمّن محل المؤمّن له وفق نوعيْن أو أساسيْن سيتم بيانهما وفق الآتي:

أوّلاً: مبدأ الحلول الاتفاقي:

وهو أن يتضمن وثيقة التّأمين، أو عقد التّأمين المبرم بين المؤمّن والمؤمّن له شرطاً يقضي التزام المؤمّن له بإحلال المؤمّن محله في حقوقه ودعواه تجاه المسؤول عن الضّرر، وبالتالي تكتسب شركة التّأمين مبدأ الحلول بموجب الاتفاق المبرم مع المؤمّن له[617]، ولكنّ إحلال المؤمّن محل المؤمّن له تجاه المسؤول عن تحقق الخطر مقيد في دفع المؤمّن مبلغ التّأمين للمتضرر، على أن يمتنع المؤمّن له عن كل تصرف من شأنه إسقاط حقّه أو التنازل عنه تجاه المسؤول عن وقوع الضّرر.

ويشير الباحث هنا إلى أنّه على الرغم من صحة هذا الشرط الوارد في عقد التّأمين وإلزاميته واتخاذ شركات التّأمين هذا الشرط؛ لضمان حقها في مبدأ الحلول من خلال اشتراطها ذلك في وثيقة التّأمين، إلا أنه وجّه له عدة انتقادات من أبرزها، تكييف شرط مبدأ الحلول، حيث إنّه لا حلول إلا بعد الوفاء أو معه، بينما يجيز شرط مبدأ الحلول للمؤمن الرجوع قبل الوفاء[618]؛ وهذا يعني أنّ هذا الاتفاق تم قبل وقوع الخطر المؤمّن منه، وبالتالي قبل أن يترتب دين المؤمّن له في ذمة غير المسؤول، فهذا الدّين لا يكون حالاً بعد.

ولا يتفق الباحث مع هذا الانتقاد؛ كون الشرط الوارد في وثيقة التّأمين الذي يعطي الحقّ للمؤمن الرجوع على مسبب الضّرر الذي اكتسبه عن طريق مبدأ الحلول الاتفاقي بدعوى الرجوع على غير المسؤول، التي ليست دعوى شخصية، ويستلزم أيضاً ذلك أن يكون المؤمّن قد دفع مبلغ التّعويض للمتضرر.

وعليه يرى الباحث أنّ وجود مثل هذا الاتفاق في وثيقة التّأمين صحيح ومرتب لآثاره.

ويشير الباحث هنا إلى أن المشرع الأردني لم يضع أحكاماً عامة، أو تنظيماً عاماً للحلول بنوعيه القانوني والاتفاقي، بينما نصّ المشرع المصري في المادة (327) من القانون المدني المصري على أن "للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحلّ محله، ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء"، وكذلك ما نصّ عليه المشرع الفلسطيني في

615615 غازي، أبو عرابي: **حلول المؤمّن محل المؤمّن له في الرجوع على الغير المسؤول عن تحقق الخطر**، مج1، ع3، دار المنظومة، 1998، ص15.

616 صوافطة، ريم: **مرجع سابق**، ص53.

617 مصطفى، خليل: **مرجع سابق**، ص234.

618 الصوا، علي: **مبدأ حق مبدأ الحلول معناه شرعيته آثاره**، ص7، والمنشور على موقع الإنترنت وفق الرابط أدناه:
https://www.wethaq.com/app_themes/Wethaq/conferences/Conference1/conf1_subject_3_research_id_1_3_1

مشروع القانون المدني، المادة (356) منه على أنه "يجوز للدّائن الذي استوفى حقّه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير في وقت الوفاء، على أن يحلّ محله، ولو لم يقبل المدين بذلك"، وبتفسير هذين النّصين فإنّه يشترط في مبدأ الحلول الاتفاقي اتفاق بين المؤمّن والمؤمّن له على مبدأ الحلول وليس شرطاً إرضاء متسبب الضّرر بذلك، ويجب أن يتم الاتفاق على مبدأ الحلول قبل الوفاء؛ لأنّه إذا تمّ الوفاء فلا حاجة للحلول، والدّين يكون قد انقضى، حيث إنّه بمجرد وفاء المدين (المتسبب بالضّرر) لا يحقّ للمؤمّن له مطالبة شركة التّأمين؛ لأنّه لا يجوز أن يجمع بين مبلغين من التّعويض.

ثانياً: مبدأ الحلول القانوني:

نظراً لقيام جميع شركات التّأمين بإيراد شرط مبدأ الحلول في جميع وثائق التّأمين، الأمر الذي دفع معظم القوانين ومن ضمنها القانونيْنِ المدني المصري والقانون الأردني إلى إيراد حقّ المؤمّن بمبدأ الحلول بنصوص تشريعية صريحة**619**، بالتالي أصبح لا خلاف على وجود حقّ مبدأ الحلول، بالإضافة إلى توجه المشرعينَ إلى إيراد نصّ خاص يخوّل شركات التّأمين بمبدأ الحلول محل المؤمّن له في قوانين التّأمين نفسها، وأصبح لدينا مبدأ حلول بنوع خاص، بالإضافة إلى القواعد العامّة في القانون المدنيّ، المادة، (226) من القانون المدني المصري، والمادة (355) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

وبالتالي إذا قرّر القانون حقّ مبدأ الحلول للمؤمن فإنّه بناء على هذا القانون أن يحل المؤمّن محل المؤمّن له ولو لم يتضمن عقد التّأمين شرطاً يعطي المؤمّن حقّ مبدأ الحلول**620**.

وبمقارنة النصوص في القوانين المقارنة في هذا البحث، نصّ القانون المدني المصري في المادة (771) في أن يحل المؤمّن محل المؤمّن له في تأمين الحريق بالدّعاوي كافة للمؤمن له تجاه مسبب الضّرر، وبقياس ذلك يكون أيضاً بأنواع تأمين الأضرار كافة، بما في ذلك تأمين المسؤولية.

أما المشرع الأردني فنص في المادة (926) على حقّ مبدأ الحلول للمؤمن في الدعاوى كافة التي دفع فيها المؤمّن تعويضاً للمتضرر تجاه متسبب الضّرر، كما أضاف أنّه ما لم يكن من أحدث الضّرر غير متعمد من أصول المؤمّن له، أو من أزواجه، أو أصهاره أو ممن يعيشون معه، أو من يكون المؤمّن له مسؤولاً عن أفعالهم، أو فروعهم، فهذه النصوص لها أساسها القانوني بالقواعد العامة في القانون المدني، وبالتالي يمكن الاعتماد على النص القانوني سالف الذكر في القانونيْن الأردني والمصري حتى لو لم يوجد شرط في وثيقة التّأمين يقضي بمبدأ الحلول.

وبذلك يكون المشرعون السالف ذكرهم قد نظّموا مسألة حلول المؤمّن محل المؤمّن له في الرجوع على الغير المسؤول عن تحقق الخطر المؤمّن منه في نصوص قانونية صريحة، تُعطي للمؤمن الحقّ في الرجوع على الغير المسؤول على أساس النّص القانوني**621**.

أما بالنسبة للمشرع الفلسطيني فنصّ على حقّ مبدأ الحلول في قانون التّأمين الفلسطيني الذي يعدّ قانوناً حديثاً بنصّ مشابه تماماً للنصّ الأردني سالف الذكر دون أي اختلاف باستثناء الأشخاص الذين هم في معيشة مع المؤمّن.

وتبيّن للباحث عدم وجود أساس قانوني للحلول في القانون المدني الفلسطيني كقاعدة عامّة، إنّما تمّ النّصّ عليه في قانون التّأمين، وفي الواقع العملي في ظلّ هذا الوضع القانوني اتجهت شركات التّأمين الفلسطينية إلى إدراج شرط في وثائق التّأمين التي تصدر عنها في حق شركة التّأمين بالرجوع إلى الغير المسؤول عن الضّرر بدعوى مبدأ الحلول، حينما تُوفي بالتزامها المتمثل في دفع التّعويض للمضرور، حيث يترتب على ذلك أنّه في حال عدم وجود شرط في وثيقة التّأمين يعطي الحقّ بمبدأ الحلول للمؤمن عدم إمكانية الاعتماد على نص المادة (14) في قانون التّأمين للرجوع على المسؤول عن الضّرر**622**، ومبدأ الحلول القانوني التي نصّ عليها القانون

---

619 مصطفى، خليل: **مرجع سابق**، ص234.

620 الصوا، علي: **مرجع سابق**، ص8.

621 الذنيبات، سعدون: **حلول المؤمّن محل المؤمّن له في الرجوع على الغير المسؤول عن الضّرر**، رسالة ماجستير منشورة، جامعة مؤتة،2005، ص72.

لا تتوقف على إرادة أحد وهي وردت على سبيل الحصر لا يجوز التوسع فيها؛ لأنّ القاعدة العامة تنصّ على أنّ من يقوم بالوفاء لا يحلّ محلّ الدائن، واستثناء مبدأ الحلول623.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لمبدأ الحلول، ومبدأ الحلول وحوالة الحقّ

تناول الباحث في الفرع الأوّل من هذا المطلب الأساس القانوني لمبدأ لحلول، وفي الفرع الثاني مبدأ الحلول وحوالة الحقّ وفق الآتي:

الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ الحلول

يبيّن الباحث في الفرع الآراء المختلفة في تحديد الأساس القانوني لمبدأ الحلول وفق الآتي:

أوّلاً: مبدأ الحلول على أساس المسؤولية التقصيرية:

ذهب رأي من الفقه والقضاء الفرنسي إلى إمكانية رجوع المؤمّن على المسؤول عن إيقاع الضّرر بدعوى شخصية؛ للمطالبة بالتّعويض جراء قيامه بالوفاء بمبلغ التّأمين، إلا أن ذلك ينتقد بعدم اكتمال أركان انعقاد المسؤولية التقصيرية تجاه المؤمّن بصفة خاصة، وفي هذه الحالة لا تتوفر علاقة السببية بين الخطأ والضّرر، وكذلك انعدام ركن الضّرر624.

ويؤيد الباحث هذا الانتقاد بخصوص العلاقة السببية؛ حيث إن السبب المباشر لقيام المؤمن بدفع مبلغ التّأمين للمتضرر ليس خطأ الغير إنما عقد التّأمين، حتى لو كان فعل الغير هو الذي عجل في وقوع الخطر المؤمّن عليه، وكذلك بالنسبة لانعدام ركن الضّرر؛ حيث إن المؤمّن عندما يقوم بدفع مبلغ التّأمين فهو يقوم بالوفاء بالتزام عقدي عليه عند تحقق الخطر المؤمّن عليه هو لقاء الأقساط التي دفعها المؤمّن له لصالح المؤمّن، بالإضافة إلى ذلك قام المؤمن بالتعاقد مع المؤمّن له؛ باعتبار التّأمين من أهم مبادئ عقد احتمالية وقوع الخطر وحسب المؤمّن قسط التّأمين بناء عليه فبعد ذلك لا يمكن للمؤمن الادعاء بان هناك ضرر قد لحقه من الغير بسبب وقوع الخطر المؤمّن منه .

ثانياً: مبدأ الحلول على أساس قواعد مبدأ الحلول القانوني

ويقصد بها حلول المؤمّن محل المؤمّن له في مطالبة مسبب الضّرر بناء على القواعد العامة في مبدأ الحلول القانوني التي نص عليها القانون625، حيث إنه وبالرجوع إلى القوانين المقارنة نجد أن القانون المدني الأردني في المادة (926) منه، والقانون المدني المصري في المادة (326)، أعطت الحقّ لشركة التّأمين (المؤمّن) بمبدأ الحلول محل المؤمّن له للرجوع إلى الغير المسؤول عن إيقاع الضّرر626، وكذلك المادة(14) من قانون التّأمين الفلسطيني التي أعطت الحقّ للمؤمن بالرجوع على مسبب الضّرر دون ان يكون أساساً لذلك في القواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية.

ووجّه انتقاد إلى تأسيس مبدأ الحلول على أساس نصوص القانون؛ حيث إن الاعتراف بذلك والتسليم بحق رجوع المؤمّن على الغير مسبب الضّرر، فهذا مبدأ الحلول مخصص إلى الشخص الذي يؤدي الدين محل الغير، فالمؤمّن عندما يدفع مبلغ التّأمين (التّعويض) فهو لا يؤدي الدين عن الغير إنما يوفي بالتزامه الوارد بعقد التّأمين الذي هو بالأساس يختلف عن الدين المتعلق بذمة المسؤول عن الضّرر تجاه المضرور، بالتالي لا مجال لإعمال مبدأ الحلول على أساس القانون 627.

ويؤيد الباحث هذا الانتقاد ويضيف أيضاً، أنه لإعمال نصوص رجوع المؤمّن بدل المؤمّن له على المسؤول عن الضّرر، أن يكون لدينا وحدة الدينين من حيث السبب، وهو الفعل الضار من قبل المسؤول، وعقد التّأمين وهو سبب دفع المؤمّن التّعويض للمتضرر، والمحل لان الوفاء يجب ان يكون منصبا على نفس الدين.

الفرع الثاني: مبدأ الحلول وحوالة الحقّ:

---

623 أتيرة، هدى: **حقوق المؤمّن المترتبة على التّعويض**، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2010، ص18.

624 السعيد، شرف الدين: **الأساس القانوني لرجوع المؤمّن على المسؤول عن وقوع الحادث**، م ج4، ع 2، دار المنظومة، 1980، الكويت، ص228.

625 أتيرة، هدى: **مرجع سابق**، ص25.

626 أبو الهيجاء، لؤي: **التّأمين ضد حوادث السيارات دراسة مقارنة الأردن ومصر**، من دون طبعة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2004، ص185-187.

627 السعيد، شرف الدين: **مرجع سابق**،331ص.

تناول بعض الفقهاء إمكانية حلول المؤمّن محل المؤمّن له؛ لمطالبة المسؤول عن الضّرر على أساس حوالة الحقّ، وبما أن حوالة الحقّ طبقاً لما سلف، تحمل مفهوماً مفاده أن مبدأها أن تحل شركة التّأمين محل المتضرر الدائن ابتداء، وتقرّ إقراراً على اعتبارات لها من الرجوع على المدين (المسبب الضّرر)**628**، إذ إنه بمقتضى ذلك يحق للمؤمن الرجوع إلى المسؤول بكامل التّعويض الذي ترتب بذمته، وليس مقدار التّعويض الذي دفعه المؤمّن للمتضرر، وإن انعقاد الحوالة لا يتطلب إرضاء المدين (المسؤول عن الضّرر)، فقد يترتب عليها انتقال الحقّ المحال به من المحيل (المؤمّن له) إلى المحال له (المؤمّن) بمجرد انعقاد العقد، وبالتالي يترتب على ذلك أن يكون للمؤمن بمجرد تحقق الشرط أن يطالب الغير المسؤول عن الضّرر بالحقّ المحال به، وكذلك يترتب على تطبيق أحكام الحوالة أن يزاحم المؤمّن له بالرجوع إلى المتسبب، ويقسم المال قسمة غرماء وتتحقق هذه الحالة عندما يكون مبلغ التّعويض الذي دفعه المؤمّن لا يغطي كل الضّرر الذي أصاب المؤمّن له، ويترتب أيضاً أن تكون أحكام الحوالة سبباً من أسباب ثراء المؤمّن بلا سبب؛ لأن انتقال الحقّ له ابتداء، من أن يطالب المتسبب بالضّرر حتى لو لم يدفع مبلغ التّعويض للمؤمن له**629**.

وهنا يستنتج الباحث الفرق الرئيس الذي لا يمكن معه إعمال أحكام الحوالة في مبدأ الحلول، أن يحصل المؤمّن على مبلغ يزيد عن المبلغ الذي دفعه المؤمّن للمتضرر، وهذا يخالف أساس وجود مبدأ الحلول، ويخالف التوازن العقدي بين أطراف العقد، وعليه لا إمكانية لإدراج شرط الحوالة في وثيقة التّأمين. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفلسطينية في أحد قرارتها: "ولما كان مؤدى هذا الذي أورده المشرع في المادة (14) سالفة الإشارة أن الرجوع ومبدأ الحلول مصدره القانون وفق صريح أحكام هذه المادة، **وليس استناداً لحوالة الحقّ الواردة أحكامها في التقييم المدني "مجلة الأحكام العدلية"**، بما يعني أن للمؤمن (الشركة المؤمّنة) مبدأ الحلول محل المؤمّن له في المطالبة بما دفعته للأخير للمؤمن من تعويضات بموجب دعوى في مواجهة المتسبب بالضّرر**630**.

المبحث الثاني: التنظيم القانوني لحق المؤمّن بمبدأ الحلول:

تناول الباحث في المطلب الأول من هذا المبحث شروط حلول المؤمّن على المتسبب بالضّرر، كما تناول في المطلب الثاني الآثار المترتبة على الحقّ بمبدأ الحلول وفق الآتي:

المطلب الأول: شروط حلول المؤمّن على المتسبب بالضّرر:

لا بُدّ من توفر شروط حتى يستطيع المؤمّن أن يحل محل المؤمّن له للرجوع إلى المسؤول، وهذه الشروط نعالجها في فرعين: الفرع الأول: الشروط المتعلقة بطبيعة العلاقة بين المؤمّن والمؤمّن له، والفرع الثاني: شروط متعلقة بموضوع الخطر وحيثياته.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بطبيعة العلاقة بين المؤمّن والمؤمّن له:

أوّلاً: أن يكون التّأمين من تأمينات الأضرار

يشترط أن يكون العقد أو بوليصة التّأمين هي من تأمينات الأضرار، وهذا ما يستفاد من نص المادة (39) من قانون التّأمين الفلسطيني الذي حظر حلول المؤمّن محل المؤمّن له في المبالغ التي يدفعها للمؤمن، والعلة في ذلك هو أن التّأمينات التي تصنف تحت بند تأمينات الأشخاص لا تخضع للصفة التّعويضية، بحيث يمكن للمؤمن له أو المؤمّن على حياته بأي حال الرجوع إلى المؤمّن، وكذلك المتسبب بالضّرر حيث إن من أهم نتائج انعدام الصفة التّعويضية وآثارها هو جواز الجمع بين أكثر من تعويض عن الخطر أو الضّرر نفسه؛ لأن جسد الإنسان وسلامته لا تقدر بمال، فلا يمكن إعمال فكرة أن لا تعويض إلا بمقدار الضّرر، ولا يمكن تقدير الضّرر؛ لأنه يقوم على الاعتبار الشخصي، ولا يمكن القول بناء على ذلك أن المؤمّن له المستفيد قد أثرى على حساب المؤمّن له**631**.

---

628 قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2016/748 الصادر بتاريخ 2016/7/10، والمنشور على موقع مقام، جامعة النجاح الوطنية، maqam.najah.edu.

629 جابر، سيد: نظرة حديثة في مشكلات مبدأ الحلول القانوني للمؤمن: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، ع 14، مجلة دار المنظومة، سنة 2006، ص64.

630 قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2016/56 الصادر بتاريخ 2018/9/16، والمنشور على موقع مقام، جامعة النجاح الوطنية، maqam.najah.edu.

631 فتحي عبد الرحيم عبد الله: مرجع سابق ص60.

يكاد أن يُجمع الفقه أنه لا يُعمل بمبدأ الحلول، إلا في التّأمينات التي ينطبق فيها مبدأ التّعويض، وتتمثل في التّأمين من الأضرار؛ أي التّأمين على الأشياء، إضافة إلى التّأمين من المسؤولية المدنية632.

وجاء مبدأ الحلول في تأمينات الأضرار على النقيض من ذلك؛ تحقيقاً لنتيجة مهمة وهي عدم جواز التّعويض عن الضّرر ذاته مرتين، وبالتالي فإن رجوع المؤمّن له إلى المتسبب يكون مرهوناً بكون المؤمّن له لم يتقاضَ تعويضاً من المؤمّن، أو أن يكون مقدار التّعويض وفق السقف الأعلى بالبوليصة قد جاء أقل من الخسائر المترتبة، وبالتالي يحق له الرجوع بما زاد عن مقدار البوليصة على المتسبب، أما جزء المؤمن المدفوع فللمؤمن أن يسترده من المتسبب بموجب حق مبدأ الحلول، وفي تأمينات المسؤولية المدنية، وباعتبار أن المتسبب هو المؤمّن له ذاته فيمتنع على المؤمّن مبدأ الحلول عليه، وإلا فإنه سيتقاضى ما كان ملزماً بدفعه، وبالتالي لا يمكن تطبيق مبدأ الحلول إلا في حال وجود متسبب ثانٍ لاقتسام جزء من المسؤولية التي كان هو أحد عناصرها والمسبب لها633، أو مشاركته في ذلك الجزء.

ثانياً: أن يكون المؤمّن قد دفع مبلغ التّعويض للمؤمن له أو المستفيد

حتى يتمكن المؤمّن من مباشرة حقه بمبدأ الحلول محل المؤمّن له، يجب أن يكون ابتداء قام بدفع مبلغ التّعويض للمضرور634، وهذا ما نصت عليه القوانين المقارنة محل البحث التي اشترطت في بداية تنظيمها للحلول: "إذا دفع تعويضا..."، وبموجب القواعد العامة في مبدأ الحلول أيضاً يقتضي أن يكون الموفي قد أوفى بالدين إلى الدائن قبل مبدأ الحلول635، علماً أن المؤمّن يحل محل المؤمّن له فقط بمقدار ما دفعه للمتضرر؛ وهذا هو الذي يمثل الفرق الأساسي بين حوالة الحقّ ومبدأ الحلول كما بينه الباحث مُسبقاً في هذا البحث، يجب أن يكون مقدار التعويض الذي يدفعه المؤمّن للمتضرر أن ضمن مسؤوليته؛ فإذا دفع المؤمّن مبلغاً يزيد عن مسؤوليته فإنه لا يحق له الرجوع إلى المؤمّن له، أو المتسبب بالضّرر إلا بحدود مسؤوليته، إنما له الرجوع إلى الشخص الذي قبضه بمقدار الزيادة وفق قواعد الدفع غير المستحق، كما أنه يشترط في حلول المؤمّن أن يكون قد دفع مبلغ التّعويض فعلاً، إما بموجب حكم قضائي، أو بإذن المؤمّن له نفسه636، حيث إن العبرة في حلول المؤمّن محل المؤمّن له هو تاريخ واقعة دفع المؤمّن التّعويض للمضرور، وليس تاريخ إقرار المؤمّن له بذلك637، إذ يعدّ شرط دفع المؤمّن مبلغ التّعويض من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، أما بالنسبة لإثبات المؤمّن دفع مبلغ التّعويض فيتم ذلك وفق طرق الإثبات الواردة في القواعد العامة، ولا يجوز على مبدأ الحلول في تأمين الأشخاص سواء قبل وقع الخطر أو بعده؛ كونه من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته، كما لا يجوز ترك العمل به؛ حيث إنه لو تم إيراد شرط مثل ذلك يعدّ ذلك الشرط باطلاً، والعقد صحيحاً638.

ثانياً: مطالبة المتسبب للمؤمن له وثبوت مسؤوليته

حق مبدأ الحلول للمؤمن مقيد بثبوت حق دعوى مسؤولية للمؤمن له تجاه المسؤول عن الضّرر، وبالتالي إن لم يكن للمضرور دعوى مسؤولية أصلا لانعدام أحد أركانها، أو انقضاء مدتها، فإن حق مبدأ الحلول لا يثبت تلقائياً، ولا يجوز للمؤمن له إسقاط

632 حنتوش، جلال: **مبدأ الحلول في عقد التّأمين**، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية عشر، العدد الثاني 2020، جامعة كربلاء، العراق، ص498.

633 صوافطة: ريم إحسان، **الموجز في شرح عقد التّأمين على ضوء قانون التّأمين الفلسطيني**، دار الشامل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018م، نابلس، ص99-103.

634 مصطفى، خليل: **مرجع سابق**، ص250.

635 منصور، محمد: **المسؤولية عن حوادث السيارات والتّأمين الاجباري منها**، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة2000، ص344.

636 البديرات، أحمد: **رجوع المؤمّن على المؤمّن له بما أداه من تعويض إلى المتضرر دراسة في نظام التّأمين الإلزامي الأردني**، مج 23 ع2، 2008، ص202.

637 محكمة التمييز الأردنية، **تمييز حقوق**، رقم القرار88/325.

638 النظيري، راشد: **النظام القانوني للحلول في عقد التّأمين**، رسالة ماجستير منشورة، جامعة جرش، الأردن، 2014، ص87.

حقه في مطالبة المسؤول عن الضّرر؛ تلافياً للأضرار التي قد تلحق باقي المشتركين في التّأمين، خصوصاً نظام التّأمين التعاوني، ونظام التّأمين الشركة التجاري**639**.

يرى الباحث أن نص المادة (13)**640** من قانون التّأمين الفلسطيني التي أجازت الاتفاق على إعفاء المؤمّن من الضمان إذا أقر المستفيد بمسؤوليته وعليه فإن وجود شرط في وثيقة التّأمين يُسقط حق المؤمّن له بالحصول على مبلغ التّأمين في حال اعتراف المؤمّن له وتنازله عن حقه تجاه متسبب الضّرر يعدّ صحيحاً، وهذا يتفق مع نصوص القانون الأردني خاصة المادة(295) منه، والمادة(925) من المشروع الفلسطيني.

لكن لا بُدّ من التوضيح أن هذا النص متعلق بالتّأمين من المسؤولية المدنية التي يكون المؤمّن له فعلياً هو المتسبب بالضّرر، وبالتالي لا يمكن إعمال هذا النص والحقّ بمبدأ الحلول إلا في حال وجود متسبب ثانٍ اشترك أو ساهم مع المؤمّن له في إحداث الضّرر المؤمّن منه، وبالتالي يكون الحقّ لشركة التّأمين بعد دفع مبلغ التّعويض مبدأ الحلول على المتسبب الثاني بمقدار مسؤوليته التي يتم تقديرها وفق قواعد المسؤولية المدنية التي ينظمها قانون المخالفات المدنية والتّعويض عن الفعل الضار**641**.

ويرى الباحث بما أن القانون لم ينظم في حال عدم وجود اتفاق بين المؤمّن والمؤمّن له يقضي بسقوط حق المؤمّن له بالتّعويض إذا تنازل المؤمّن عن حقه تجاه المسؤول عن الضّرر، فإنه من وجهة نظر الباحث يترتب عليه عدم التزام المؤمّن بدفع مبلغ التّأمين؛ لأن من الواجب القانوني للمؤمن له المحافظة على حقوقه تجاه الغير، ولا يجوز في أي حال، وإعمالاً للقواعد العامة إعفاء صاحب الفعل الضار من المسؤولية؛ كونه يؤدي إلى انتهاج الغالب من الناس سلوك الفعل الضار دون أن يترتب عليه أي مسؤولية هذا الأمر، وهذا ما لا يمكن أن تتجه نحوه إرادة المشرع.

أما بالنسبة للمادة 14 من قانون التّأمين الفلسطيني بما ان هذا النص الوارد في المادة يشير بانها قاعدة مكملة وليست امرة وبالتالي يجوز للمؤمن استخدام هذا الحقّ الذي منحه القانون له او لا يستخدمه مع العلم بان معظم شركات التّأمين تضع شرط في وثيقة التّأمين تمنحها الحقّ بمبدأ الحلول.

إن حق المؤمّن في مبدأ الحلول محل المتضرر ليس من شأنه أن يغير من مصدر الالتزام وأحكامه بين متسبب الضّرر والمضرور، وهو الفعل الضار، إذ لو كان المتضرر غير مؤمن فإنه يطالب متسبب الضّرر استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار)، إما كونه مؤمناً على مركبته، وتلقّى تعويضاً من الجهة المؤمّنة فإنها تحل محله لمطالبة متسبب الضّرر وفقاً لمصدر الالتزام ذاته وهو الفعل الضار، وعليه فإن القواعد الناظمة لهذا الفعل تكون هي واجبة التطبيق، ولا يكون القانون مصدر الالتزام بحال من الأحوال؛ ذلك أن القانون رتب مركزاً قانونياً للمؤمن وهو حلوله محل المتضرر فقط وليس من شأن ذلك أن يغير مصدر الالتزام الأصلي المنشئ للحق المطالب به**642**.

الفرع الثاني: شروط متعلقة بموضوع الخطروحيثياته

أوّلاً: ألا يكون الغير المسؤول عن الضّرر غير المتعمد من أصول المؤمّن له وفروعه، أو من أزواجه، أو أصهاره، أو ممن يكونون معه في معيشة واحدة، أو شخص يكون المؤمّن له مسؤولاً عن أفعاله[34]، وهذا ما نص عليه القانونانِ المصري والأردني، بينما القانون

639 الصوا، علي: **مرجع سابق**، ص 15.

640 تنص الفقرة الأولى من المادة 13 **من قانون التّأمين الفلسطيني** على " أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المؤمّن من الضمان إذا أقر المستفيد بمسؤوليته أو دفع ضمان للمتضرر دون رضاء المؤمّن ".

641 صوافطة، ريم إحسان، **مرجع سابق**، ص48

642 **قرار محكمة النقض الفلسطينية** رقم 2020/106 الصادر بتاريخ 2020/6/7، والمنشور على موقع مقام، جامعة النجاح الوطنية، maqam.najah.edu.

ISSN:2509-0291

الفلسطيني لم ينصّ على استثناء الأشخاص الذين هم في معيشة واحدة مع المؤمّن له من مطالبتهم من المؤمّن، وكان غير موفق في هذا النص؛ لأنّ الغاية متحققة وهي المانع الأدبي والحفاظ على الروابط الأسرية.

ويرى الباحث بعد تدقيق نصّ المادة (14) من قانون التّأمين الفلسطيني، التي نصّت على أنّه "يجوز للمؤمّن إذا دفع تعويضاً عن الضّرر أن يحل محل المؤمّن له في الدعاوى التي تكون للمؤمن له، قبل من تسبب في الضّرر الذي حدثت عنه مسؤولية المؤمّن بما دفعه من ضمان ما لم يكن من أحدث الضّرر غير المتعمد من أصول المؤمّن له، أو فروعه، أو من زوجه، أو شخص يكون المؤمّن له مسؤولاً عن أفعاله، حيث جاء النص بإعطاء حق مبدأ الحلول للمؤمّن، ومنع المشرع الفلسطيني رجوع المؤمّن في حالة الخطأ غير العمدي على أصول المؤمّن له، أو فروعه، أو من زوجه، أو شخص يكون المؤمّن له مسؤولاً عن أفعاله، حيث الحكمة من ذلك أنه لا يجوز للمؤمّن له أن يرجع على هؤلاء الأشخاص لوجود المانع الأدبي، وحفاظاً على الروابط العائلية، وبالتالي لا يستطيع المؤمّن حلول كل المؤمّن له، ومطالبتهم بالتّعويض؛ لأن المؤمّن ابتداء لا يملك الحقّ، وكون اشتراط المشرع لعدم ارتكابهم الخطر عمداً لا يفيد، باستثناء الخطر العمدي، بل على العكس وهو أن الخطأ العمدي غير مشمول أساساً؛ باعتباره يشكل جريمة عمدية، وحق مبدأ الحلول لا يكون إلا بالحقوق المدنية، وعليه فإنّ المؤمّن في الجرائم العمدية لا يمكن الصفة التي تطلبها قانون أصول المحاكمات المدنية في رافع الدعوى وصاحب الحقّ بالمطالبة كما أنه تنتفي الخصومة بينه وبين المتسبب فلا يملك سببا لتحريك شكوى جزائية، ولا ننسى قاعدة أن الجنائي يعقل المدني، لذلك يمكننا القول إن الجرائم العمدية تخرج من حق المؤمّن بمبدأ الحلول، ومن ثم الحقوق المدنية التي تنشأ عن أفعال التابعين ومن كان المؤمّن له مسؤولاً عنهم **643**.

ونشير إلى أنّ التعمد في إحداث الخطر من المؤمّن له يحرمه من التّعويض، بينما تعمد الغير يحرم شركات التّأمين من مبدأ الحلول، ولا يعيق تعويض المؤمّن له من المؤمّن.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على حق المؤمّن بمبدأ الحلول

متى تحققت الشروط التي تم تناولها في المطلب الأول السابق، فإن المؤمّن يحل محل المؤمّن له في مطالبة المسؤول عن الضّرر، وعليه سيتناول الباحث آثار مبدأ الحلول في هذا المطلب وفق فرعين: الأول: انتقال دعوى المؤمّن له وضمانات الحقّ للمؤمّن، والثاني: الشروط المتعلقة بطبيعة العلاقة بين المؤمّن والمؤمّن له وفق الآتي:

الفرع الأول: انتقال دعوى المؤمّن له وضمانات الحقّ إلى المؤمّن

يثبت للمؤمّن الدعوى نفسها التي تثبت للمؤمّن له في الرجوع على المسؤول عن الضّرر، فتكون تعاقدية، أو تقصيرية حسب طبيعة الحقّ الذي للمؤمّن له في ذمّة المسؤول عن الضّرر، وكذلك يكون للمؤمّن الضمانات العينية والشخصية كافّة، التي تكفل وفاء المسؤول عن الضّرر بالتّعويض للمؤمن له قبل أن يأخذ مبلغ التّعويض من المؤمّن**644**.

إنّ مبدأ الحلول هو أمر جوازي يمثّل حقاً للمؤمن وليس التزاماً عليه يستطع استخدامه أو لا**645**، وهذا ما يُفهم من نص المادة (14) من قانون التّأمين الفلسطيني باستخدامه لفظ (يجوز) في بداية النّص، حيث إن شركة التّأمين تستطيع أن تحل محل المؤمّن له سواء كانت المسؤولية تقصيرية وهذا هو الغالب، أو كانت المسؤولية عقدية، كما إذا أمّن مالك المنزل على منزله الذي أجّره للغير من الحريق، فإذا حدث الحريق وقامت الشركة بدفع التّعويض للمؤمّن له، فإنها تحل محله في هذه الحال في الرّجوع بالمسؤولية العقدية على المستأجر**646**.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بطبيعة العلاقة بين المؤمّن والمؤمّن له

643 صوافطة: ريم إحسان، **مرجع سابق**، ص52

644 أتيره، هدى: **مرجع سابق**، ص74.

645 خليل: مصطفى: **مرجع سابق**، ص 273.

646 الشيخ، أسامة: **حق مبدأ الحلول التّأميني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة مقارنة**، بحث منشور، مجلة جامعة القدس للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية المجلد 2 رقم 2، 2022، ص212.

بما أنّ الحقّ في مطالبة مسبب الضّرر ينتقل من المؤمّن له للمؤمّن بكل ضماناته، فإنه يحق لمسبب الضّرر مواجهة المؤمّن بالدّفعات التي من حقه مواجهة المؤمّن له فيها، ويكون للمتسبب بالضّرر الدفع بالدفوع التي يملكها كافّة في مواجهة المؤمّن، ومن بينها الدّفع بالمقاصة الاتفاقية، أو القانونية، وكذلك الدفع بالتقادم ومرور الزمن المانع من سماع الدّعوى، أو أي دفوع إجرائية أثناء نظر دعوى الحقوق، وتُطبق عليه الأحكام المتعلقة برفع الدعوى والدفوع الخاصة والعامة كافة، التي يملكها المدّعى عليه بصفته.

ولم يرد في القانون الفلسطيني ما يشير إلى مدة تقادم الحقّ التي ترفع فيها دعوى مبدأ الحلول، حيث ورد فقط في نص المادة (21) من القانون المذكور وفيها يتحدث عن الالتزامات الناشئة عن عقد التّأمين فقط، ونجد أنّ قانون التأمين حين أغفل الحديث حول التقادم وتحديد مدة تقادم دعوى مبدأ الحلول قد سبب تناقضاً في عديد من أحكام المحاكم التي تطبق أحياناً قانون المخالفات المدنية، ومدة السنتين على اعتبار أنّه من غير المعقول أن تكون مدة تقادم الحقّ الأصلي أقلّ من مدة تقادم الحقّ الناشئ عنه، والبعض الآخر يرى أنّ سكوت المشرّع لا مجال فيه للتأويل إلا اعتبار ضرورة تطبيق القواعد العامة في تقادم الالتزامات المدنية وهي مدّة 15 سنة **647**.

الخاتمة:

في نهاية هذا البحث، وبعد توضيح الأحكام القانونية المنظمة لمبدأ الحلول وأنواعه، والأساس القانوني، والتنظيم القانوني له، وآثاره، استنتج الباحث ما يأتي:

1- عند تحقق مسؤولية الغير العقدية، أو التقصيرية تجاه المتضرر ينشأ لشركة التّأمين حقّ بمبدأ الحلول وفق نصّ قانوني خاص، أو شرط وارد بوثيقة التّأمين، وإعطاء شركة التّأمين حقّ مبدأ الحلول، ورجوعها إلى المتسبب لا يؤثر على قسط التّأمين كون المؤمّن منح الأمان للمؤمن له بالتّعويض.

2- فكرة مبدأ الحلول وجدت لغاية؛ وهي عدم جمع المؤمّن له بين مبلغين من التّعويض من المؤمّن والمتسبب بالضّرر، وعدم هدر مبدأ المسؤولية التقصيرية.

3- لا يوجد أساس قانوني لحقّ مبدأ الحلول في فلسطين، حيث في ظلّ هذا النقص التشريعي لجأت شركات التّأمين إلى إيراد شرط واضح في وثائق التّأمين يعطيها الحقّ بمبدأ الحلول.

4- في تأمينات المسؤولية المدنية وباعتبار أن المتسبب هو المؤمّن له ذاته، فيمتنع على المؤمّن مبدأ الحلول عليه، وإلا فإنّه سيتقاضى ما كان ملزماً بدفعه، وبالتالي لا يمكن تطبيق مبدأ الحلول إلا في حال وجود متسبب ثانٍ لاقتسامه أو مشاركته في الجزء من المسؤولية التي كان هو أحد عناصرها والمسبب لها.

5- في تأمين المسؤولية المدنية إذا اعترف المؤمّن له بمسؤوليته وكان هو المتسبب فقط بالضّرر دون اشتراك أيّ أحد، فإنّ ذلك يعفي المؤمّن من دفع التّعويض للمتضرر.

6- الجرائم العمدية تخرج من حق المؤمّن بمبدأ الحلول، ثم الحقوق المدنية التي تنشأ عن أفعال التابعين، ومَن كان المؤمّن له مسؤولاً عنهم، وكذلك التعمد في إحداث الخطر من المؤمّن له يحرمه من التّعويض، بينما تعمد الغير يحرم شركات التّأمين من مبدأ الحلول، ولا يعيق تعويض المؤمّن له من المؤمّن.

التّوصيات:

1.يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بضرورة سدّ النّقص التشريعي فيما يخصّ حقّ مبدأ الحلول أسوة ببعض القوانين العربية التي أسسّت الحقّ لمبدأ الحلول في قوانينها المدنية كقاعدة عامّة، ومن ثم النص عليها كنص خاص في قوانين التّأمين بإزالة التناقض الموجود في المادة (14) من قانون التّأمين الفلسطيني.

2. كما يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بإضافة مادة تتناول مدة تقادم دعوى مبدأ الحلول في قانون التأمين الفلسطيني.

المصادر والمراجع:

647 الصياد: موسى، **شرح قانون التّأمين الفلسطيني**، من دون طبعة، بدون دار نشر، ص 112

المصادر:

1- قانون التّأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005م.

2- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م.

3- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م.

4- مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876م.

المراجع:

1- عبد الله، فتحي عبد الرحيم: **التّأمين قواعده أسسه الفنية والمبادئ العامة لعقد التّأمين**، د. ط، الإسكندرية: منشأة المعارف، د. ت.

2- مصطفى، خليل: **تقدير مبلغ التّعويض وحقوق المؤمّن المترتبة على دفعه دراسة في عقد التأمين**، ط1، الحامد للنشر والتوزيع، 2001م.

3- صوافطة، ريم إحسان، **الموجز في شرح عقد التّأمين على ضوء قانون التّأمين الفلسطيني**، دار الشامل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، نابلس.

4- أبو الهيجاء، لؤي: **التّأمين ضد حوادث السيارات دراسة مقارنة الأردن ومصر**، د. ط، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، سنة 2004م.

5- منصور، محمد: **المسؤولية عن حوادث السيارات والتّأمين الإجباري منها**، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة2000م.

6- الصياد: موسى، شرح قانون التّأمين الفلسطيني، د. ط، د. ن.

المذكرات الإيضاحية:

- المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

الرسائل العلمية والأبحاث والمقالات والدوريات.

1- غازي، أبو عرابي: **حلول المؤمّن محل المؤمّن له في الرجوع على الغير المسؤول عن تحقق الخطر**، مج1، ع3، دار المنظومة.

2- أتيرة، هدى: **حقوق المؤمّن المترتبة على التّعويض**، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2010م.

3- السعيد، شرف الدين: **الأساس القانوني لرجوع المؤمّن على المسؤول عن وقوع الحادث**، مج4، ع 2، دار المنظومة، 1980م، الكويت.

4- جابر، سيد: **نظرة حديثة في مشكلات مبدأ الحلول القانوني للمؤمن: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي**، ع 14، مجلة دار المنظومة، سنة2004م.

5- البديرات، أحمد: **رجوع المؤمّن على المؤمّن له بما أداه من تعويض إلى المتضرردراسة في نظام التّأمين الإلزامي الأردني**، دار المنظومة، مج 23، ع2، 2008م.

6- **حنتوش، جلال: مبدأ الحلول في عقد التّأمين، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية عشر العدد الثاني،2020م، جامعة كربلاء، العراق.**

7- **الشيخ، أسامة: حق مبدأ الحلول التّأميني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "دراسة مقارنة، بحث منشور، مجلة جامعة القدس للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مج 2،2022.**

8- **الذنيبات، سعدون: حلول المؤمّن محل المؤمّن له في الرجوع على الغير المسؤول عن الضّرر، رسالة ماجستير منشورة، جامعة مؤتة، 2005م.**

القرارات القضائية:

1- **قرار محكمة النقض الفلسطينية** رقم 2020/106 الصادر بتاريخ 2020/6/7م، والمنشور على موقع مقام، جامعة النجاح الوطنية، maqam.najah.edu.

2- **قرار محكمة النقض الفلسطينية** رقم 2016/56 الصادر بتاريخ 2018/9/16م، والمنشور على موقع مقام، جامعة النجاح الوطنية، maqam.najah.edu.

3- **قرار محكمة النقض الفلسطينية** رقم 2016/748 الصادر بتاريخ 2016/7/10م، والمنشور على موقع مقام، جامعة النجاح الوطنية، maqam.najah.edu.

مو اقع الإنترنت:

- الصوا، علي: **مبدأ حق مبدأ الحلول معناه، شرعيته، آثاره**، ص7، والمنشور على موقع الإنترنت وفق الرابط أدناه: https://www.wethaq.com/app_themes/Wethaq/conferences/Conference1/conf1_subject_3_research_id_1_3_1.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
Laboratoire de Recherche: Droit des Affaires
ISSN:2509-0291

الغرر وأثره في عقد التأمين التجاري

(Gharar and its effect on the commercial insurance contract)

الباحث : حسين سعد سعيدان مهدي الأحبابي
طالب دكتوراة بجامعة محمد بن زايد للعلوم الإنسانية- الامارات العربية المتحدة
مساق الإجتهاد الشرعي والفتوى
إشراف أ.د/محند إيدير مشنان

ملخص

يسعى الباحث من خلال هذه الدراسة إلى بيان أحكام عقد التأمين التجاري لمعرفة ما تقوم به شركات التأمين من عقود للتأمين التجاري بشتى صوره هل يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وهل هناك غرر يقع فيه المستأمنين جراء تلك العقود . وما مفهوم الغرر وما هي أنواعه.

للإجابة على إشكالية وتساؤلات البحث إتبع الباحث أسلوب المنهج العلمي التحليلي القائم على الإستقراء لأقوال الفقهاء والعلماء في مسألة عقد التأمين التجاري. وكذلك المنهج الوصفي لعرض الأقوال والآراء والقرارات ذات الصلة بالتأمين التجاري والترجيح بينها بذكر الأسانيد والحجج.

توصي الدراسة بأن يتم تطبيق عقد التأمين في جوهرة ونستفيد بكل ما فيه من مزايا وخصائص مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامي ، وأن تتولى الدولة الإشراف على ذلك التأمين من خلال هيئة معينة بدون الوسيط المتمثل في شركات التأمين ، أو بقاء الوسيط على ما هو عليه مع التعديل على نظامه بما يتوفق مع قواعد الدين الاسلامي الحنيف.

Abstract

The researcher seeks through this study to clarify the provisions of the commercial insurance contract to know what insurance companies do in terms of commercial insurance contracts in all their forms, whether they are in accordance with the principles of Islamic law, and whether there is any uncertainty that the insured fall into as a result of these contracts. What is the concept of uncertainty and what are its types.

To answer the problem and questions of the research, the researcher followed the scientific analytical method based on induction of the statements of jurists and scholars on the issue of the commercial insurance contract. As well as the descriptive method to present the statements, opinions and decisions related to commercial insurance and to weigh them by mentioning the grounds and arguments.

The study recommends that the insurance contract be applied in its essence and that we benefit from all its advantages and characteristics while adhering to the rules of Islamic jurisprudence, and that the state supervise this insurance through a specific body without the mediator represented by insurance companies, or that the mediator remain as it is with amendments to its system in accordance with the rules of the true Islamic religion.

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد عدد ما ذكره الذاكرون وعدد ما غفل عن ذكره الغافلون، اللهم يا مفهم سليمان فهمنا ويا معلم إبراهيم علمنا وأفتح علينا فتح من عندك إنك على كل شي قدير وبالإجابة جدير وبعد.

فإن من مظاهر رحمة الله بالعباد أنه لم يكلهم إلى أنفسهم في تنظيم حياتهم على مقتضى أفكارهم ، وعلى ما تدعو إليه نظريات عقولهم بل شرع لهم دين الإسلام لتأليف النفوس والتعاون فيما بينهم وإحترام الحقوق والإلتزام بالوفاء بالعهود بين الناس فقال سبحانه وتعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ [المائدة:1] . ولذا عني الفقهاء بأمر العقود ، وتوجيه الناس إلى الدقة في إلتزام الوفاء بها ، مع ضرورة أن تكون تلك العقود سليمه مباحة من ناحية الشرع حتى لا يقع الناس في الفوضى والإختلاف وعدم التآلف ، ومن تلك العقود الهامة في تنظيم حياة الناس ورفع الحرج عنهم وإبعاد الأخطار عنهم وعن أموالهم وممتلكاتهم، عقد التأمين ، نظراً لحاجة الناس إليه لتفتيت الأخطار التي تواجههم ،وتخفيف ما يصيبهم من نوازل الدهر ، وبالتالي ينبغي أن يكون التأمين مبني على أسس وقواعد شرعية مباحة حتى يحقق المصلحة التي شرع من أجلها ، ويعتبر الغرر من مؤثرات ذلك العقد بل قد يفضي إلى إبطال العقد وعدم صلاحيته ، ويعرف الغرر في اللغة بالخطر ، ويقال غرر فلان بنفسه أي عرضها للخطر وتعريفات الفقهاء تدور حول هذا المعنى ، وإن أختلفت عباراتهم وإتجاهاتهم في تحديده ، إلا أنه ليس كل غرر يؤثر في صحة العقد عند الجميع ، والمؤثر إتفاقاً هو الغرر الكثير في عقود المعاوضات المالية ، إذا كان في المعقود عليه أصالة ، ولم تكن هناك حاجة تدفع الناس إلى إعمال هذا العقد بما فيه من غرر ،فإن كان الغرر على هذا الوجه كانت فيه مفسدة تدعو إلى حكم الشارع بحظره وتحريمه، وهو المقصود بما روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الغرر ، وقد بينت السنة النبوية المطهرة بعض جزئيات من هذا الغرر نص الفقهاء على فساد العقد فيها . ويعتبر التأمين بشتى صوره محل للغرر فيه ، لكن ما كان منه تبرع فإن الغرر لا يؤثر في صحة العقد مثل عقد التأمين التعاوني والإجتماعي والتبادلي ، وما كان معاوضه منه كعقد التأمين التجاري فإنه محل خلاف بين الفقهاء ، وتهدف هذه الدراسة إلى التعمق في فهم مسألة العلاقة بين الغرر وأثره في عقود التأمين التجارية نظراً لكون الغرر يؤثر إلى درجة تدفع العلماء إلى الدفع بتحريم هذه العقود التي يتم ابرامها تحت تأثير الغرر والجهالة. وعلى الرغم من كثرة الآراء التي تجيز عقود التأمين التجارية المتأثرة بالغرر والجهالة، إلى أن هناك العديد من النقاط التي تجعلها عقود باطلة، ومع ذلك، تعمل هذه الدراسة على المقارنة بين الآراء سواء التي تجيز هذه العقود، أو الآراء التي لا تجيز هذه العقود.

أهمية البحث:

إن التطور الهائل في شتى مجالات الحياة، وتزايد أعداد السكان بشكل هائل، وتعدد حاجيات الناس تزامناً مع التطور الإقتصادي للدول والأفراد وما يلحق ذلك من تحديات وخسائر قد تلحق بالبضائع والممتلكات ينبىء عن مدى أهمية نظام التأمين، في تحقيق مصالح متعددة سواء للأفراد أو الشركات أو الدول، سواء في المجال الصحي أو الاقتصادي وغيرها كثير.

إشكالية البحث:

تتمثل مشكلة البحث في معرفة ما تقوم به شركات التأمين من عقود للتأمين التجاري بشتى صوره هل يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وهل هناك غرر يقع فيه المستأمنين جراء تلك العقود . وما مفهوم الغرر وما هي أنواعه.

هدف البحث:

الدافع وراء اختيار هذا البحث –على الرغم من كثرة الأبحاث في مجال التأمين–إنما هو ما لاحظته من إختلاف في فهم التأمين بين فقهاء الشريعة والقانون وكيفية تنزيل الأدلة على التأمين حسب فهم وتكييف التأمين، وإختلاف آلية القياس لكل فريق ، مما يزيد الهوة بين تلك الآراء ويمكن شركات التأمين من فرض شروطها على المستأمن بما يحقق لها الربح والفائدة دون النظر في ذلك لقواعد الفقه الاسلامي .

الدراسات السابقة:

1- آل الشيخ، محمد حسن، بحث عقد التأمين التجاري للتعويض عن الضرر حقيقته وحكمه، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، شوال))،2011 العدد :8.

2- عقد التأمين التجاري بين الغرر والحاجة الفقهية (دراسة تحليلية مقاصدية) د ماهر حصوة (جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا).2019.

3- التامين التجاري حقيقته وحكمه وبديله في الفقه الإسلامي. الكاتب محمد مستوري . مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية .2012

4- إعادة التأمين العقبات والحلول ، عبدالعزيز خليفة القصار، بحث مقدم لمؤتمر وفاق الأول للتأمين التكافلي 2006.

5- إعادة التأمين محمود على السرطاوي بحث مقدم لمؤتمر التأمين التعاوني بالأردن 1431 هجرية.

6- إعادة التأمين والبديل الإسلامي (دراسة فقهية) بحث نشر في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب 2022.

أسلوب البحث:

أتبعت في هذا البحث المنهج العلمي التحليلي القائم على الإستقراء لأقوال الفقهاء والعلماء في مسألة الغرر في التأمين التجاري. وكذلك المنهج الوصفي لعرض الأقوال والآراء والقرارات ذات الصلة بالتأمين التجاري وأثر الغرر فيه.

خطة البحث: ينقسم هذا البحث إلى مقدمه ، وثلاثة مباحث وخاتمة.

المبحث التمهيدي: المبحث التمهيدي: مدخل مفاهيمي حول التأمين

المطلب الأول: مفهوم التأمين وأركانه

المطلب الثاني – أنواع التأمين وحكمها الشرعي

المبحث الأول: نظرة المانعين إلى الغرر في عقد التأمين التجاري

المطلب الأول: أقوال وأدلة الفقهاء القائلين ببطلان التأمين التجاري

المطلب الثاني: مفهوم الغرر وأنواعه وانطباقها في التأمين التجاري

المبحث الثاني: نظرة المجيزين إلى أثر الغرر في عقد التأمين التجاري

المطلب الأول: إثبات أن الغرر في التأمين التجاري مغتفر

المطلب الثاني المقاربة بين التأمين التجاري والتأمينات الاجتماعية والتأمين التعاوني

المبحث التمهيدي: مدخل مفاهيمي حول التأمين

التأمين هو عملية تحويل المخاطر الاقتصادية من شخص إلى شركة تأمين، بمقابل مادي معين يسمى بالأقساط. وهو يتضمن دفع مبلغ مالي صغير للشركة المؤمنة لتحمل المخاطر المحتملة في حالة وقوع حادث أو خسارة مالية أو تعرض المؤمن لمخاطر أخرى. فكرة التأمين تعتمد على مبدأ التضامن، حيث يتم جمع أموال من عدة أشخاص أو مؤسسات مختلفة لتشكيل صندوق تأمين يستخدم لتعويض المؤمن عليه في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده.

وبذلك يحمي التأمين الأفراد والمؤسسات من المخاطر المالية الكبيرة التي يمكن أن تتسبب في خسائر كبيرة أو حتى إفلاس. يمكن شراء التأمين لعدة أنواع من المخاطر، مثل التأمين على السيارات، والصحة، والحياة، والمنازل، والأعمال التجارية، وغيرها. ويتم تحديد مبلغ الأقساط وشروط التأمين وفقًا للمخاطر التي يتم تغطيتها وحسب معايير الشركات المؤمنة. وبشكل عام، يمكن القول إن التأمين هو عملية حماية مالية تقوم على مبدأ التضامن وتهدف إلى تحويل المخاطر الاقتصادية من الفرد إلى شركة تأمين، مع دفع مبلغ مادي معين كأقساط.

المطلب الأول: مفهوم التأمين وأركانه

التأمين لغةً - من أَمِنَ، فيقال: أمنت الرجل أمناً وأمنة، وأماناً، والأمن ضد الخوف، وهو يعني سكون القلب واطمئنانه وثقته[648].

التأمين اصطلاحاً - يشير إلى تعاون منظم تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً لخطر واحد. حتى إذا تعرض الخطر لأي منهم تعاون معه الآخرون لمواجهته، بتضحية قليلة يبذلها كل منهم، يتلافون بها أضراراً جسيمة تحيق بمن نزل الخطر به منهم[649].

كذلك عرفه الأستاذ مصطفى الزرقاء فيقول :-

"إن المفهوم الماثل في أذهان علماء القانون لنظام التأمين أنه نظام تعاوني تضامني يؤدي إلى تفتيت أجزاء الأخطار والمصائب وتوزيعها على مجموع المستأمنين عن طريق التعويض الذي يدفع للمصاب من المال المجموع من حصيلة أقساطهم، بدلاً من أن يبقى الضرر على عاتق المصاب وحده. والاسهام في جميع تشريعاته المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية والاقتصادية يهدف إلى إقامة مجتمع على أساس التعاون والتكافل في الحقوق والواجبات[650].

يتألف التأمين من أركان أساسية تتضمن:

العقد: وهو الاتفاق المكتوب بين المؤمن لديه شركة التأمين والمؤمن عليه، ويحتوي على شروط وأحكام التأمين، وتفاصيل الخدمات التي يتم تقديمها.

القسط: وهو المبلغ المالي الذي يدفعه المؤمن لشركة التأمين، ويتم حسابه بناءً على نوع التأمين والمخاطر التي تتم تغطيتها.

المخاطر: وهي الأحداث أو الظروف التي يمكن أن تؤدي إلى خسارة مالية للمؤمن عليه، مثل الحوادث، والأمراض، والكوارث الطبيعية، وغيرها.

التعويض: وهو المبلغ المالي الذي يتم دفعه من شركة التأمين للمؤمن عليه في حالة وقوع حدث مؤمن عليه، ويتم حسابه بناءًا على قيمة الأضرار المالية الناتجة عن المخاطر المؤمنة.

بالإضافة إلى هذه الأركان الأساسية، يتم تحديد شروط وأحكام التأمين وفقاً لسياسات ومعايير الشركات المؤمنة ومتطلبات المؤمن عليه. وبشكل عام، يمكن القول أن التأمين يعد أحد الآليات الهامة التي تساعد على تحقيق الاستقرار المالي والحماية من المخاطر المالية الكبيرة.[651]

المطلب الثاني – أنواع التأمين وحكمها الشرعي

قسم العلماء التأمين من حيث المؤسسات التي تقوم به إلى ثلاثة أقسام:

(أ) التأمين التعاوني "الاجتماعي":

هو الذي تقوم به الدولة لمصلحة الموظفين والعمال، فتؤمنهم من إضافة المرض والعجز والشيخوخة ويسهم في حصيلته الموظفون والعمال وأصحاب الأعمال في الدولة.

وفي هذا النوع من التأمين الدولة لا تسعى للتربح من ورائه أو الفائدة، وله صور عدة منها: (1) نظام التقاعد: وهو يقوم على أن الدولة تجعل للموظف راتباً شهرياً بعد بلوغه سن التقاعد مقابل اقتطاع جزء من راتبه الشهري.

(2) نظام الضمان الاجتماعي: وهو أن تجعل الدولة أو من ينوب عنها كمؤسسات الضمان الاجتماعي للموظف المشترك في المؤسسة تعويضات في حالة الإصابة بالمرض أو العجز أو الشيخوخة مقابل اقتطاع جزء من راتبه الشهري يصل إلى (5%) وتدفع المؤسسة التي يعمل بها (10%)، والسبب أنه في حالة نهاية الخدمة للموظف، فإن المؤسسة التي يعمل بها تدفع له مكافأة نهاية الخدمة. وكذلك من صوره الأخرى كما هو معمول به في دولة الإمارات العربية المتحدة بأن الدولة تدفع لكبار السن من خلال هيئة الضمان

---

648 المصدر لسان العرب لابن منظور: 107/1.

649 المصدر الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري – 1080/7.

650 المصدر نقله عنه الاستاذ حسين حامد حسان في حكم الشريعة الاسلامية في عقود التأمين ص 10.

651 المصدر (المكتبة الشاملة ، أبحاث هيئة كبار العلماء ، ج/4، ص50.)

الاجتماعي مبلغ مالي لمن بلغوا سن التقاعد ولم يعد يقدر على العمل، وكذلك المطلقات والأرامل وأصحاب الهمم. وهذا وإن كان لا يدخل في نظام التأمين الصرف إلا أنه نوع من أنواع التأمين الاجتماعي بدون مقابل.

(3) التأمين الصحي: وهو أن تتكفل الدولة بتقديم العلاج اللازم لمن يصاب بمرض ما مقابل قسط شهري يدفعه الشخص652.

وهذا التأمين بصوره المذكورة جائز شرعاً بلا خلاف، مهما كان نوع الخطر المؤمن منه، لأنه ينسجم مع مقاصد الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى التكافل والتعاون الاجتماعي، وعليه فإنه يعتبر من التبرعات وليس من المعاوضات، وبالتالي فالغرر لا يؤثر في عقود التبرعات، والتأمين التعاوني تبرع محض لا يقصد منه الربح أو المعاوضة653.

(ب) التأمين التبادلي:

هو ذلك النوع من التأمين الذي تقوم به الجمعيات الخيرية والتعاونية والتأمينية لتأمين حاجات المنتسبين إليها، فيتفق كل أعضاء الجمعية فيما بينهم على تعويض من ينزل به خطر ما. ويكون على كل عضو دفع مبلغ مالي معين على سبيل التبرع والمؤازرة ورأب الصدع الذي ينزل ببعض الأفراد، ولا يقصد من وراء ذلك الربح أو الفائدة. وله عدة صور منها (1) الجمعيات الخيرية التي تنشأ بين أهل القرى والمدن فيسهمون أهل الخير من كل بلدة إلى تكوين جمعية خيرية باسم بلدتهم ويضعون نظاماً لها ويرتبون على كل مشترك مبلغ معين من المال ويكون في صندوق يدفع منه لمن أصيب بفاجعة فقدان معيل أو لضرر صاب أي من سكان هذه البلدة من ميسوري الحال كالحريق للسيارة أو المنزل أو غيره.

(2) الجمعيات التي تنشأ بين الموظفين في مؤسسة ما، حيث يقومون بإنشاء صندوق للطوارئ يسهم فيه كل موظف بمبلغ معين، ويعطي منه المحتاج الذي ينزل به مصيبة على أساس القرض654.

ويعتبر هذا النوع من التأمين جائزاً شرعاً لأنه تعاون على تخفيض أثر الكارثة أو الازمة، ولا يقصد من ورائه تحقيق الأرباح او الفوائد، وهو تطبيق لقوله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان" 655

وقوله صل الله عليه وسلم "ترى المؤمنين في توادهم وتعاونهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو، تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى"656

(ت) التأمين التجاري:

وهذا النوع من التأمين هو محل الدراسة والبحث ، وعليه سوف نتكلم عنه بشئ من التفصيل ، فعقد التأمين التجاري هو الذي تقوم به شركات التأمين المعاصرة وهو عقد تبرمه الشركة مع الأفراد على تأمينهم من أخطار ما ، وهنا يعتبر التأمين كعقد وليس كنظام وبالتالي قد يشوبه بعض الشبهات كونه يقوم على المرابحة والفائدة والغرر فيمن يعتبرون أطراف فيه المؤمن والمستأمن أو المستفيد من التأمين وعليه تباينت آراء الفقهاء بين مجيز ومانع وأسندوا في ذلك الأدلة والحجج اللازمة لبيان صحة كل قول مما يتطلب الوقوف على تلك الآراء وترجيح ما يتبين منها لنا بأنه الأقرب والأرجح بناءًا على الأدلة والأسانيد الأقوى وما يتوافق مع مصالح الناس وحاجياتهم وفق مبادئ الشريعة الاسلامية السمحة.

نشأ هذا النوع من التأمين في بداية القرن الحادي عشر الميلادي حيث بدأ بالتأمين البحري نظراً لازدهار التجارة عبر البحار في ذلك القرن، كما بدأ شمال إيطاليا وذلك بسبب الأخطار التي تتعرض لها السفن في البحار، فظهرت بوالص التأمين وهي تتمثل في دفع قسط معين من صاحب البضاعة على أنه في حالة التلف للبضاعة أو تعرضها للسرقة يقبض بذلك مبلغاً معيناً.

652 المصدر كتاب حكم الشريعة الاسلامية في عقود التامين لحسان – ص31.

653 المصدر عقود التأمين من وجه الفقه الاسلامي لمحمد البلتاجي، ص204.

654 المصدر المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي، د محمد عثمان ص 104.

655 سورة المائدة "الآية 2".

656 صحيح البخاري 77/7.

ISSN:2509-0291

وعليه صارت هناك أرباح طائلة للناس الضامنين مما أدى إلى انتشار هذا النوع من التأمين في العديد من بلدان العالم مثل بريطانيا، وفي عام 1666م حدث حريق هائل في لندن، وبعده نشأ التأمين ضد الحرائق، وهو أول صورة من صور التأمين البري، وبعد ذلك انتقل إلى الولايات المتحدة الأمريكية657.

وانتقل إلى الدول العربية في القرن التاسع عشر حيث لم يتعرض إليه أحد قبل فقيه الديار الشامية محمد أمين المشهور بابن عابدين (ت 1252هـ- 1836م) حيث جاء في حاشيته مطلب مهم فيما يفعله التجار من دفع ما يسمى "سوكرة" وتضمين الحربي ما هلك من المركب658.

والتأمين التجاري - هو عقد يلتزم فيه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين في العقد، ذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن، ويتحمل بمقتضاه المؤمن تبعة مجموعة من المخاطر بإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء659.

عناصر عقد التأمين التجاري

التراضي بين الطرفين: المؤمن (الشركة)، والمؤمن له ويتمثل ذلك في الايجاب والقبول الصادر منهما لإنشاء عقد التأمين مما يضفي صيغة قانونية على هذا النظام.

المؤمن وهو الذي يمثل هيئة التأمين كشركات التأمين المعاصرة.

المؤمن له ويطلق عليه المستأمن، وهو الشخص الذي يقوم بالتعاقد مع المؤمن (الشركة).

المستفيد وهو الذي يعينه المؤمن له ليستفيد من عقد التأمين كالابن أو الزوجة.

الخطر وهو الحادث الاحتمالي المؤمن منه والمبين في العقد كالحرق أو السرقة أو الزواج وغير ذلك660.

ويشترط في خطر عقد التأمين التجاري عدة شروط منها:

أن يكون الخطر إحتماليا بحيث يكون وقوعه غير محتم، فهو قد يقع وقد لا يقع كالحريق أو السرقة، وعليه لا يصح التأمين على الخطر المستحيل الوقوع كأن يؤمن الشخص على سيارته من حوادث السير ثم تبين أن السيارة كانت محروقة قبل إبرام العقد، وعليه يعد العقد باطلاً.

ألا يكون الخطر متعلقاً بمحض إرادة أحد طرفي العقد، فإذ تعلق العقد بمحض إرادة المؤمن له فقد انتفى عنصر الاحتمال في الخطر، وأصبح تحقق الخطر بمشيئته.

أن يكون الخطر متولداً من نشاط المؤمن له غير محظور قانوناً أي غير مخالف للنظام العام، كالأخطار المترتبة على الاتجار بالمخدرات وغيرها.

أن يكون حادث مستقبلياً، فلا يصح التأمين على خطر وقع في الماضي.

أن يكون الخطر منتظم الوقوع إلى درجة مألوفة لتتمكن الشركة من تقدير قيمة الخسائر المالية التي تنتج عنه، وبالتالي لا يصح التأمين على خطر نادر الوقوع لتعذر تحديد قيمة الخسارة661.

قسط التأمين وهو محل التزام المؤمن له، حيث يقوم بدفع مبلغ من المال للشركة بشكل دوري ومتجدد وفقاً لمبدأ عام في التأمين هو مبدأ نسبة القسط إلى الخطر.

---

657 المصدر التأمين للدسوقي، ص12 ، التامين التجاري لغريب الجمال ص19.

658 حاشية ابن عابدين، 170/4. نقلته عن كتاب المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي لمحمد عثمان بشير، ص89.

659 المصدر عقود التأمين من الناحيتين التأمينية والقانونية لجمال الحكيم 33/1.

660 المصدر التأمين الدولي لسامي حاتم، ص 56. عقود التأمين لجمال الحكيم، 41/1.

661 المصدر التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون لغريب الجمال ص 13-15.

مبلغ التأمين وهو محل التزام المؤمن (الشركة)، حيث تقوم بدفعه إلى المؤمن له أو المستفيد عند وقوع الخطر662.

خصائص عقد التأمين التجاري663:

عقد التأمين التجاري رضائي، أي يتم التعاقد باتفاق المتعاقدين وهو في العادة لا يثبت إلا بوثيقة يوقع عليها الطرفان.

عقد التأمين عقد معاوضة، فكلا المتعاقدين يأخذ مقابلاً لما يدفع، فالمؤمن له يأخذ مبلغ التأمين عند وقوع الخطر مقابل دفع قسط التأمين للشركة.

عقد التأمين ملزم للمتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما الرجوع عنه أو فسخه بعد إنعقاده إلا برضا الطرف الآخر.

عقد التأمين عقد إحتمالي حيث يعتبر من عقود الغرر، لأن كلا العاقدين لا يعرف عند إبرام العقد مجموع ما سيأخذ من المال ولا مقدار ما سيدفع، لأن ذلك متوقف على وقوع الخطر.

عقد التأمين عقد إذعان، بمعنى أن أحد طرفي العقد أقوى من الآخر وهو المؤمن (الشركة)، حيث تفرض الشروط بإرادتها المنفردة، ولا يملك الطرف الآخر الإعتراض.

عقد التأمين زمني وهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه.

أنواع التأمين التجاري

توجد عدة أنواع من التأمين التجاري، وسوف نسردها كالتالي:

أولاً: التأمين على الأشياء

وهو التأمين على الأشياء من الأضرار والخسائر التي تلحقها كالتأمين ضد الحريق والتأمين على البضائع من الغرق ... إلخ664.

ثانياً: التأمين على الأشخاص وهو نوعين:

النوع الأول التأمين على الحياة :- وهو عقد بمقتضاه يتعهد المؤمن بدفع مبلغ من المال للمؤمن له عند موته أو عند بقاءه حياً بعد مدة معينة وله ثلاث صور: (1) تأمين لحالة الوفاة وله ثلاث حالات، الحالة الأولى تأمين عمري، وهو أن يدفع المؤمن له أقساط متفق عليها طوال عمره، ولا يستحق مبلغ التأمين إلا بعد وفاته، فيدفع مبلغ التأمين للورثة. الحالة الثانية تأمين مؤقت، وهو أن يدفع المؤمن له أقساطاً إلى مدة معينة كعشرين سنة مثلاً، فإذا مات قبلها لم يستحق مبلغ التأمين وإذا بقي حياً إستمر في الدفع، فإذا توفى صرف المبلغ إلى ورثته. الحالة الثالثة تأمين البقيا وهو أن يدفع المؤمن له أقساطاً طيلة عمره، فإذا مات دفعت الشركة مرتباً شهرياً لورثته أو المستفيد.

القسم الثاني من التأمين على الحياة هي التأمين لحالة البقاء، وهو أن يدفع المؤمن له أقساطاً معينة، فإذا انتهت تلك المدة تدفع الشركة للمؤمن له مرتباً شهرياً في حالة بقاءه على قيد الحياة.

القسم الثالث من التأمين على الحياة هو التأمين المختلط، وهو الذي يجمع صورتين من الصور السابقة مثل أن تدفع الشركة مبلغ محدد إلى المؤمن له في حال بقاؤه على قيد الحياة أو للمستفيد في حال وفاة المؤمن له665.

(ب) التأمين من الإصابات (الحوادث)، وهو عقد تلتزم فيه الشركة بدفع مبلغ من المال عند وقوع الإصابة للمؤمن له.

ثالثاً: تأمين من المسؤولية عن الغير (ضد الغير): وهو تأمين الشخص نفسه من الأضرار التي تصيبه في حالة وقوع حادث (تأمين السيارات)666.

---

662 المصدر المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي د محمد عثمان شبير، ص109.

663 المصدر التأمين لغريب جمال، ص22

664 المصدر التأمين لغريب الجمال، ص113.

665 المصدر التأمين لغريب الجمال ص 50 وما بعدها.

666 المصدر التأمين للدسوقي، ص21

ISSN:2509-0291

وحول مدى مشروعية عقد التأمين التجاري تباينت آراء الفقهاء في عقد التأمين التجاري، بين مانع ومجيز وعليه سوف نبين تلك الآراء بالتفصيل في المبحثين التاليين.

المبحث الأول: نظرة المانعين الى الغرر في عقد التأمين التجاري

تمهيد: القائلون ببطلان التأمين التجاري.

أختلفت آراء الفقهاء المعاصرين في عقد التأمين التجاري، وذلك نظرًا لاختلاف وجهات النظر والتفسيرات الفقهية المختلفة بينهم. ومن بين الآراء الشائعة:

قومية العقد: يرون بعض الفقهاء أن عقد التأمين التجاري قومي العقد، وهو يتطلب وجود العدل والمساواة في العقد، وإذا كان هناك أي تحيز أو إجحاف في الشروط والأحكام فإن العقد يصبح باطلاً.

التعاقد المشترك: يرون بعض الفقهاء أن عقد التأمين التجاري يعتبر تعاقدًا مشتركًا بين الطرفين، ويجب على كل طرف توفير جزء من العقد، وعلى كل طرف أن يلتزم بالشروط والأحكام المتفق عليها.

الغرض الشرعي: يرون بعض الفقهاء أن عقد التأمين التجاري يجوز شرعًا إذا كان الغرض الشرعي منه هو حماية الممتلكات والأصول من المخاطر والأضرار، ويجب على شركة التأمين تقديم الخدمات بأسلوب يتماشى مع الأحكام الشرعية وتوفير الحماية للمؤمن عليه.

الربا: يرون بعض الفقهاء أن بعض أشكال التأمين التجاري تحوي عناصر ربوية، وهي تتعلق بالفائدة المستحقة على المؤمن عليه في حالة عدم وقوع الحادث، وهذا يعتبر رباً، ويجب تجنبه.

لا يمكن الجزم بأي من الآراء المذكورة أعلاه، حيث يعتمد الأمر على تطبيق الشروط والأحكام التي تنص عليها الشركة المؤمن عليها، وما إذا كانت تتوافق مع الأحكام الشرعية أم لا[667].

المطلب الأول: أقوال وأدلة الفقهاء القائلين ببطلان التأمين التجاري

وعليه إختلف الفقهاء حول مشروعية عقد التأمين التجاري، حيث أفتى الفقيه الحنفي محمد أمين الشهير بابن العابدين (1252هـ /1836م) بعدم جواز التأمين البحري الذي يندرج تحت التأمين التجاري، بل كان هو أول صور التأمين التجاري حيث كان ذلك رداً منه على سؤال حول ضمان ما يلتزم بحفظه الحربي من بضائع التجار في حال إستأجروا مركب لنقل البضائع وأخذ أهل الحرب منها شيئاً وأجاب بعدم لزوم الضمان لأن ذلك المراكبي أجير مشترك والخلاف في ضمان الأجير المشترك مشهور [668].

وبعد ذلك جاءت أقوال كثيرة للفقهاء حول مشروعية عقود التأمين التجارية نبين منها التالي:

القول الأول: ذهب فريق من الفقهاء إلى عدم جواز عقد التأمين التجاري وهم الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقاً[669]، والشيخ العلامة أحمد إبراهيم الحسيني (1364هـ / 1945م)[670].

والشيخ محمد أبو زهرة، نقل رأيه الشيخ مصطفى الزرقاء في كتابه نظام التأمين (ص 67)، والشيخ عبد الله القلقيلي مفتي المملكة الأردنية الهاشمية سابقاً[671].

وغيرهم. واستدلوا على ذلك بما يلي:

---

667 كتاب مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، (دمشق، دار القلم، 1998)، ط1، ص 634

668668 المصدر أجوبة محققة عن أسئلة مفرقة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين 176/2.

669 المصدر – فتوى من الشيخ عن حكم التأمين، أحكام السوكرتاه، طبعت للشيخ في مصر سنة 1932.

670 المصدر مقالاً في حكم التأمين على الحياة حرمة في مجلة الشبان المسلمين سنة 1941 العدد 13.

671 المصدر نقل رأيه غريب الجمال في كتاب نظام التأمين ص 67.

عقد التأمين يشتمل على غرر مفسد للعقد، وعليه فإن عقد التأمين التجاري عقد معاوضة، والغرر يفسد عقود المعاوضات، وذلك لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صل الله عليه وسلم حيث قال: نهى رسول الله صل الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وبيع الغرر672.

وعن ابن عمر أن النبي صل الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر، وحقيقة الغرر هي ما يكون مستور العاقبة. فقد يحصل أحد العوضين وقد لا يحصل، والغرر الذي يفسد عقود المعاوضات هو الغرر الفاحش، كبيع الطير في الهواء، حيث قال القرافي رحمه الله "الغرر في الوجود وفي الحصول كالطير في الهواء وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ رمي الحصاة، وفي الأجل673.

أما الغرر اليسير فلا يفسد العقود، خاصة عقود المعاوضات اما عقود التبرعات فلا يؤثر فيها الغرر لانها دون مقابل، وعليه فإن الغرر الموجود في عقد التأمين التجاري غرر فاحش، لأنه يتعلق بحصول العوضين ومقدارهما، فقد يحصل العوض وقد لا يحصل لأنه متوقف على وقوع الخطر وهو قد يقع وقد لا يقع، ومجموع أقساط التأمين التي يقدر المؤمن إستيفاءها من المستأمن قد يحصل وقد لا يحصل ، كذلك عقد التأمين يتضمن الغرر في مقدار العوضين فالمستأمن يجهل مقدار ما سيأخذ ، والشركة تجهل مقدار مجموع الأقساط وما ستدفعه للمستأمن حال وقوع الخطر ، ويتضمن عقد التأمين الغرر في الأجل كما في التأمين العمري حيث تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ عند وفاة المستأمن وهو أجل مجهول.674

عقد التأمين التجاري يتضمن الربا بنوعيه، فهو يتضمن ربا الفضل وربا النسيئة، وحقيقة عقد التأمين التجاري هي بيع نقد بنقد، حيث يتفق المستأمن مع شركة التأمين على أن يدفع قسط التأمين مقابل أن يأخذ مبلغ التأمين عند حدوث الخطر، وقد يكون هذا المبلغ الذي يأخذه المستأمن مساوياً لما دفعه أو متفاضلاً، فإذا كان متساوياً مع ما دفعه فهو ربا نسيئة، وإذا كان متفاضلاً وأخذه فهو ربا فضل، وإذا كان متفاضلاً وأخذه بعد أجل فهو ربا فضل وربا نسيئة، وهذا الربا يفسد عقد التأمين باتفاق الفقهاء675.

عقد التأمين يتضمن الميسر "القمار والمراهنة"، والميسر هو قمار أهل الجاهلية بالازلام676.

أما القمار كل لعب يشترط فيه الغالب أن يأخذ شيئاً من المغلوب، وعرفه ابن تيمية بأنه "أخذ مال الإنسان، وهو على مخاطرة هل يحصل له عوض أو لا يحصل"677

والمراهنة بمعنى أن يتبارى شخصان على شيء يكون أو لا يكون، فمن تحقق قوله فله من الآخر كذا678.

وقد حرم الإسلام المقامرة أو الميسر أو المراهنة لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون".679

وعلة فساد عقود المعاملات بالميسر هي الاحتمال والغرر الذي يكتنف تلك المعاملات من حيث الطبيعة ومن حيث العوض او المقابل فالطبيعة فيها إحتمال للكسب من عدمه والعوض فيه غرر لأنه متوقف على كسب الرهان او المقامرة ، فكل منهم المتراهنين أو المقامرين لا يعلم هل يحصل على العوض أم لا، وهذا يتحقق في عقد التأمين التجاري. فالمستأمن لا يعلم متى سيحصل على

672 المصدر السنن الكبرى للبيهقي 338/5.

673 المصدر الفروق للقرافي 365/3.

674 (المصدر محمد عثمان شبير ،المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ص99-100.

675 المصدر - نهاية المحتاج، 279/4.

676 المصدر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: 53/3.

677 المصدر- مجموع فتاوى ابن تيمية 76/28.

678 المصدر - معجم لغة الفقهاء لقلعجي: 420.

679 سورة المائدة الآية: 90.

العوض، أو قد لا يحصل عليه أصلاً لأنه متوقف على الخطر والخطر احتمال قد يقع وقد لا يقع، قال الشيخ محمد بخيت المطيعي في رسالته السوكرتاه ((عقد التأمين عقد فاسد شرعاً، وذلك لأنه معلق على الخطر، تارة يقع وتارة لا يقع فهو قمار معنى))680

عقد التأمين يتضمن بيع دين بدين أو بيع كالئ بكالئ، والمراد ببيع الكالئ بالكالئ هو بيع الدين المؤخر بالدين المؤخر، وعرفه ابن عرفة بأنه "بيع شيء في ذمة شيء في ذمة أخرى غير سابق تغرر أحدهم على الآخر". ولا خلاف بين الفقهاء في منع هذا الدين بدين، قال شيخ الإسلام ابن تيمية "وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ" وهو المؤخر الذي لم يقبض بالمؤخر الذي لم يقبض، وهو كما لو أسلم شيء في شيئاً في الذمة فكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز بالاتفاق"681.

والعلة في ذلك انتفاء الفائدة من البيع فور صدوره، لأن الأصل في البيع أن آثاره تترتب عليه بمجرد صدوره وتسلم المشتري للمبيع والبائع للثمن، وعليه فعقد التأمين يتضمن بيع دين بدين من حيث إن الأقساط التي يدفعها المستأمن دين في ذمته، ومبلغ التأمين الذي ستدفعه الشركة دين في ذمتها، فهو دين بدين فلا يصح . 682

المطلب الثاني: مفهوم الغرر و أنواعه و انطباقها في التأمين التجاري

الغرر لغة: الغرر بفتحتين هو الخطر أي (الإشراف على الهلاك وخوف التلف)، والتغرير حمل النفس على الغرر، يقال غرر بنفسه وماله تغريراً وتغرة عرضهما للهلكة من غير أن يعرف683.

وقال القاضي عياض أصل الغرر لغة هو ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه. قال وقد يكون من الغرارة وهي الخديعة684.

وفي إصطلاح الفقهاء

الحنفية قال السرخسي ((الغرر ما يكون مستور العاقبة))685.

وقال الكاساني: ((الغرر هو الخطر الذي أستوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك))686.

وقال إبن عابدين ((الغرر هو الشك في وجود المبيع))687.

المالكية : جاء في المدونة قال إبن وهب : وقال لي مالك ((وتفسير ما نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم من زيادتها،أن يعمد الرجل إلى الرجل قد ضلت راحلته أو دابته أو غلامه ، وثمن هذه الأشياء خمسون ديناراً ، فيقول : أنا آخذها منك بعشرين ديناراً ، فإن وجدها المبتاع ذهب من البائع بثلاثين ديناراً ، وإن لم يجدها ذهب منه البائع بعشرين ديناراً ، وهما لا يدريان كيف يكون حالهما في ذلك الوقت ولا يدريان أيضاً إن وجدت الضالة كيف توجد، وما حدث فيها من أمر الله / مما يكون فيها نقصاً او زيادتها ، فهذا أعظم المخاطرة))688

ويتبين من هذا كله أن الغرر عند الامام مالك رحمه الله تعالى هو ما جهل وجوده أو ماجهلت صفته.

وقال القرافي رحمه الله تعالى: أصل الغرر هو الذي لا يدرى هل يحصل ام لا يحصل، كالطير في الهواء، والسمك في الماء689.

---

680 المصدر رسالة السوكرتاه للسيخ محمد المطيعي نقلاً عن الغرر وأثره في العقود للضرير ص648.

681 المصدر القياس لابن تيمية، ص11.

682 المصدر محمد عثمان شبير ،المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ص104.

683 المصدر لسان العرب، القاموس المحيط، المصباح المنير، كشاف اصطلاحات الفنون.

684 المصدر الفروق للقرافي، 266/3.

685 المصدر المبسوط 194/13.

686 المصدر البدائع: 263/5.

687 المصدر إبن عابدين 147/4.

688 المصدر المدونة: 10:38، والموطأ 41/5. بهامش المنتقى.

689 المصدر الفروق للقرافي، 265/3.

الشافعية – نقل الكاساني أن الشافعي قال ((الغرر هو الخطر)690

وقال الشيرازي: الغرر ما أنطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته691.

الحنابلة: قال ابن تيمية في الفتاوى والقواعد النورانية (الغرر هو المجهول العاقبة)692

وقال إبن القيم في إعلام الموقعين (بيع الغرر هو مالا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً)693

الغرر في القانون عرفه الدكتور السنهوري بأنه (العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى)694

أنواع الغرر: هناك نوعان للغرر هما 1- الغرر اليسير: - وهو ما من شأن الناس التسامح فيه كما وضح ذلك الدسوقي في حاشيته695.

من أمثلته بيع الشاة الحامل حيث لا تعرف الحمل لكن يجوز تبعاً، وكذلك عند بيع بيت لشخص ماء هل يعرف الاساسيات والقواعد لذلك البيت بالتأكيد لا، لكنه غرر يسير يتم التجاوز منه عادة في اعراف الناس وهكذا.

النوع الثاني : الغرر الفاحش وهو ما يؤثر في صحة العقد والمعيار في ذلك منوط بأهل الخبرة حيث ذكر إبن القيم ذلك في كتابه إعلام الموقعين (هذا ليس حظ الفقيه، ولا هو من شأنه، وإنما هو من شأن أهل الخبرة بذلك ، فإن عدوه قماراً أو غرراً فهم أعلم بذلك ، وإنما حظ الفقيه أن يحل كذا لأن الله أباحه ويحرم كذا لأن الله حرمه ----)696

وهناك تعريف آخر للغرر الفاحش وهو ما غلب على العقد حتى صار العقد يوصف به697.

ومن أمثلته بيع الملامسة وبيع الحصاة وغيره مما يتضمن غرر واضح وظاهر.

وبعض الفقهاء اضاف نوع ثالث من الغرر وهو الغرر المتوسط وفيه إختلاف بين الفقهاء حول مشروعيته وهل يؤثر على العقد ام لا .

أم امن ناحية إنطباق هذه الانواع على عقد التأمين التجاري فأشرنا لذلك في رأي الفقهاء حول مشروعية التأمين التجاري ، وسوف نتكلم عنه بشئ من التفصيل في هذا المطلب.

كما وضحنا ونقلنا عن آراء الفقهاء والقانونين فإن عقد التأمين فيه غرر ، وأن محاولة نفي الغرر عنه بالكلية لا اساس لها من الفقه ولا من القانون.

حيث أن عقد التأمين من العقود الإحتمالية أو عقود الغرر لأن المؤمن له حين العقد لا يعلم مقدار ما يحصل عليه من عوض لان ذلك متوقف على حصول الخطر وكذلك المومن (الشركة) لا يعلم مقدار ما سيدفعه للمستأمن لعدم حصول الخطر ، وعليه نوضح هنا هل الغرر الموجود في عقد التأمين غرر يسير ام غرر فاحش يؤثر في صحة العقد .

يتعتبر الغرر في عقد التأمين غرر فاحش ،لأنه كما بينا في تعريفات الغرر الفاحش هو ما غلب على العقد حتى صار العقد يوصف به ، و لأن من أركان عقد التأمين كما بينا سابقاً ، الخطر وهو حادثة محتملة لا تتوقف على إرادة أحد الطرفين ، وعليه لا يكون

690 المصدر البدائع 163/3.

691 المصدر المهذب: 262/1.

692 المصدر الفتاوى: 275/3.، والقواعد النورانية الفقهية /116.

693 المصدر إعلام الموقعين: 358/1.

694 المصدر نظرية العقد للدكتور السنهوري: 140، والموجز له: 40.

695 المصدر محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ج3، ص60.

696 المصدر ابن القيم إعلام الموقعين عن رب العالمين ج4، ص4.

697 المصدر الغرر وأثرة في العقود في الفقه الاسلامي – الدكتور الصديق محمد الامين ص 655.

التأمين الا من خطر غير محقق الوقوع وبالتالي يكون الغرر ملازم لعقد التأمين لا ينفك عنه ، وبناء على ذلك ، ومما يدل على أن الغرر تمكن من عقد التأمين وأصبح صفة ملازمة له حيث أن أكثر القوانين الوضعية تذكرة تحت مسمى ((عقود الغرر)).**698**

إلا أن بعض المجوزين لعقد التأمين المعترفين بوجود الغرر فيه من أمثال الأستاذ علي الخفيف**699**.

يرون أن الغرر الذي فيه مغتفر لا يمنع صحته، مبررين ذلك أن الغرر المانع من جواز المعاملة هو ما أدى إلى نزاع، والغرر الذي في عقد التأمين لا يؤدي إلى نزاع كما يرون، إلا أن هذا الشي غير مسلم به فكثير من الحالات التي يطالب فيها المؤمن له بالتعويض لا تمر من غير نزاع وأروقة المحاكم وأجهزة إنفاذ القانون تعج بذلك**700**.

المبحث الثاني: نظرة المجيزين إلى أثر الغرر في عقد التأمين التجاري

تمهيد: القائلون بجواز التأمين التجاري وأدلتهم العامة

ذهب فريق آخر من الفقهاء المعاصرين إلى صحة عقد التأمين التجاري، ومنهم الشيخ عبد الوهاب خلاف"**701**

والشيخ على الخفيف أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق"**702**

والشيخ عبد الرحمن عيسى مدير تفتيش العلوم الدينية والعربية بالأزهر الشريف703، والأستاذ مصطفى الزرقاء**704**.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

القياس على نظام العاقلة، والعاقلة تطلق على الجماعة التي تغرم الدية، وهم عشيرة الرجل وأهله، وقد اتفق الفقهاء على مشروعة نظام العاقلة في القتل الخطأ**705**.

وقد روي عن المغيرة بن شعبه "أن إمرأة قتلت ضرتها بعمود فسطاط، فأتى فيه رسول الله صل الله عليه وسلم فقضى على عاقلتها بالدية، وكانت حاملاً فقضى في الجنين بغرة، فقال بعض عصبتها أندي من لا طعم ولا شرب، ولا صاح فأستهل، ومثل ذلك يطل، قال فقال "سجع كسجع العرب"**706**

والخلاصة في ذلك أنه إذا جنى أحد جناية قتل غير عمد، فإن دية النفس توزع على أفراد عاقلته فتقسط الدية عليهم في ثلاث سنين، ووجه الشبه بين عقد التأمين التجاري ونظام العاقلة تخفيف أثر المصيبة عن المصاب وجعله الشرع إلزامياً دون تعاقد في نظام العاقلة.**707**

تخريج عقد التأمين على عقد الموالاة، والموالاة في الاصطلاح أن يقول مجهول النسب لرجل معروف النسب "أنت ولي ترثني إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت**708**.

وقد سماه الحنفية ولاء الموالاة، وهو جائز ويقع به التوارث عندهم**709**.

---

698 المصدر الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ، الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير ، ص655-656.

699 المصدر التأمين للأستاذ على الخفيف، ص 8-9.

700 هيئة التأمين بدولة الإمارات العربية المتحدة تتلقى 3554 شكوى بحق شركات التأمين خلال النصف الأول من العام 2016، بإرتفاع نسبته 137% عن الفترة نفسها من العام 2015.) المصدر مقال في جريدة الإمارات اليوم تاريخ 31 أغسطس 2016.

701 المصدر الدسوقي في كتابة التأمين وموقف الشريعة منه، ص78.

702 المصدر الدكتور ياسين درادكة في كتابه نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية 295/2".

703 المصدر غريب جمال في كتابه التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، ص231.

704 المصدر 49 نظام التأمين للزرقاء ص27.

705 المصدر بدائع الصنائع: 255/7.

706 المصدر - صحيح مسلم 1311/3.

707 المصدر نظام التأمين للزرقاء حقيقته والرأي الشرعي فيه ، ص60-62.

708 المصدر معجم لغة الفقهاء لقلعجي: 468.

709 المصدر بدائع الصنائع للكاساني: 170/4.

ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم إن الله كان على كل شيء شهيداً".710

وعقد التأمين التجاري من المسؤولية يشبه عقد الموالاة من حيث طرفا العقد وعوضاه، فالمؤمن (الشركة) تشبه مولى الموالاة، والمستأمن يشبه المعقول عنه، والعوض الذي يلتزم به المؤمن (الشركة) وهو مبلغ التأمين الذي يدفعه ند تحقق الخطر يشبه الدية التي يدفعها مولى الموالاة، في مقابل العوض الذي يلتزم به المعقول عنه وهو التركة، يشبه أقساط التأمين التي يدفعها المؤمن له.

وقد قال الشيخ أحمد السنوسي "عقد الموالاة يكون نصاً صريحاً في التأمين من المسؤولية"711

تخريج عقد التأمين على مسألة، ضمان خطر الطريق، ينص الحنفية على جواز مسألة ضمان خطر الطريق712.

ولها صورة بأن يقول الرجل للرجل أسلك هذا الطريق فإنه آمن، وإن أصابك فيه شيء فأنا ضامن، فسلكه فأصابه فأخذ ماله، ضمن القائل، والشبه هنا بعقد التأمين على الأشياء من حيث التزام الضمان، فالشركة التزمت الضمان كما أن القائل التزمه، لذلك قال الزرقاء في التعليق على نص المسألة "فإني أجد فيه فكرة فقهية يصلح أن يكون نصاً استثنائياً قوياً في تجويز التأمين على الأموال من الأخطار"، وإن لم يسلم به ابن عابدين رحمه الله بكفاية هذه الدلالة فيه، والذي أراه أن فقهاءنا الذين قرروا هذا الحكم في الكفالة في ذلك الزمن البعيد لو أنهم عاشوا في عصرنا اليوم وشاهدوا الأخطار التي نشأت من الوسائل الحديثة، كالسيارات التي فرضت على الإنسان من الخطر بقدر ما منحته من السرعة، لو أنهم شاهدوا ذلك ونبتت أمامهم فكرة التأمين ولمسوا ضرورته التي نلمسها نحن اليوم في سائر المرافق الاقتصادية الحيوية لتخفيف آثار الكوارث لما ترددوا لحظة في إقرار التأمين نظاماً شرعياً713.

قياس عقد التأمين على نظام التقاعد والضمان الاجتماعي الذي يندرج تحت التأمين التعاوني، والذي اتفق الفقهاء المعاصرون على جوازه، وعليه فإن عقد التأمين التجاري يشبه نظام التقاعد والضمان الاجتماعي إلى حد كبير من حيث العوض، فأقساط التأمين التي يدفعها المستأمن تشبه المبلغ الذي يقتطع من راتب الموظف في كل شهر، ومبلغ التأمين الذي تدفعه الشركة يشبه مجموع الرواتب التي تدفع للموظف عند بلوغه سن معينة من قبل الدولة أو صندوق الضمان الاجتماعي714.

المطلب الأول: إثبات أن الغرر في التأمين التجاري مغتفر

بينا فيما سبق آراء بعض الفقهاء حول أن الغرر في عقد التأمين مغتفر وهنا نوضح ذلك بشي من التفصيل، حيث ذهب المالكية إلى جواز التعاقد بالمؤاجرة على تعليم القرآن الكريم، ولو شرط على المعلم أن يصل بالمتعلم إلى الحذق مع أن القياس ألا تصح الإجارة؛ لأن قدر الأعمال المتعاقد عليها مجهولة لتفاوت الأفراد في الذكاء والبلادة715. وهذا يقاس عليه الغرر في عقد التأمين بأنه يسير ويغتفر كما في المؤاجرة على تعليم القرآن الكريم.

كما ذكر الدكتور السنهوري في سياق رده على من يمنع التأمين لما فيه من غرر بأن هناك تطور ملحوظ في الفقه الإسلامي في هذه المسألة وأن أكثر المذاهب تطوراً فيها هو مذهب الإمام مالك، وقد بين إبن رشد في عبارة جلية الأصل عند مالك في ذلك فقال (والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة)716

وبناء عليه يغتقر الغرر هنا في عقد التأمين حسب رأي الفريق المجيز لوجود ضرورة لذلك.

---

710 سورة النساء الآية: 330.

711 المصدر نظام التأمين للزرقاء: ص 57 – 58.

712 المصدر حاشية إبن عابدين: 170/4.

713 المصدر نظام التأمين للزرقاء: 62-63.

714 المصدر السابق: ص 58.

715 المصدر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص16-17.

716 المصدر الوسيط للسنهوري: 1089/7.

وكذلك الغرر في عقد التأمين يغتفر لكونه لا يؤدي إلى نزاع ، بدليل أن الناس تعاملوا به وشاع بينهم وأنتشر ، وما يظن أن الناس قد يتعارفون عقداً يحوي غرراً يؤدي إلى نزاعهم ، ثم يشيع بينهم ولا يتركونه ، إذ المقبول أنهم إذا تعاملوا به فتنازعوا تركوه. مقالة للأستاذ على الخفيف717.

المطلب الثاني المقاربة بين التأمين التجاري والتأمينات الاجتماعية والتأمين التعاوني

بينا ذلك سابقاً فيما أستند إليه فريق المجيزين وسوف نذكره هنا بشيء من التفصيل،

قياس عقد التأمين على نظام التقاعد والضمان الاجتماعي الذي يندرج تحت التأمين التعاوني.

والذي اتفق الفقهاء المعاصرون على جوازه، وعليه فإن عقد التأمين التجاري يشبه نظام التقاعد والضمان الاجتماعي إلى حد كبير من حيث العوض، فأقساط التأمين التي يدفعها المستأمن تشبه المبلغ الذي يقتطع من راتب الموظف في كل شهر، ومبلغ التأمين الذي تدفعه الشركة يشبه مجموع الرواتب التي تدفع للموظف عند بلوغة سن معينة من قبل الدولة أو صندوق الضمان الاجتماعي.

قال الاستاذ مصطفى الزرقاء ((وفي كليهما يدفع الشخص قسطاً ضئيلاً دورياً لا يدري كم يستمر به دفعه ، وكم يبلغ مجموعة عند التقاعد ، وفي كليهما يأخذ الشخص أو أسرته في مقابل هذا القسط الدوري الضئيل مبلغاً دورياً أيضاً في التقاعد ، وفورياً في التأمين على الحياة ، وقد يتجاوز كثيراً مجموع الأقساط ولا يدري كم يبلغ مجموعة في التقاعد إلى أن ينطفي الإستحقاق وإنتقالاته ، بينما هو محدد معلوم المقدار في التأمين على الحياة ، فالغرر والجهالة في نظام التقاعد أعظم منهما في التأمين على الحياة718.

التامين التجاري يشابه التأمين الإجتماعي الذي تقوم به الدولة للفئة الضعيفة في المجتمع ويقوم على مبدأ التكافل الإجتماعي المزدوج بين المشتركين في هذا النظام وذلك لحماية الطبقة الضعيفة في المجتمع من الأخطار التي يتعرضون لها ولا قدرة لهم على حماية أنفسهم .

ويحدد القانون قيمة الإشتراك والمزايا والمستفيدين فهو مشابه للتأمين التجاري من حيث دفع الاشخاص لتلك المبالغ كما يتم دفعة في التأمين التجاري من قبل المستأمن وحصول المتضرر على المبلغ حال حصول الضرر، كما يتم في التأمين التجاري من حصول المستأمن على مبلغ التعويض إذا ما تحققت النتيجة وهي الخطر المسأمن منه719.

رأي الباحث:

القول الراجح والذي أراه كباحث هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول بعدم جواز عقد التأمين التجاري بجميع صوره، لاشتماله على الغرر، وقد يترتب على عقد التأمين التجاري بعض الإضرار كأن يفتعل المؤمن حادثة على المؤمن عليه بحيث يحصل على التعويض من شركات التأمين، وأجهزة إنفاذ القانون والمحاكم تعج بتلك القضايا وسبق وأن قدمت في هذا البحث إحصائية بعدد الشكاوى على شركات التأمين بدولة الإمارات العربية.

وأما من يجيز عقد التأمين التجاري بسبب الحاجة وعليه يغتفر الغرر الموجود فيه فيمكن الرد عليه بأن الحاجة في واقع الأمر موجودة لكن لا تصل للضرورة علاوة على ذلك قال كثير من الفقهاء بأنها غير متعينة في عقد التأمين التجاري وعليه لا يعتد بالحاجة هنا ، ويبقى الغرر موجود مما يجعل عقد التأمين غير جائز.

وعليه نرى أن يتم تطبيق عقد التأمين في جوهرة ونستفيد بكل ما فيه من مزايا وخصائص مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامي ، وبالتالي يخرج التأمين من الشبهة وأن تتولى الدولة الإشراف على ذلك التأمين من خلال هيئة معينة فهو الأصح والاسلم بدون الوسيط المتمثل في شركات التأمين ، أو بقاء الوسيط على ما هو عليه مع التعديل على نظامه بما يتوفق مع قواعد الدين الاسلامي

717 المصدر التأمين للأستاذ على الخفيف: ص18.

718 المصدر التأمين للزرقاء: ص58

719 المصدر المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي، د محمد عثمان ص 104.

، كأن يعدل على العقد بحيث يكون ما يدفعه المستأمين يكون بمثابة تبرع منه للشركة يعان منها من يحتاج إلى المعونة من المشتركين بمن فيها هو نفسه المتبرع حسب النظام المتفق عليه، ويكون للشركة أجرة التشغيل مما ينبغي معه إلغاء عقد الإذعان الذي تمارسه شركات التأمين حالياً بحيث يكون عقد تبرع ، ويحق للشركة الإستثمار في هذه الأموال وما يزيد من الإيراد يرد لرأس مال المساهمين أو بتوزيعه عليهم بالتساوي حسب السهم المدفوع لكل شخص ، بهذا يكون التأمين متوافق مع قواعد الشريعة الإسلامية السمحة.

الخاتمة

بعد التوكل على الله سبحانه وتعالى وبعد المشاورة تم إختيار هذا البحث وذلك لأهميته وتم تقسيم المباحث والمطالب بحيث تشتمل على المواضيع الذي يهدف البحث لتناولها، وذكرنا آراء الفقهاء والعلماء في ذلك وأسانيدهم وحججهم فيها وترجيح الاقرب منها للصواب والأقوى دليل والأصلح للناس، وعليه نأمل أن قد وفقنا في ذلك إن أصبنا فمن الله وحده وإن أخطأنا فمن أنفسنا والشيطان، وفي الختام نبين النتائج والتوصيات كما نرفق قرار مجمع الفقه الإسلامي بهذا الشأن.

النتائج:

أن التأمين التعاوني والإجتماعي والتبادلي جائز شرعاً بإتفاق جميع فقهاء الشريعة.

الغرض من التأمين التعاوني والإجتماعي والتبادلي ليس الربح وإنما تفتيت الخطر وتخفيف المصاب عن المستأمن .

التأمين التجاري غرضه الأساس الربح وهو من عقود المعاوضة مما يشتمل على الغرر.

إختلف الفقهاء في مسألة التأمين التجاري بين المجيز والمانع بسبب الغرر الذي يكتنفه.

يعتبر الغرر الموجود في عقد التأمين التجاري غرر فاحش لأنه يضفي الغرر على كليات العقد جميعها.

نظر المجمع الفقهي في مسألة التأمين التجاري في دورته المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة 3/25 – 1399/4/4هـ وقرر ما يلي: قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه سواء أكان على النفس أم البضائع التجارية أم غير ذلك من الأموال. كما قرر بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم.

التوصيات:

ينبغي على شركات التأمين توفيق إجراءاتها بما يضمن عدم وجود شبهة تعتري عقد التأمين.

التخفيف من سطوة عقود الإذعان في التأمين بحيث تكون رضائية تخضع لإرادة أطرف عقد التأمين بما يضمن العدل والمساواة.

إمكانية الإستفادة من مزايا عقد التأمين التجاري الحالية والتعديل عليه ليصبح عقد تبرع وبالتالي لا يؤثر فيه الغرر إذا ما وجد.

ينبغي على القائمين على عقود التأمين التجاري تحري المصداقية والشفافية التامة فيما يتعلق بحقوق المستأمنين.

المراجع

المصدر لسان العرب لابن منظور: 107/1.

المصدر الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري – 1080/7.

المصدر نقله عنه الاستاذ حسين حامد حسان في حكم الشريعة الاسلامية في عقود التأمين ص 10.

المصدر (المكتبة الشاملة ، أبحاث هيئة كبار العلماء ، ج/4، ص50.)

المصدر كتاب حكم الشريعة الاسلامية في عقود التامين لحسان – ص31.

المصدر عقود التأمين من وجه الفقه الاسلامي لمحمد البلتاجي، ص204.

المصدر المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي، د محمد عثمان ص 104.

سورة المائدة "الآية 2."

صحيح البخاري 77/7.

المصدر التأمين للدسوقي، ص12 ، التامين التجاري لغريب الجمال ص19.

حاشية ابن عابدين، 170/4. نقلته عن كتاب المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي لمحمد عثمان بشير، ص89.

المصدر عقود التأمين من الناحيتين التأمينية والقانونية لجمال الحكيم 33/1.

المصدر التأمين الدولي لسامي حاتم، ص 56. عقود التأمين لجمال الحكيم، 41/1.

المصدر التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون لغريب الجمال ص 13-15.

المصدر المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي د محمد عثمان شبير، ص109.

المصدر التأمين لغريب جمال، ص22

المصدر التأمين لغريب الجمال، ص113.

المصدر التأمين لغريب الجمال ص 50 وما بعدها.

المصدر التأمين للدسوقي، ص21

كتاب مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، (دمشق، دار القلم، 1998)، ط1، ص 634

المصدر أجوبة محققة عن أسئلة مفرقة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين 176/2.

المصدر – فتوى من الشيخ عن حكم التأمين، أحكام السوكرتاه، طبعت للشيخ في مصر سنة 1932.

المصدر مقالاً في حكم التأمين على الحياة حرمة في مجلة الشبان المسلمين سنة 1941 العدد 13.

المصدر نقل رأيه غريب الجمال في كتاب نظام التأمين ص 67.

المصدر السنن الكبرى للبيهقي 338/5.

المصدر الفروق للقرافي 365/3.

(المصدر محمد عثمان شبير ،المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ص99-100.

المصدر - نهاية المحتاج، 279/4.

المصدر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: 53/3.

المصدر- مجموع فتاوى ابن تيمية 76/28.

المصدر - معجم لغة الفقهاء لقلعجي: 420.

سورة المائدة الآية: 90.

المصدر رسالة السوكرتاه للسيخ محمد المطيعي نقلاً عن الغرر وأثره في العقود للضرير ص648.

المصدر القياس لابن تيمية، ص11.

المصدر محمد عثمان شبير ،المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ص104.

المصدر لسان العرب، القاموس المحيط، المصباح المنير، كشاف اصطلاحات الفنون.

المصدر الفروق للقرافي، 266/3.

المصدر المبسوط 194/13.

المصدر البدائع: 263/5.

المصدر إبن عابدين 147/4.

المصدر المدونة: 10:38، والموطأ 41/5. بهامش المنتقى.

المصدر الفروق للقرافي، 265/3.

المصدر البدائع 163/3.

المصدر المهذب: 262/1.

المصدر الفتاوى: 275/3.، والقواعد النورانية الفقهية /116.

المصدر إعلام الموقعين: 358/1.

المصدر نظرية العقد للدكتور السنهوري: 140، والموجز له: 40.

المصدر محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ج3، ص60.

المصدر ابن القيم إعلام الموقعين عن رب العالمين ج4، ص4.

المصدر الغرر وأثرة في العقود في الفقه الاسلامي – الدكتور الصديق محمد الامين ص 655.

المصدر الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ، الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير ، ص655-656.

المصدر التأمين للأستاذ على الخفيف، ص 8-9.

هيئة التأمين بدولة الإمارات العربية المتحدة تتلقى 3554 شكوى بحق شركات التأمين خلال النصف الأول من العام 2016، بإرتفاع نسبته 137% عن الفترة نفسها من العام 2015.) المصدر مقال في جريدة الإمارات اليوم تاريخ 31 أغسطس 2016.

المصدر الدسوقي في كتابة التأمين وموقف الشريعة منه، ص78.

المصدر الدكتور ياسين درادكة في كتابه نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية 295/2."

المصدر غريب جمال في كتابه التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، ص231.

المصدر 49 نظام التأمين للزرقاء ص27.

المصدر بدائع الصنائع: 255/7.

المصدر - صحيح مسلم 1311/3.

المصدر نظام التأمين للزرقاء حقيقته والرأي الشرعي فيه ، ص60-62.

المصدر معجم لغة الفقهاء لقلعجي: 468.

المصدر بدائع الصنائع للكاساني: 170/4.

سورة النساء الآية: 330.

المصدر نظام التأمين للزرقاء: ص 57 – 58.

المصدر حاشية إبن عابدين: 170/4.

المصدر نظام التأمين للزرقاء: 62-63.

المصدر السابق: ص 58.

المصدر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص16-17.

المصدر الوسيط للسنهوري: 1089/7.

المصدر التأمين للأستاذ على الخفيف: ص18.

المصدر التأمين للزرقاء: ص58

المصدر المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي، د محمد عثمان ص 104.

خصوصيات عقد التأمين التكافلي في القانون المغربي

Specific features of a takaful Insurance contract in morocco's Law

الباحث : عادل معاش
باحث بسلك الدكتوراه جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية الحقوق فاس
-مختبر القانون الخاص ورهانات التنمية-

الملخص
يعد، عقد التأمين التكافلي من العقود الجديدة داخل المنظومة القانونية للمغرب، إذ هو عقد مبني على أساس التبرع بين مجموعة من الأشخاص للتعاون على توزيع الخسارة نتيجة تحقق الأخطار المبينة في العقد، والاشتراك في تعويض الأضرار الفعلية التي قد تصيب أحد المشتركين الناجمة عن وقوع الخطر المؤمن منه، وذلك وفقا للقواعد التي ينص عليها نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي، والشروط التي يتضمنها عقد التأمين التكافلي، بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. فغاية هيئة المشتركين التعاون والتكافل على تحمل الأخطار، وعقد التأمين ينظم هذا التكافل، على أن يحدد هذا العقد الخطر المؤمن منه والتعويض الواجب، وأسس تقدير هذا التعويض، وتحديد أجر ة المقاولة نظير تسييرها للعمليات التأمينية، وضبط حسابات صندوق التأمين التكافلي، وتحديد كيفية استثمار موجودات هذا الصندوق، وطريقة توزيع الفوائض التأمينية، مما يجعل منه عقد دو طبيعة خاصة يستجمع مجموعة من الخصوصيات التي تميزه عن عقد التأمين التجاري، وهو ما سنحاول الغوص فيه بشيء من التفصيل في هذا المقال لتوضيح معالم وخصوصيات هذا العقد الجديد لمنظومتنا القانونية.

Summary
The takaful insurance contract is an innovative addition to Morocco's legal landscape, rooted in a cooperative donation model where participants collaboratively manage risks and provide compensation for real losses that arise, all in accordance with Islamic law. This contract clearly specifies the risks covered, the compensation amounts, the management fees, how the fund is accounted for, and how any surpluses will be distributed. It possesses distinctive features that set it apart from traditional commercial insurance, and it aims to clarify its role and unique characteristics within the legal framework.

مقدمة
يعد التأمين مصدر أمان واطمئنان، حيث يجعل الإنسان في اطمئنان على ما قد يصيبه من أضرار بسبب الآفات التي تهدده، من خلال تعويضه وجبر الضرر الذي أصابه. فالشخص في حياته اليومية يكون معرضا لمجموعة من المخاطر غير المتوقعة التي قد تعصف به، على اختلاف طبيعتها وتفاوت خطورتها، سواء ارتبطت بشخصه أو نشاطه المهني. وعليه فالتأمين وسيلة فنية مبتكرة لتعويض الخسائر المالية التي قد تصيب الإنسان جراء تحقق المخاطر المؤمن منها720، كما يشكل أداة لتجميع رؤوس الأموال

720- ويعرف التأمين في الاصطلاح القانوني والاقتصادي بكونه : "عقد يحصل بموجبه أحد المتعاقدين وهو المؤمن له، في نظير مقابل يدفعه، على تعهد بمبلغ يدفع له أو للغير إذا تحقق خطر معين، من قبل المتعاقد الأخر وهو المؤمن الذي يدخل في عهدته مجموعة من الأخطار يجري مقاصة فيما بينها طبقا لقوانين الإحصاء". إذا فعقد التأمين بواسطته يحتاط الشخص من الأخطار التي تهدده في شخصه أو أمواله أو تلك التي قد يتسبب فيها للغير، فيوفر له الاطمئنان الذي يجعله يتاجر، و يستثمر ويشيد، ويصنع، ويعيش حياته دون خوف.
- جوزيف هيمار أورده، أشركي أفقير عبدالله، الموجز في قانون التأمين، مطبعة سليكي أخوين، طنجة، الطبعة الأولى سنة 2013، ص 55.
- فؤاد معلال، الوسيط في قانون التأمين دراسة تحليلية على ضوء مدونة التأمينات، الطبعة الثانية، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، سنة 2020، ص 5.

ISSN:2569-0291

وتشجيع الاستثمار، من خلال قيام شركات التأمين بتجميع الأقساط واستثمارها في قطاعات اقتصادية أخرى، أو إيداعها لدى البنوك مما يساهم في التنمية الاقتصادية721.

ونتيجة لذلك، عرف نظام التأمين تطورا وانتشارا واسعا، حيث ترتب عن ذلك أن أصبحت تقسيماته كثيرة ومتنوعة722، ولعل التأمين التكافلي723، كما هو منظم في مدونة التأمينات724 بمقتضى القانون رقم 59.13 72 والقانون رقم 18.87 72، المغيرين والمتممين لها، يعد أحد أبرز مظاهر تطوير الخدمات التأمينية التي يمكن أن تعرض في سوق التأمين المغربية على جمهور المستهلكين، يستند في قواعده وأحكامه على مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية من تكافل وتعاون، بدل الاهتمام بعنصر الربح والاستثمار الرأسمالي الذي يقوم عليه التأمين التجاري، الذي أثار نقاشات فقهية، حول مدى جوازه من الناحية الشرعية بالعالم الإسلامي، خاصة بعد ظهور ما يسمى بالاقتصاد الإسلامي وبروز المصارف الإسلامية، فكان من الضروري البحث عن بديل للتأمين التجاري، يتوافق مع أسس الشريعة الإسلامية من أجل ضمان المخاطر التي تهدد منتوجات هذه المصارف، مما يؤسس لخصوصية نظامه القانوني727.

فصحيح أن هذا النوع من التأمين له نفس أسس وأركان التأمين التقليدي، على مستوى تكوينه والآثار الناجمة عنه، إلا أنه له مبادئ وخصائص يقوم عيها تجعل منه نظاما تعاقديا بفلسفة جديدة، موافقا لأحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية728، حيث تتم

721- فؤاد معلال، الوسيط في قانون التأمين: دراسة تحليلية على ضوء مدونة التأمين المغربية الجديدة، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص 7.

722- قد ظهر التأمين باعتباره نظاما اقتصاديا وعقدا منظما في القرن الرابع عشر، من خلال التأمين البحري، ثم ظهر التأمين من الحريق (أحد أنواع التأمين على الأضرار) سنة 1666، جراء الحريق الشهير الذي أصاب بيوت لندن، تم تلاه التأمين على الحياة (أحد أهم أنواع التأمين على الأشخاص) في النصف الأخير من القرن السابع عشر، أما =التأمين من المسؤولية فقد ظهر سنة 1845، نتيجة التطور الصناعي وازدهار التجارة. ومع مطلع القرن العشرين عرف التأمين انتشارا واسعا، إذ أصبح مرتبطا بكافة مناحي الحياة، وتعددت أنواعه (التأمين البحري، التأمين الجوي، التأمين البري...)، وبدأت الدول في إصدار التشريعات المنظمة لعقد التأمين، فصدر القانون البحري الإنجليزي سنة 1906، ثم قانون عقد التأمين السويسري سنة 1908، ثم بعد ذلك صدر قانون التأمين سنة 1930 بفرنسا، ثم ظهر في الوطن العربي بإصدار مصر للقانون الذي ينظم التأمين سنة 1949، أما في المغرب فلم يبدأ العمل بالتأمين بمفهومه الحديث إلا مع نهاية القرن التاسع عشر من خلال الامتيازات التي فرضها عليه المستعمر وذلك سنة 1879، ومع أخذ المغرب لاستقلاله وتشتت التشريعات المنظمة للتأمين عبر مجموعة من القرارات الوزارية والظهائر بدءا من سنة 1915 إلى حدود سنة 1969، وما طرحته هذه النصوص من إشكالات بسبب تشتتها وقدمها، وعدم مواكبتها للتطورات التي عرفها قطاع التأمين، فقد قام المشرع المغربي بإعادة النظر في التشريعات المنظمة لقطاع التأمين، وذلك بإصداره لمدونة التأمينات سنة 2002، بهدف تجميع التشريعات المنظمة لقطاع التأمين وتحديثها لتستجيب للتطورات التي عرفها هذا القطاع الاقتصادي الحيوي. للتوسع أكثر بهذا الخصوص انظر: سناء سركيس، التأمين التعاوني الإسلامي، نشر وتوزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2016، الصفحة 21.

723 - أقر المشرع المغربي إخراج التأمين التكافلي للساحة القانونية أول مرة سنة 2016 بموجب القانون رقم 59.13 ، المغير والمتمم لمدونة التأمينات بهدف إدماج التأمين التكافلي بها. ولم ينتظر المشرع المغربي كثيرا حيث لم تمر إلا ثلاث سنوات عن صدور هذا القانون الذي يعد الإطار القانوني للتأمين التكافلي ببلادنا، حتى قام بتعديل أخر بهم هذه المؤسسة القانونية الجديدة في اقتصادنا الوطني، وذلك بإصدار القانون رقم87.18 ، المعدل لمدونة التأمينات لملاءمة بعض نصوصها مع أحكام التأمين التكافلي، لكي تتناسب وخصوصياته ومرجعيته الدينية، وكذا لوضع تأطير قانوني لأحكام التأمين التكافلي، والتعريف ببعض المصطلحات الجديدة المصاحبة لهذه المؤسسة القانونية الجديدة، وتحديد المرجعية القانونية المنظمة لهذا النظام القانوني الجديد ببلادنا.

724 - الظهير الشريف رقم 1.02.238 الصادر في 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5045 بتاريخ 7 نونبر 2002.

725 الظهير الشريف رقم 1.16.129 صادر في 21 دي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016) بتنفيذ القانون رقم 59.13 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة الموافق ل 19 سبتمبر 2016، ص 6649.

726 - ظهير شريف رقم 1.19.10 صادر في 7 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019) بتنفيذ القانون رقم 87.18 بتغيير وتتميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6806 بتاريخ 20 ذو الحجة 1440 الموافق ل 22 أغسطس 2019، ص 5787.

727 - وقد كانت الحاجة إلى تبنيه من طرف المشرع الاستجابة لانتظارات شريحة هامة من المجتمع المغربي الذي ينظرون إلى عقد التأمين التقليدي على أنه يخالف الشريعة الإسلامية، وبالتالي يجتنبون معاملاته لأنه حرام بالنسبة إليهم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى استكمال المنظومة المالية الإسلامية بالمغرب –المالية التشاركية-، لكونه يشكل دعامة أساسية لتسهيل عمل البنوك التشاركية في عرض عملياتها في القطاع البنكي، من حيث توفيره التغطية التأمينية للقروض التي توفرها هذه الأبناك لعملائها . ذلك أنه على غرار ما تم بالنسبة للقطاع البنكي، من خلال تبني نظام البنوك التشاركية، تم كذلك بالنسبة لقطاع التأمين، اعتماد نظام التأمين التكافلي، كنظام تأميني جديد بصيغة إسلامية يبتعد عن الربا والغرر، وهو ما يجعله مقبولا وجائزا من الجانب الشرعي.

728 - التأمين التكافلي منتوج تأميني جديد، يقدم للمشترك التغطية التأمينية في إطار شرعي يراعي مقاصد الشريعة الإسلامية، مع تقديم عائد إضافي من خلال توزيع الفائض التأميني وعوائد استثماره على المشتركين، وهذا ما يشكل حافزا إضافيا للإقبال على الخدمات التأمينية التكافلية، كما أنه جاء مكملا لبناء الفكر الاقتصادي الإسلامي، التي بدأها المشرع بالاعتماد على البنوك التشاركية، ومنه تلبية طلبات فئة عريضة من مجتمعنا، التي ترفض التعامل مع المؤسسات الربوية

فيه عمليات التأمين وفق الآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى بهدف تغطية الأخطار المنصوص عليها في عقد التأمين التكافلي أو الاستثمار التكافلي بواسطة صندوق التأمين التكافلي، يسير مقابل أجرة التسيير، من طرف مقاولة التأمين وإعادة التأمين معتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي. ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن يترتب قبض أو أداء أي فائدة على عمليات التأمين التكافلي وعلى نشاط تسيير صندوق التأمين التكافلي من لدن مقاولة للتأمين وإعادة التأمين.

بناء على ما تقدم، ولما كان عقد التأمين التكافلي نظاما قانونيا حديثا في التشريع المغربي، يراعي مبادئ الشريعة الإسلامية، فلا يستقيم هذا النظام إلا إذا بني على إطار قانوني صحيح وسليم من العيوب والثغرات، ومن ثم الرفع من مستوى جودة الخدمات التأمينية والتحفيز على الإقبال عليها، وبالتالي الاستفادة منه في التنمية الاقتصادية ببلادنا، **فالإشكالية المحورية لهذا الموضوع تتمثل في كيف نظم المشرع المغربي عقد التأمين التكافلي، وماهي الخصوصيات التي تميزه عن باقي أنواع عقود التأمين الأخرى؟**

لذا، سنحاول في هذا المقال إبراز الخصوصيات التي تتميز بها عقود التأمين التكافلي، وذلك من خلال التطرق بداية لخصوصيات إبرام عقد التأمين التكافلي **(المحور الأول)**، ثم لخصوصيات الآثار الناجمة عن هذا العقد اتجاه أطرافه **(المحور الثاني)**.

المحور الأول: خصوصيات إبرام عقد التأمين التكافلي

ينعقد عقد التأمين التكافلي شأنه شأن سائر العقود بتوفر مجموعة من الشروط التي من الضروري وجودها لقيام أي عقد[729]، غير أن هذا العقد ينفرد بشروط أخرى خاصة به، وذلك من خلال المرور بمجموعة من المراحل علينا الإلمام بها وتوضيحها وإبراز خصوصياتها في هذا العقد الجديد، الذي يختلف عن عقود باقي أنواع التأمين الأخرى في بعض الشروط لارتباطها بمقاصد الشريعة الإسلامية، ومنها جوازه من الجانب الشرعي، دون الغوص في الشروط والأركان التي لا تتميز بأي خصوصية ويشترك فيها مع عقود باقي أنواع التأمين الأخرى، والقواعد العامة المنظمة لكافة العقود، لذلك سندرس في **الفقرة الأولى** أطراف عقد التأمين التكافلي، على أن نعرج على دراسة الخصوصيات التي تميز بوليصة التأمين التكافلي وبعض أركانه في **الفقرة الثانية**.

الفقرة الأولى: خصوصيات أطراف عقد التأمين التكافلي

إن كان الأصل في عقود التأمين التقليدية أن تبرم بين طرفين هما شركة التأمين والمؤمن له، فإن عقد التأمين التكافلي تتحدد عناصره الأساسية المميزة له في ثلاثة أطراف. إذ، وإن كان العقد في الحقيقة يبرم بين المشترك وصندوق التأمين التكافلي، فإن القانون يوجب تدخل طرف ثالث في هذه العلاقة التعاقدية، وهي مقاولة التأمين التكافلي، التي تتعاقد بصفتها وكيلة عن هذا الصندوق، وتسير العمليات المرتبطة به، سواء عند الاكتتاب وتنفيذ هذه العقود، أو على مستوى استثمار موجودات الصندوق وتوزيع الفائض التأميني، وتكوين الاحتياطات اللازمة، وممارسة كل العمليات المرتبطة بهذا الصندوق. لذلك سنتناول أطراف عقد التأمين التكافلي وفق ما سيأتي ذكره:

أولا: المشترك

يعد المشترك الطرف الأساسي في العملية التأمينية المرتبطة بعمليات التأمين التكافلي، حيث يقوم بدفع الاشتراك على سبيل التبرع لفائدة الحساب المنخرط فيه من الحسابات المكونة لصندوق التأمين التكافلي. ويشترط في المشترك لإبرام عقد التأمين التكافلي أن يكون كامل الأهلية (البلوغ والرشد) وإلا فلا بد أن يتعاقد نيابة عنه وليه الشرعي أو الوصي[730] وفقا للشروط الخاصة بذلك المنظمة في مدونة الأسرة (المادة 211 من نفس المدونة).

والمشترك إما أن يكون مكتتبا أو متعاقدا، أو يكون هو المستفيد، أو يأخذ صفة المؤمن له. إذ يأخذ صفة من هذه الصفات حسب الوضعية التي يتعاقد بها، وحسب مركزه في عقد التأمين التكافلي.

729- عبد السلام أحمد فيغو، أحكام عقد التأمين في القانون والشرع الإسلامي، الطبعة الأولى، دون ذكر المطبعة، س 1996، ص 116.

730- فلاف صليحة، متطلبات تنمية نظام التأمين التكافلي، تجارب عربية، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة حسيبة بن بوعلي، سنة 2015، ص 77.

فالمشترك غالبا ما يكون هو المكتتب أو طالب التأمين المتعاقد مع مقاولة التأمين التكافلي، والذي يتحمل بالالتزامات المترتبة عن عقد التأمين التكافلي التي تقابل التزامات مقاولة التأمين التكافلي بصفتها وكيلة عن صندوق التأمين التكافلي731.

وقد يأخذ المشترك صفة المؤمن له، ويكون بهذه الصفة هو الشخص الذي يهدده الخطر المؤمن منه سواء في ماله أو شخصه، وهو ما يستفاد من البند 52 من مدونة التأمينات المعدلة بموجب القانون رقم 59.13.

أو يأخذ المشترك صفة المستفيد من التأمين التكافلي، أي الشخص الذي يقبض مبلغ التأمين الذي تلتزم مقاولة التأمين التكافلي بأدائه بموجب العقد عند تحقق الخطر المؤمن منه أو حلول الأجل المتفق عليه في هذا العقد.

وغالبا ما تجتمع هذه الصفات كلها في شخص واحد هو المشترك، ومثال ذلك كأن يقوم شخص ما بإبرام عقد التأمين التكافلي للتأمين على سيارته من الحريق، فهذا الشخص هو المشترك المتعاقد مع مقاولة التأمين التكافلي، وهو الذي يهدده الخطر المؤمن منه، وهو الذي يستفيد من مبلغ التأمين لتعويضه عن الضرر الذي أصابه جراء تحقق الخطر المؤمن منه (وهو نشوب الحريق بالسيارة المؤمن عليها).

ويمكن أن تتفرق هذه الصفات بين عدد من الأشخاص، ويمكننا أن نصادف هذه التفرقة سواء في التأمين التكافلي العائلي، أو التأمين التكافلي من الأضرار (التأمين من المسؤولية) ويتحقق ذلك في أحد الصور التالية:

- كأن يكون المكتتب هو المؤمن له، والمستفيد شخصا أخر، وذلك كالتأمين من المسؤولية، فالمتعاقد (المشترك) هو المؤمن له حيث يؤمن على مسؤوليته لتفادي الرجوع عليه بالتعويض، في حين يكون المستفيد من مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه هو المضرور، الذي تضررت مصالحه بفعل خطأ المشترك732. أو أن يؤمن الشخص على حياته في التأمين التكافلي العائلي فيكون المشترك هو المتعاقد، في حين يكون المستفيد شخص أخر هو المحدد في وثيقة التأمين التكافلي، كأن يبرم العقد لفائدة أبنائه.

- كما يمكن أن تجتمع صفة المكتتب والمستفيد في شخص واحد، على أن يكون المؤمن له شخص أخر، كأن يؤمن شخص لصالحه على حياة مدينه، حيث يكون هذا الأخير هو المؤمن له، ويكون الدائن هو المكتتب والمستفيد في نفس الوقت إذ هو من يستفيد من مبلغ التأمين في حالة وفاة مدينه733.

- وقد نصادف في بعض عقود التأمين التكافلي (التأمين التكافلي العائلي)، أن تتفرق هذه الصفات الثلاث على ثلاثة أشخاص، كأن يبرم شخص عقد التأمين التكافلي العائلي لحالة الوفاة على حياة أبيه لصالح أبنائه، حيث يكون هو المكتتب، وأبوه هو المؤمن له، أما أبنائه فيأخذون صفة المستفيدين734.

ثانيا: صندوق التأمين التكافلي

صندوق التأمين التكافلي كما عرفته المادة الأولى في بندها 16 من القانون رقم 87.18 المعدل لمدونة التأمينات، هو "صندوق ينشأ بمبادرة من مقاولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي، يتمتع بالشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة، ويتكون من مجموعة من الحسابات المنفصلة والمحدثة طبقا للقواعد المنصوص عليها في نظام تسيير الصندوق." حيث ألزم المشرع المقاولات التي تمارس عمليات التأمين التكافلي بإنشاء صندوق يتكون من مجموعة من الحسابات حسب أنواع التأمين التي تمارسها هذه المقاولة، يتمتع بالشخصية المعنوية، وله الاستقلال المالي735، تكون مقاولة التأمين التكافلي وكيله عنه في إدارة وتسيير الأعمال المرتبطة به وفقا

731- Babacar NDIAYE, L'assurance islamique: Focus sur le continent Africain, projet de fin d'études pour l'obtention du diplôme de master, spécialisé Exécutive Master Principes et pratiques de la finance, Université Paris Dauphine, année universitaire 2013/2014, P25.

732- أحمد شرف الدين، أحكام التأمين: (دراسة في القانون والقضاء المقارنين)، مطبعة نادي القضاة، مصر، الطبعة الثالثة، 1991، ص 84.

733 - فؤاد معلال، الوسيط في قانون التأمين: دراسة تحليلية على ضوء مدونة التأمين المغربية الجديدة، م.س، ص89.

734- فؤاد معلال، نفس المرجع، ص 89.

735- Edward Budd, Les particularités du Takaful (assurance selon l'islam), projet de fin d'études pour l'obtention du diplôme de master, spécialisé en Droit européen comparé, Université Paris II Panthéon-Assas, année 2015/2016, P14.

لما هو محدد في نظام تسيير هذا الصندوق من قبل السلطات المختصة، الذي قبل به المشترك ووقع عليه، إذ بتوقيعه على نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي يعتبر موافقا على توكيل مقاولة التأمين التكافلي لتسيير هذا الصندوق والعمليات المرتبطة به.

وقد حدد المرسوم736 المتعلق بتطبيق بعض المقتضيات المتعلقة بالتأمين التكافلي، كيفية تسيير صناديق التأمين التكافلي، ومعايير تحديد أجرة التسيير، وكيفية أدائها لمقاولة التأمين التكافلي.

فعلاقة صندوق التأمين التكافلي بمقاولة التأمين التكافلي، هي علاقة الوكالة لقيام هذه الأخيرة بإدارة وتسيير صندوق التأمين التكافلي والعمليات المرتبطة به، ويترتب عن ذلك أن تقوم مقاولة التأمين التكافلي المسيرة للصندوق بإبرام العقود، وجمع الاشتراكات ودفع مبالغ التأمين، واستثمار موجودات الصندوق، وإبرام عقود إعادة التأمين التكافلي عند الحاجة إليها، والقيام بكل أعمال التأمين نيابة عن الصندوق مقابل أجرة التسيير، أو بصفتها مضاربا عند استثمار موجودات الصندوق، حيث تحدد نسبة المقاولة في الربح باعتبارها مضاربا، ونسبة الصندوق باعتباره صاحب رأس المال.

أما علاقة الصندوق بالمشترك فهي علاقة التعاون، ونوع من التبرع من حيث المبدأ، عند التعاقد أو عند اشتراكه في الصندوق على أساس التعاون والتضامن، أما عند استحقاقه لمبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه، أو حلول الأجل في بعض عقود التأمين التكافلي العائلي أو الاستثمار التكافلي، فتصبح علاقة معاوضة إذ يكون صندوق التأمين التكافلي ملزما بأداء مبلغ التأمين للمشترك، وهو ما يجعل عقد التأمين التكافلي من العقود المختلطة في طبيعتها إذ يجمع بين التبرع والمعاوضة حسب مراحل العقد (مرحلة الاشتراك ومرحلة استحقاق مبلغ التأمين).

وهو ما يحملنا على القول أنه ليس هناك تعدد حقيقي في أطراف عقد التأمين التكافلي، وإنما تعدد اعتباري تفرضه أو تقتضيه الإجراءات الإدارية والتعاقدية نظرا لطبيعة هذا العقد الجديد بمنظومتنا القانونية، وذلك لأن المشترك هو عضو في صندوق التأمين التكافلي وهذا الأخير يتكون أعضاءه منه ومن باقي المشتركين، فكأنما المشترك يتعاقد مع نفسه، لذلك فإن المؤمن والمؤمن له، في نظام التأمين التكافلي في الحقيقة فهو واحد من حيث النتيجة والمآل، فمن الصندوق يؤخذ مبلغ التأمين وفيه يدفع الاشتراك، وفيه يبقى الفائض التأميني الذي يعد ملكا لكافة المشتركين.

ثالثا: مقاولات التأمين التكافلي

تعد مقاولات التأمين التكافلي، الطرف الثالث في عقد التأمين التكافلي، ولها دور محوري في عقود التأمين التكافلي، وكافة العمليات المرتبطة بعمليات التأمين التكافلي.

فحتى وإن كانت مقاولة التأمين التكافلي ليست طرفا أصيلا في العقد، ولا تتعاقد أصالة عن نفسها، إلا أنها تبقى طرفا أساسيا فيه. فهي من ينشئ صندوق التأمين التكافلي737 وهي التي تتعاقد نيابة عنه، بناء على علاقة الوكالة بينها وبين هذا الصندوق738 الذي ينشأ بمبادرة منها، ويكتسب الشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

ويترتب عن ذلك أن تقوم مقاولة التأمين التكافلي بإبرام العقود والاتفاقيات، واستخلاص مبالغ الاشتراكات ودفع التعويضات، والقيام بكل الأعمال المرتبطة بعمليات التأمين نيابة عن الصندوق مقابل أجرة معلومة.

وبجانب علاقة الوكالة، هناك علاقة أخرى تجمع بين مقاولة التأمين التكافلي وصندوق التأمين التكافلي المسيرة له، علاقة خاصة باستثمار أموال الصندوق بموجب عقد المضاربة، حيث تحدد نسبة مقاولة التأمين التكافلي من عوائد هذا الاستثمار باعتبارها مضاربا، ونسبة الصندوق باعتباره رب المال، ولا مانع شرعا من الجمع بين المضاربة والوكالة بين المقاولة والصندوق لاختلاف العملين، فعلاقة الوكالة تخص تسيير الصندوق والعمليات المرتبطة به، أما المضاربة فتخص استثمار أموال الصندوق.

736- مرسوم رقم 2.20.323، صادر في 17 من رمضان 1441 (11 ماي 2020) بتطبيق أحكام المواد 5-10 و36-1 و248 و248-1، من القانون رقم 99.17 المتعلق بمدونة التأمينات، الجريدة الرسمية عدد 6884 ص 2781 بتاريخ 21 ماي 2020.

737- وهو ما يستفاد من البند 15 من المادة الأولى من القانون رقم 87.18، المعدل لمدونة التأمينات.

738- وهو ما أكده المشرع من خلال المادة 226.3 من مدونة التأمينات المضافة بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 87.18.

وقد أكد المشرع المغربي على التزام كل مقاولة تم اعتمادها من أجل القيام بعمليات التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي، بالخضوع للأحكام الخاصة المتعلقة بالتأمين التكافلي الواردة في القانون، ولا يحق لها أن تبدأ عملياتها إلا بعد اعتمادها من طرف الهيئة، وينشر مقرر الهيئة القاضي باعتماد مقاولة للتأمين وإعادة التأمين بالجريدة الرسمية (المادة 161 من مدونة التأمين). كما ألزم المقاولات التي تنوي ممارسة عمليات التأمين وإعادة التأمين التكافلي أن تزاولها بشكل حصري (المادة 165 المعدلة بموجب القانون رقم 87.18).

الفقرة الثانية: خصوصيات أركان وبوليصة التأمين التكافلي

يتميز عقد التأمين التكافلي ببعض الخصوصيات التي تميزه عن عقود التأمين التجاري، سواء على مستوى بوليصة التأمين التي تتواجد بها بعض الشروط التي لا تتوفر ببوليصة التأمين التجاري، اعتبارا لطبيعة هذا العقد الجديد بمنظومتنا القانونية، كما أن هذا العقد يتميز بخصوصيات على مستوى بعض أركانه (عنصري الرضا والأهلية) حتى يتماشى ومرجعيته الدينية، وهو ما سنتناوله في ما يأتي:

أولا: خصوصيات عنصري الرضا والأهلية في عقد التأمين التكافلي

لإبرام عقد التأمين التكافلي، يجب توفر الأركان المحددة في القواعد العامة لقيام العقد بصورة صحيحة[739]، فيشترط لانعقاده توفر رضا طرفيه وأهليتهما، ووجود سبب ومحل العقد وأن يكونا مشروعين، وغير مخالفين للنظام العام.

وإن كان هذا العقد يخضع في أركانه للقواعد العامة للعقود، فإن بعض هذه الأركان لها خصوصياتها التي تميزها، حيث تخضع لشروط معينة تستمد من طبيعة هذا العقد الجديد، ومرجعيته الدينية. وعلى هذا الأساس سنحاول دراسة عنصري الرضا والأهلية في عقود التأمين التكافلي وإبراز خصوصيتهما.

أ) ركن الرضا في عقد التأمين التكافلي

عقد التأمين التكافلي من العقود الرضائية، يتم إبرامه بتوافق الإيجاب والقبول كما هو محدد في القواعد العامة، حيث تتم باللفظ والكتابة ونحوهما من وسائل التعبير عن الإرادة، كما يمكن أن تتم بوسائل الاتصال الحديثة كالفاكس والأنترنيت وغيرها من الوسائل التكنولوجية، ونتيجة لذلك لابد من وجود الرضا وخلوه من عيوب الإرادة[740] خاصة الغلط[741].

وقد جرى العرف في الدول الذي سبقتنا في هذه التجربة أن يكون عقد التأمين التكافلي مكتوبا في عقود نمطية بعد جوازها من اللجنة الشرعية المكلفة بذلك[742]، ولا مانع شرعا في هذا العرف الذي يعطي له الشرع دورا في مثل هذه الأمور، والتي تتم بين طرفين، الطرف الأول هو المشترك، والطرف الثاني هي مقاولة التأمين التكافلي باعتبارها وكيلة عن صندوق التأمين التكافلي، وتعد هذه السمة من أهم السمات التي يتميز بها نظام التأمين التكافلي.

ويقوم التراضي في هذا العقد أيضا بإقرار المشترك بالتبرع بمبلغ الاشتراك لصالح صندوق التأمين التكافلي[743]، وبهذا ينتفي عنصر المعاوضة.

739- المنصوص عليها في الفصل الثاني من ق.ل.ع.

740- المنظمة في ق.ل.ع من الفصل 39 إلى الفصل 56.

741- الغلط هو عبارة عن وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على خلاف حقيقته.

وقد ميز الفقه بين ثلاثة أنواع من الغلط:

- الغلط المانع: وهو الذي يتعلق بجوهر العقد، فيعيب الرضا، وبالتالي يكون العقد باطلا مطلقا.

- الغلط المعيب: وهو أقل حدة من سابقه، حيث يمس رضى الطرف المتعاقد دون أن يفقده، ويكون العقد قابلا للإبطال.

-الغلط غير المؤثر: وهو الذي يكون في أجزاء غير أساسية في العقد.

742- أهم ما يميز خصوصية عقود التأمين التكافلي عن عقود التأمين التجاري كونها تخضع للرأي بالمطابقة من لدن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية.

743- نصت المادة 226.3 من القسم الثاني مكرر، من القانون رقم 87.18، المتمم للكتاب الثالث من القانون رقم 17.99، على أن مقاولة التأمين التكافلي مجرد وكيلة بأجر عن صندوق التأمين التكافلي، حيث تم تعديل هذه المادة بعد توصيات اللجنة الشرعية للمالية التشاركية المنبثقة عن المجلس العلمي الأعلى.

ISSN:2509-0291

كما يقوم كذلك على قبول المشترك توكيل مقاولة التأمين التكافلي بإدارة كل العمليات المرتبطة بالتأمين التكافلي، وكذا استثمار أموال الصندوق لصالحه، وتوزيع مبالغ التأمين على المشتركين المستحقين لها، فضلا عن توزيع الفائض التأميني على المشتركين في حالة توفره.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم ينص في المستجدات الواردة في القانون رقم 87.18، على كيفية تحرير عقد التأمين التكافلي، مما يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة من خلال المادة 11 من مدونة التأمينات، حيث تشترط تحرير عقد التأمين كتابة وبحروف بارزة، ويخضع في إثباته لكافة وسائل الإثبات، ولا يشترط أن يكون العقد مكتوبا وفقا لنموذج معين، لأن الكتابة في عقد التأمين هي للإثبات وليست شرطا للانعقاد[744].

ب) ركن الأهلية في عقد التأمين التكافلي

مقاولة التأمين التكافلي ليست طرفا متعاقدا ملتزما على أساس الأصالة، وإنما هي وكيلة عن صندوق التأمين التكافلي، وفقا لنظام تسيير هذا الصندوق، والعقد التأسيسي والوثائق التي يوقعها المشتركون.

ومن المستجدات الواردة في القانون رقم 87.18، منح صناديق التأمين التكافلي شخصية اعتبارية خاصة بها، وغير تابعة لأي كيان مالي (الاستقلال المالي)، كما سيكون من الضروري إجبار المؤسسات التي ستمارس هذا الصنف من التأمين وضع تدبير متعلق بالصناديق التي تديرها[745].

لذلك فإن مقاولة التأمين التكافلي أسست لأجل القيام بإدارة عمليات التأمين عن طريق الوكالة بأجر، وصياغة عقود التأمين وجمع الاشتراكات المستحقة ودفع مبالغ التأمين للمستحقين لها، واستثمار موجودات الصندوق عن طريق المضاربة، بمعنى أنها تقوم بإدارة وتنظيم عمليات التأمين مقابل أجرة معلومة.

هذا بخلاف شركات التأمين التجاري، التي هي متعاقد أصلي باعتبارها الجهة المؤمنة والملتزمة بدفع مبالغ التأمين للمؤمن لهم المستحقين لها، وهي تتولى جمع الأقساط لنفسها فتصبح مالكة لها، ولا يستحق المؤمن لهم منها أي شيء لأنها تعتبر من أرباح الشركة ومواردها[746].

وبما أن مقاولة التأمين التكافلي تخضع في تأسيسها لقواعد إنشاء الشركات التجارية (شركة المساهمة)[747]، المنصوص عليها في قانون شركة المساهمة[748]، والقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، وتكتسب الشخصية المعنوية عند قيدها بالسجل التجاري، وبذلك تصبح لها أهلية التعاقد وممارسة الأعمال التي أنشئت من أجلها، فإن ذلك يجعلها تتوفر على أهلية التعاقد في شخص ممثلها القانوني، بصفتها وكيلة عن صندوق التأمين التكافلي، الذي له أهلية توكيلها عنه من خلال اكتسابه الشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ومنحها الاعتماد من قبل هيئة مراقبة التأمينات والاحتياطي الاجتماعي لممارسة عمليات التأمين التكافلي.

أما بالنسبة لأهلية المشترك في عقد التأمين التكافلي، فيجب أن يكون بالغا سن الرشد القانوني المحدد في 18 سنة شمسية كاملة (المادة 209 من مدونة الأسرة)، أو قاصرا تم ترشيده، أو مأذون له بممارسة التجارة، ومنه يجوز للقاصر الذي بلغ 16 سنة وتم

وتلزم هذه المادة كذلك مقاولة التأمين التكافلي بصفتها وكيلا بأجر التقيد بالأحكام المتعلقة بالالتزامات المترتبة عن الوكيل، المنصوص عليها في الباب السادس من الكتاب الثاني من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود.

744- André Bélanger, Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties, Revue de droit de McGill, Vol.56, Numéro 2, 2011, P330.

745- المادة الأولى من القانون رقم 87.18 المعدل للقانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات.

746- علي محي الدين القره داغي، التأمين التكافلي الإسلامي، دراسة تأصيلية مقارنة بالتأمين التجاري مع التطبيقات العملية، دار البشائر الإسلامية للنشر، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، طبعة 2011، ص 354.

747- انظر المادة 168 من مدونة التأمينات المعدلة بموجب القانون رقم 87.18.

748- القانون رقم 17.95 المتعلق بشركة المساهمة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 124.96.1 الصادر في 14 من ربيع الثاني 1417 (30 غشت 1996)، وتعديلاته المتوالية أخرها تعديل 2019/04/29 بمقتضى القانون رقم 20-19، الجريدة الرسمية عدد 6773، بتاريخ 23 شعبان 1440 (29 أبريل 2019)، ص 2177.

ترشيده، أو قاصرا مأذون له بممارسة التجارة، إبرام عقود التأمين التكافلي، شريطة أن لا تتجاوز قيمة العقد حدود الإذن بالنسبة للمأذون.

وإذا قام القاصر بإبرام هذا العقد كان قابلا للإبطال لمصلحته، إلا إذا أجازه وليه، أو أجازه هو بعد بلوغه سن الرشد، كما يجوز للولي أو الوصي أو المقدم أن يبرم عقد التأمين التكافلي نيابة عن موكله، لأنه يملك حق التعاقد عن موكله في ما يخدم مصلحته.

ثانيا: خصوصيات بوليصة التأمين التكافلي

بوليصة التأمين عبارة عن وثيقة تجسد عقد التأمين وتبين الشروط العامة والخاصة لهذا العقد**749**، وتتكون من شروط مطبوعة مسبقا، وتسمى بالشرو ط العامة وشروط أخرى محررة بخط اليد أو الحاسوب، حيث تمكن من ملاءمة العقد النموذجي أو الشروط العامة مع الحاجيات الخاصة للمشترك وتسمى بالشروط الخاصة**750**.

فإذا كان عقد التأمين التكافلي هو الاتفاق الذي يجمع بين مقاولة التأمين التكافلي بصفتها وكيلة عن صندوق التأمين التكافلي والمشترك، من أجل توفير التغطية التأمينية للخطر المؤمن منه، ويحدد التزامات وحقوق أطراف هذا العقد، فإن بوليصة عقد التأمين التكافلي هي الوثيقة المجسدة لعقد التأمين التكافلي، وتبين الشروط العامة والخاصة المتعلقة به.

إذ تضبط العلاقة بين المشتركين ومقاولة التأمين التكافلي عموما، إما وفق صيغة الوكالة أو صيغة المضاربة، أو الجمع بين الصيغتين معا، ومهما كانت الصيغة المعتمدة في إدارة التأمين التكافلي، فيتعين ذكرها بشكل صريح في عقد التأمين، كما يجب النص صراحة ومقدما على النسب والرسوم المتفق عليها حسب الصيغة التي تم اختيارها**751**.

ولقد أوجب المشرع المغربي أن يكون عقد التأمين (سواء التكافلي أو التجاري) مكتوبا بأحرف جد بارزة (المادة 11 من مدونة التأمين)، وأن يؤرخ في اليوم الذي تم الاكتتاب فيه وأن يتضمن الشروط العامة والخاصة، وأن يتضمن على وجه الخصوص ما يلي**752**:

- اسم وموطن الأطراف المتعاقدة؛
- الأشياء المؤمن عليها والأشخاص المؤمن لهم؛
- طبيعة الأخطار المضمونة؛
- التاريخ الذي يبتدئ فيه ضمان الخطر ومدة صلاحية هذا الضمان؛
- مبلغ الضمان الذي يلتزم به المؤمن؛
- قسط أو اشتراك التأمين؛
- شرط الامتداد الضمني إذا تم التنصيص عليه؛
- حالات وشروط تمديد العقد أو فسخه أو انتهاء آثاره؛
- التزامات المؤمن له عند الاكتتاب فيما يخص التصريح بالخطر وبالتأمينات الأخرى التي تغطي نفس الخطر؛
- شروط وكيفية التصريح الواجب القيام به في حالة وقوع حادث؛
- الآجال التي يتم داخلها أداء التعويض أو رأس المال أو الإيراد؛
- المسطرة والقواعد المتعلقة بتقييم الأضرار من أجل تحديد مبلغ التعويض بالنسبة للتأمينات غير تأمينات المسؤولية.

ولقد خص المشرع المغربي من خلال المادة 12 من مدونة التأمينات المعدلة بموجب القانون رقم 59.13، عقد التأمين التكافلي، ببيانات أخرى يجب توفرها فيه وهي:

749- فؤاد معلال، الوسيط في قانون التأمين دراسة تحليلية على ضوء مدونة التأمينات، م.س، ص 126.

750- الحسين بلوش، "شرح مدونة التأمينات"، مكتبة قرطبة للنشر، أكادير، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص 63.

751- المادة الثانية من مشروع قانون نموذجي في التأمين التكافلي، المقدم من قبل المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم (دبي)، في مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته العشرين بالأردن، المنعقدة من 11 إلى 14 أبريل 2010، منشورات منظمة التعاون الإسلامي، ص 7.

752- المادة 12 من مدونة التأمينات المعدلة بموجب القانون رقم 59.13.

- كيفية أداء أجرة لمقاولة التأمين وإعادة التأمين مقابل تسيير حساب التأمين التكافلي ومبلغ هذه الأجرة؛
- كيفية توزيع الفوائض التقنية والمالية على المشتركين؛
- الشروط المتعلقة بالتوظيفات المالية لمقاولة التأمين وإعادة التأمين بالنسبة لحساب التأمين التكافلي.

وتبقى أهم المستجدات الواردة في هذا الشأن من خلال القانون رقم 87.18 المعدل لمدونة التأمينات، والتي تم التفصيل فيها بموجب منشور هيئة مراقبة التأمينات والاحتياطي الاجتماعي[753]:

ضرورة التنصيص في عقد التأمين التكافلي على أن دفع الاشتراك يتم على أساس الالتزام بالتبرع، ما عدا عندما يتعلق الأمر بعقود الاستثمار التكافلي؛ وأن يبين حساب أو حسابات صندوق التأمين التكافلي المعنية بالعقد (المادة 12 من مدونة التأمين المعدلة بموجب القانون رقم 87.18)؛ بالإضافة إلى التنصيص على عدم تقادم الدعاوى المتعلقة بالتأمين التكافلي وعقوده (المادة 36.1 المحدثة بموجب القانون 87.18)؛ وكذا التنصيص على توزيع الفوائض التقنية والمالية المحققة في التأمين التكافلي على المشتركين وفق نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي؛ وعدم منح أي جزء من هذه الفوائض المالية للمقاولة المسيرة للصندوق، وإدراج كيفية احتسابها وتوزيعها بالعقد.

وذلك بهدف التدخل لإصلاح وتقويم أي خلل أو حيف يمكن أن يشوب العلاقات بين أطراف عقد التأمين التكافلي، ورقابة مدى حرص مقاولات التأمين التكافلي عن احترام العمليات التي تمارسها لأحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية، وما مدى ملاءمتها معها.

المحور الثاني: خصوصيات آثار عقد التأمين التكافلي

لقد عمل المشرع على ملاءمة بعض أحكام مدونة التأمين مع خصوصيات التأمين التكافلي، من خلال ضرورة الإشارة في عقد التأمين التكافلي إلى كيفية تعويض مقاولة التأمين، التي تتولى تسيير صندوق التأمين التكافلي والعمليات المرتبطة به، وكيفية توزيع الفوائض التقنية على المشتركين، وسياسة التوظيفات المالية لمقاولة التأمين التكافلي.

وأشار المشرع كذلك إلى تخصص مقاولة التأمين المعتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي (المادة 165 من مدونة التأمين المعدلة بموجب القانون رقم 87.18)، ناهيك عن اهتمام جهاز المراقبة الداخلية لتسيير عمليات التأمين التكافلي إلى خطر عدم ملاءمة هذه العمليات لأحكام الشريعة الإسلامية، وتحديد التعويض الذي تتقاضاه مقاولة التأمين عن تسييره العمليات التأمين التكافلي (أجرة التسيير)[754].

ومن المسلمات التي لا غبار عليها أن منطلق عقد التأمين التكافلي هو دفع المشتركين للاشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، مما يؤدي إلى تكوين "صندوق التأمين التكافلي" الذي يتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، وتقوم مقاولة التأمين بإدارة هذا الصندوق واستثمار أمواله وفقا لصيغتي الوكالة بأجر والمضاربة، ومن رصيده تقوم بدفع التعويضات للمستحقين لها، وتكوين الاحتياطات والمخصصات.

ويترتب عن قيام عقد التأمين التكافلي بصورة صحيحة ومستوفيا لكافة عناصره مجموعة من الآثار القانونية، تتحدد في التزامات كل من مقاولة التأمين التكافلي باعتبارها الهيئة التي تسهر على تسيير وإدارة عمليات التأمين التكافلي، واستثمار الفوائض التأمينية **(الفقرة الأولى)**، وفي التزامات المشترك باعتباره محور وجوهر العملية التأمينية **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: التزامات مقاولة التأمين التكافلي

إن عقد التأمين التكافلي يرتب التزامات متبادلة على عاتق أطراف العلاقة التأمينية، وعلى الخصوص العلاقة التي تربط مقاولة التأمين التكافلي بالمشتركين، إذ تعتبر التزامات مقاولة التأمين التكافلي اتجاه المشتركين ذات أهمية قصوى، حيث تقوم بإدارة

753- منشور رئيس هيئة مراقبة التأمينات والاحتياطي الاجتماعي بالنيابة رقم AS/02/21 الصادر في 20 أبريل 2021 بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات فيما يتعلق بالتأمين التكافلي، المصادق عليه بموجب قرار لوزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الادارة رقم 2403.21 بتاريخ 7 سبتمبر 2021، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 7033، بتاريخ 25 أكتوبر 2021، الصفحة 7968.

754- عبد السلام بلاجي، البنوك التشاركية الإسلامية في المغرب، سلسلة إصدارات الجمعية المغربية للاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة طوب بريس، الرباط، س 2016، ص 61.

عمليات التأمين، واستثمار موجودات صندوق التأمين التكافلي، ويجب عليها أن تتصرف بما يحقق مصلحة المشتركين، وأن تكون كل معاملاتها في إطار المشروعية القانونية والدينية.

وتلتزم مقاولة التأمين التكافلي بدفع مبلغ التأمين للمشترك الذي يستحقه بموجب العقد، وفي حالة عجز حسابات صندوق التأمين التكافلي عن تسديد التعويضات المطلوبة فإن مقاولة التأمين التكافلي تكون ملزمة بسد العجز المالي الحاصل في الصندوق، عن طريق تسبيق تكافلي يتم استرجاعه من السنوات المالية الإيجابية المقبلة.

لذلك سنحاول من خلال هذه الفقرة التطرق لالتزامات المقاولة الخاصة بالإدارة والتسيير (أولا)، على أن نعالج الالتزامات المالية للمقاولة (ثانيا).

أولا: الالتزام بالإدارة والتسيير

يعتبر تطبيق عقد التأمين التكافلي، من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق مقاولات التأمين التكافلي، من خلال تحصيل الاشتراكات واستثمارها، وتقدير التعويض الفعلي وأداء مبالغ التأمين، ورصد الاحتياطات والمخصصات[755]، لذلك يمكن القول أن مقاولة التأمين التكافلي تقوم بإدارة مزدوجة، إدارة صندوق التأمين التكافلي (أ)، ثم إدارة وتسيير استثمار موجوداته (ب).

أ) الالتزام بإدارة صندوق التأمين التكافلي

تلتزم مقاولة التأمين التكافلي، القيام بإدارة وتسيير عمليات التأمين التكافلي من إعداد عقود التأمين واستخلاص مبالغ الاشتراكات، وأداء مبالغ التأمين وغيرها من الأعمال الفنية مقابل أجرة معلومة يتم تحديدها بالاتفاق وإدراجها ضمن بنود العقد. إذ، لقد أكد المشرع على ضرورة إدارة مقاولة التأمين التكافلي لصندوق التأمين التكافلي وفقا لصيغة الوكالة بأجر (المادة 263.3 من مدونة التأمين المعدلة بموجب القانون رقم 87.18). ويعتبر المشترك قابلا بهذه الأجرة بمجرد اطلاعه على نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي والتوقيع عليه.

ومن باب الحرص على أموال صندوق التأمين التكافلي والحفاظ عليها، وعدم تبذيرها، فإن مقاولة التأمين التكافلي بعد دفع التعويضات للمشتركين المتضررين، تكون لها الصلاحية في الرجوع على المتسبب في الحادث الذي نتج عنه ضرر للمشترك إذا ثبتت مسؤوليته العقدية أو التقصيرية في تحقق الخطر للمشترك، وعليه تحل مقاولة التأمين التكافلي محل المشترك في جميع الدعاوى والحقوق الخاصة بالموضوع، أو اللجوء إلى التحكيم وإجراء الصلح بين المقاولة والمتسبب في الضرر بما يحقق المصلحة للصندوق المسيرة له، وفقا لأحكام الصلح والتحكيم المقرر شرعا وقانونا. وهذا ما يستفاد جليا من البند 7 والبندين 15 و16 من المادة 226.3 المضافة لمدونة التأمينات بموجب القانون رقم 87.18.

وفي هذا الإطار إذا أخلت مقاولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي، بالالتزامات الملقاة على عاتقها بموجب القانون والاتفاقات المدرجة بعقود التأمين التكافلي، فإنها تتحمل الخسارة الناجمة عن تقصيرها في تدبير حسابات صندوق التأمين التكافلي (المادة 226.6 من مدونة التأمين في بندها الثاني).

وتتم إدارة صندوق التأمين التكافلي والعمليات المرتبطة به، من قبل مقاولة التأمين التكافلي عن طريق الوكالة بأجر[756]، وهذه الصيغة هي التي تبناها المشرع المغربي في المادة 226.3 المضافة لمدونة التأمين بموجب القانون رقم 87.18 في بندها الأول والثاني، إذ جاء فيها على أنه "تعتبر مقاولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي وكيلا بأجر لصندوق التأمين التكافلي أو صندوق إعادة التأمين التكافلي، وذلك دون الإخلال بالالتزامات الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون.

755- رياض منصور الخليفي، "قوانين التأمين التكافلي الأسس الشرعية والمعايير الفنية"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، سنة 2007، ص 96.

756- تنص المادة 9 من المشروع النموذجي لقانون التأمين التكافلي على أنه "تدار عملية التأمين بمقتضى عقد وكالة يعين بموجبه المشتركون في التكافل بصفتهم موكلون مؤسسة التأمين التكافلي بصفتها وكيلا للقيام بالأعمال التكافلية والاستثمار نيابة عنهم.

تتقاضى مؤسسة التأمين التكافلي أجرة في شكل مبلغ مقطوع أو نسبة مئوية من المبلغ محل الوكالة. ويمكن أن يصرف لمؤسسة التأمين التكافلي تحفيزا إضافيا يكون مرتبطا بنتائج التكافل. ويمكن أن تكون الوكالة بدون أجر."

يجب على مقاولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي، بصفتها وكيلا بأجر لصندوق التأمين التكافلي أو صندوق إعادة التأمين التكافلي، التقيد بالأحكام المتعلقة بالالتزامات المترتبة على الوكيل كما هي منصوص عليها في الباب السادس من الكتاب الثاني من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود."

كما تلزم المقاولات الممارسة لعمليات التأمين التكافلي بمسك وتدبير حسابات التأمين التكافلي بصفة منفصلة عن حساباتها الخاصة بها (الفقرة الثانية من المادة 10.2 من مدونة التأمين المعدلة بموجب القانون رقم 59.13)، وذلك لتحقيق الاستقلالية لصندوق التأمين التكافلي، وتوفير الشفافية والنزاهة في تدبير هذا الصندوق. كما أكد المشرع على ضرورة التنصيص في عقد التأمين التكافلي على كيفية أداء أجرة مقاولة التأمين التكافلي مقابل تسييرها لحسابات صندوق التأمين التكافلي، ومبلغ هذه الأجرة**757**.

فمن هذا المنطلق نلاحظ أن مقاولة التأمين التكافلي ملزمة بالإدارة والتسيير لصندوق التأمين التكافلي، وليس توفير التغطية التأمينية للأخطار محل التأمين، التي يتم دفعها من أموال صندوق التأمين التكافلي، حيث أن مقاولة التأمين التكافلي لا توفر التغطية التأمينية ولا تدفع مبالغ التأمين من أموالها الخاصة، وإنما من أموال المشتركين المودعة بحسابات صندوق التأمين التكافلي حسب نوع عقود التأمين المبرمة بين كل مشترك والمقاولة كوبلة عن صندوق التأمين التكافلي الذي يتولى توفير التغطية التأمينية للأخطار المشمولة بالتغطية بموجب العقد، إذ يتم إنشاء حساب خاص بكل نوع من أنواع التأمين التكافلي، وبالتالي فمقاولة التأمين التكافلي لا توفر التغطية التأمينية ولا تدفع مبالغ التأمين للمستحقين لها من حساباتها الخاصة كما هو الحال بالنسبة لشركات التأمين التجاري، فمبالغ الاشتراكات المودعة في حسابات صندوق التأمين التكافلي تبقى ملك للمشتركين، ومهمة المقاولة إدارتها لفائدة الصندوق، وإذا تحقق الخطر المؤمن منه أو حل أجل العقد، قامت بدفع مبالغ التأمين للمشتركين المستحقين لها من تلك الأموال.

ب) الالتزام باستثمار موجودات صندوق التأمين التكافلي

يقصد بمصطلح الاستثمار جميع عمليات التشغيل والتوظيف التي تستهدف تنمية الموارد المالية لحسابات صندوق التأمين التكافلي، ويقع على عاتق مقاولة التأمين التكافلي، استثمار أموال هذا الصندوق في مجالات مقبولة وغير محرمة شرعا، وهذا ما استوجب وجود هيئة للرقابة الشرعية تقوم بمراقبة العمليات الاستثمارية ومدى تطابقها مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية**758**.

وفي هذا الصدد نجد المشرع المغربي قد أشار إلى استثمار أموال صندوق التأمين التكافلي بصفة عرضية، في معرض حديثه عن البيانات الإلزامية الواجب التنصيص عليها في عقد التأمين التكافلي باستعماله عبارة **"يبين عقد التأمين التكافلي الشروط المتعلقة بالتوظيفات المالية لمقاولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي بالنسبة لحساب أو حسابات صندوق التأمين التكافلي"**759، غير أنه لم يحدد الطريقة أو الصيغة التي ستستثمر وفقها مقاولة التأمين التكافلي هذه الأموال.

وبالرجوع إلى التجارب الرائدة في مجال التأمين التكافلي نجدها تعتمد على عقد المضاربة بالنسبة لاستثمار أموال صندوق التأمين التكافلي**760**، وهو ما أكده مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في دورته العشرين الذي ناقش مشروع قانون نموذجي في التأمين

757- انظر البند 15 من المادة 12 من مدونة التأمين المعدلة بموجب القانون رقم 87.18.

758- رياض منصور الخليفي، "قوانين التأمين التكافلي الأسس الشرعية والمعايير الفنية"، م س، ص 97.

- البند الأخير من المادة 12 من مدونة التأمين المعدلة بموجب القانون رقم 87.18.759

760- Rodney Wilson, Legal, Regulatory and Governance Issues in Islamic Finance, edinburgh University Press, Groydon (UK), 2012, P149.

- Boudjellal (M), Les assurance dans un système islamique, Revue des sciences économiques et de gestion (Faculté des science économiques et de gestion), Université Ferhat Abbas, Settif, Algérie, Numéro 5, Année 2005, P 67/68.

التكافلي761، حيث تقوم مقاولة التأمين التكافلي باستثمار أموال صندوق التأمين التكافلي بصفتها مضاربا تستحق نسبتها من الربح كمضارب والصندوق كرب المال.

كما أن المشرع التونسي نص صراحة في الفصل 205 من مجلة التأمين على ضرورة استثمار أموال صندوق التأمين التكافلي، وفق صيغة المضاربة كما هي منظمة في مجلة الالتزامات والعقود. إذ تتقاضى مقاولة التأمين التكافلي نظير استثمار أموال صندوق التأمين التكافلي، عمولة مضاربة يتم التنصيص على نسبتها في الشروط الخاصة لعقود التأمين التكافلي.

وعند استثمار هذه الأموال بالمضاربة، فإن المقاولة تتحمل ما يتحمله المضارب العامل وفقا للقواعد القانونية المنظمة لعقد المضاربة، مع إمكانية الاسترشاد بقواعد المضاربة التي جاءت في المعيار الشرعي رقم 76213.

ويجب أن تقوم مقاولة التأمين التكافلي باستثمار هذه الأموال في مختف أوجه الاستثمار المقبولة شرعا بنفسها، أو تسليمها إلى مؤسسات مالية للاستثمار المشترك، وغالبا ما تكون بنوكا تشاركية أو غيرها من المؤسسات التي تستثمرها بعقود شرعية وفي مجالات شرعية، إذ يشترط في المجالات التي تستثمر فيها مقاولة التأمين التكافلي أموال صندوق التأمين أن تكون غير مخالفة للشريعة الإسلامية763، فلا يجوز لها أن تستثمر هذه الأموال في الودائع الاستثمارية لدى البنوك التقليدية، لأنها في الحقيقة قروض بفوائد ربوية محرمة شرعا، بل يجب أن يكون استثمارها المالي المباشر محصورا في أعمال متوافقة مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية764.

واستثمار أموال صندوق التأمين التكافلي يمكن أن يتخذ أشكالا عديدة، كأن يكون استثمارا مباشرا في الأوراق المالية من خلال شراء الأسهم وبيعها وفقا لتعليمات هيئة الرقابة الشرعية، أو يكون استثمارا غير مباشر من خلال البنوك التشاركية وفق أحكام عقد المضاربة، كأن تكون مقاولة التأمين التكافلي الطرف صاحب المال ويكون البنك التشاركي مضاربا والربح بينهما حسب النسب المتفق عليها765.

ومقاولة التأمين التكافلي ملزمة بإعلام المشتركين عن استراتيجية الاستثمار التي ستعتمدها لتنمية أموال صندوق التأمين التكافلي، حيث ألزم البند 17 من المادة 12 من مدونة التأمين مقاولات التأمين التكافلي، بتضمين عقود التأمين التكافلي الشروط المتعلقة بالتوظيفات المالية الخاصة بصندوق التأمين التكافلي –أي الاستراتيجية المعتمدة لإدارة عمليات استثمار أموال الصندوق-، حتى يكون المشترك على بينة منذ إبرام عقد التأمين على الصيغة التي سيتم وفقها استثمار أموال صندوق التأمين التكافلي والسياسة الاستثمارية لتنمية هذه الأموال.

ثانيا: الالتزامات المالية

عندما تقوم مقاولة التأمين التكافلي بتعويض الأضرار الفعلية التي تغطيها عقود التأمين التكافلي، وتسديد كافة مبالغ التأمين التي حل أجلها، آنذاك تكون النتيجة في نهاية المطاف خلال تلك السنة المالية لا تحيد عن ثلاث حالات، إما تحقيق الفائض، أو العجز، أو التساوي.

761- حيث جاء في المادة الثالثة من هذا المشروع ما يلي : "يدير التأمين التكافلي كيان قانوني مرخص له بالعمل في مجال التأمين يسمى مؤسسة التأمين التكافلي.
يعتمد عقد الوكالة بالنسبة لأنشطة أعمال التأمين التكافلي.
ويعتمد عقد المضاربة بالنسبة لأنشطة استثمار أموال صندوق التأمين التكافلي."

762 - موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي، "المعايير الشرعية"، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة-البحرين، دون ذكر المطبعة، سنة 1437 هجرية، ص 367 وما بعدها.

763- Jacques Charbonnier, L'assurance islamique, Revue Assurances et gestion des risques, Vol.78, numéro (3-4), octobre 2010-janvier 2011, P337.

764- Aly Khorshid, ISLAMIC INSURANCE A modern approach to Islamic banking, RoutledgeCurzon, Imprint of the Taylor & Francis Group Transferred to Digital Printing 2005, First Published 2004, New York, P 161.

765- Mohammad Musleh-Ud-Din, Insurance And Islamic Law, 4th Edition, 1982, Printed at: Imprint Offset Printers, Lahore (Pakistan), P 173.

ويعتبر دفع مبلغ التأمين للمشترك عند تحقق الخطر أو حلول الأجل من الالتزامات الجوهرية التي تلتزم مقاولة التأمين التكافلي بتنفيذها (أ)، وفي حالة حصول عجز في حسابات صندوق التأمين التكافلي من أجل سداد مبالغ التأمين للمشتركين، فهي ملزمة بدفع تسبيق تكافلي لتغطية هذا العجز (ب)، وإذا تحقق فائض تأميني في صندوق التأمين التكافلي عند اختتام السنة المالية فهي ملزمة بتوزيعه على المشتركين (ج).

أ) الالتزام بأداء مبلغ التأمين

إذا كان المشترك يدفع ما يعرف باشتراكات التأمين حسب ما تقتضيه عقود التأمين التكافلي، فإن مقاولة التأمين التكافلي تلتزم هي الأخرى بدفع مبلغ التأمين في حالة وقوع الخطر المؤمن منه أو حلول الأجل سواء للمشترك أو للمستفيد من عقد التأمين التكافلي، وبالتالي فإن هذا الالتزام يقع على عاتق مقاولة التأمين مقابل قيام المشترك بدفع اشتراكات عقد التأمين التكافلي.

وينبغي التمييز بين التزامات مقاولة التأمين التكافلي في التأمين التكافلي العائلي الذي يقابله التأمين على الأشخاص في التأمين التجاري، وبين التزاماتها في التأمين على الأضرار.

أ-1) التزامات مقاولة التأمين في التأمين التكافلي العائلي

إن أهم خصوصية تميز عقد التأمين التكافلي العائلي هو انعدام الصفة التعويضية عكس التأمينات عن الأضرار، فالمشترك في عقد التأمين التكافلي العائلي لا يسعى إلى الحصول عن أي تعويض من إبرامه لعقد التأمين التكافلي.

لذلك فإن مقاولة التأمين التكافلي تلتزم أساسا في كل صور وأنواع التأمين التكافلي العائلي بأن تدفع مبلغا ماليا (مبلغ التأمين) للمشترك أو للمستفيد المعين في العقد (الورثة مثلا) دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر مادي يمكن قياسه بالمال، حيث يتم تعيينه بصفة جزافية في العقد عند إبرام هذا الأخير، مقابل ما دفعه المشترك من اشتراكات طيلة المدة المتفق عليها عند التعاقد.

ويتم دفع مبلغ التأمين إلى المشترك عند حلول الأجل، أو تحقق الخطر المؤمن منه بصرف النظر عن الضرر الحاصل، كون هذا النوع من التأمين ليس له الصفة التعويضية الموسوم بها التأمين من الأضرار، لأن مبلغ التأمين يكون واجب الدفع بمجرد حلول أجل العقد دون اعتبار لوقوع الضرر من عدمه، نظرا لطبيعة هذا النوع من التأمين باعتباره تأمين رأسمالي يهدف إلى الادخار ورسملة الاشتراكات.

أ-2) التزامات مقاولة التأمين في تأمينات الأضرار

تلتزم مقاولة التأمين التكافلي في هذا النوع من التأمين بتعويض المشترك عن كافة الخسائر المادية التي لحقت الشيء المؤمن عليه، وتكتسي العملية التأمينية من خلال هذا النوع الصفة التعويضية على عكس التأمين التكافلي العائلي، ما دامت مصلحة المشترك تتضرر من جراء وقوع الخطر المؤمن منه، فيجب تعويضه، مع إمكانية رجوعها على المتسبب في الضرر، وهذا ما يعرف بمبدأ الحلول الذي يقتضي حلول المؤمن محل المشترك للحصول على مبلغ التعويض من الشخص المسؤول عن الضرر إذا ثبتت مسؤوليته العقدية أو التقصيرية.

وهذا الحلول يتم تلقائيا وبقوة القانون، ويعتبر مبلغ التأمين هو تغطية الضرر الذي وقع للمشترك جراء وقوع الخطر المؤمن منه، وقد حدد المشرع نطاق الأضرار التي يتحملها المؤمن من خلال المادة 17 من مدونة التأمين[766]، وعموما فالتأمين عن الأضرار، قد يكون تأمينا على الأشياء، وقد يكون تأمينا من المسؤولية.

766- حيث نصت على أن " يتحمل المؤمن الخسائر والأضرار الناتجة عن الحادث الفجائي أو الناتجة عن خطأ المؤمن له، عدا استثناء صريح ومحدد في العقد.
غير أن المؤمن لا يتحمل، رغم أي اتفاق مخالف، الخسائر والأضرار الناتجة عن خطأ متعمد أو تدليسي للمؤمن له."

فبخصوص التزامات المقاولة في التأمين على الأشياء تهدف إلى تعويض المشترك عن الخسائر المادية التي لحقت بالشيء المؤمن عليه نتيجة تحقق الخطر المؤمن منه، وبالتالي فالصفة التعويضية للتأمين على الأشياء تقتضي إخضاع مبلغ التأمين الذي تلتزم مقاولة التأمين التكافلي بدفعه عند تحقق الخطر لثلاث مبادئ رئيسية وهي، مبدأ التعويض ومبدأ النسبية[767]، ومبدأ الحلول[768].

وبالنسبة لالتزام المقاولة في التأمين من المسؤولية، باعتبارها صورة من صور التأمين من الأضرار، والتي تهدف إلى حماية المشترك من الأضرار التي تلحقه بسبب مسؤوليته المدنية، فهذه الأضرار قد تتمثل في التعويض الذي يحصل عليه الغير، أو تتمثل في المصاريف التي تكبدها المشترك لدفع المسؤولية عنه إذا لم يتمكن من الرجوع بهذه المصاريف على مدعي المسؤولية بسبب إعساره[769].

ب) الالتزام بدفع التسبيق التكافلي

يتوزع الوضع المالي لصندوق التأمين التكافلي بين تحقيق الفائض والتساوي بين الإرادات والمصاريف والعجز، ففي هذه الحالة الأخيرة يكون مجموع التعويضات والمصاريف والاحتياطات تزيد كلفتها على ما في صندوق التأمين التكافلي من أموال حتى تستغرق جميع موجوداته، فتزداد الحاجة لدعم صندوق التأمين التكافلي بمصدر تمويلي مؤقت، حيث تقوم مقاولة التأمين التكافلي بتنفيذ التزامها بإقراض صندوق التأمين التكافلي قرضا دون فوائد لتغطية العجز الحاصل بحسابات صندوق التأمين التكافلي[770]، وهو ما يسمى في التشريع المغربي بالتسبيق التكافلي.

وعرف المشرع المغربي التسبيق التكافلي بكونه "مبلغ يؤدى من طرف مقاولة التأمين وإعادة التأمين التي تمارس عمليات التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي لسد العجز الناجم عن عدم كفاية الأصول الممثلة للاحتياطيات التقنية مقارنة مع هذه الاحتياطات، والذي يمكن استرجاعه من الفوائض التقنية والمالية المستقبلية لحساب التأمين أو إعادة التأمين التكافلي. ولا يمكن أن تترتب عن التسبيق التكافلي أي فائدة"[771].

ويعتبر دفع التسبيق التكافلي في حالة عجز صندوق التأمين التكافلي عن تسديد التزاماته، التزاما جوهريا يقع على عاتق مقاولة التأمين التكافلي بصريح العبارة حيث جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة 10.3 من مدونة التأمين المضافة بموجب القانون رقم 59.13 أنه "في حالة عدم كفاية الأصول الممثلة للاحتياطات التقنية مقارنة مع هذه الاحتياطيات، يجب على مقاولة التأمين وإعادة التأمين المعتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي سد هذا العجز بتسبيقات تكافلية، وذلك وفق الكيفيات المحددة بمنشور تصدره الهيئة. ويجب التذكير بهذا المقتضى في كل عقد للتأمين التكافلي".

ويتم تسديد مبالغ التسبيقات التكافلية من الفوائض التأمينية التي تتحقق في السنوات المالية الإيجابية المقبلة، بحيث لا يمكن توزيع الفوائض التقنية والمالية المحققة في عمليات التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي على المشتركين إلا بعد خصم

767- مقتضى هذا المبدأ أن التعويض الذي يلتزم المؤمن بدفعه عند تحقق الخطر المؤمن منه يتحدد بنسبة مبلغ التأمين المتفق عليه في العقد، وإلى قيمة الشيء المؤمن عليه في الحالة التي يكون فيها المبلغ المتفق عليه أقل من قيمة الشيء المؤمن عليه، حيث يلزم المؤمن بتعويض الضرر الذي لحق الشيء المؤمن عليه في حدود مبلغ التأمين المتفق عليه، وأن يكون المبلغ المتفق عليه على الأقل متساويا مع قيمة الشيء المؤمن عليه.

768- فهذا المبدأ مقتضاه حلول المؤمن محل المؤمن له في رجوعه بالتعويض على الغير المسؤول عن إحداث الخطر المؤمن منه، ذلك أنه يرتب الصفة التعويضية للتأمين على الأشياء، وأنه لا يجوز للمشترك الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض، ومن ثم يكون للمؤمن الحق في الرجوع على الغير المسؤول بمقدار مبلغ التأمين الذي دفعه للمشترك .

769- محمد خلوقي، خصوصيات التأمين التكافلي في ضوء التشريع المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، السنة الجامعية 2017/2016، ص 109.

770- جاء في المادة 13 من المشروع النموذجي لقانون التأمين التكافلي ما يلي: "عند حصول عجز يتجاوز ما في صندوق التأمين التكافلي والاحتياطات المتراكمة في هذا الصندوق، يتعين على مؤسسة التأمين التكافلي تفعيل التزامها بإقراض صندوق التأمين التكافلي بما يغطي العجز. ولمؤسسة التأمين التكافلي حق الرجوع على صندوق التأمين التكافلي لاسترجاع مبلغ القرض من فائض التأمين في السنوات اللاحقة لتحقيق العجز."

- Faten Feki Ben Amar, L'assurance Takaful en Tunisie, La Revue Du Droit d'infos juridiques, Numéro du mois février 2019, P7.

771- البند 23 من المادة الأولى من مدونة التأمين المضاف بمقتضى التعديل الذي طال هذه المدونة بموجب القانون رقم 59.13.

التسبيقات التكافلية، وهذا ما أكدته المادة 10.3 من مدونة التأمين بعد التعديل الذي طالها بموجب القانون رقم 77287.18، ويتم استرجاع هذه التسبيقات التكافلية وفقا للقواعد والكيفيات المنصوص عليها في المادة 18 وما بعدها من منشور رئيس هيئة مراقبة التأمينات والاحتياطي الاجتماعي بالنيابة رقم AS/02/21.

ج) الالتزام بتوزيع الفائض التأميني

شدد التعديل الذي طال مدونة التأمينات بموجب القانون رقم 87.18، على ضرورة توزيع الفوائض التقنية والمالية المحققة في صندوق التأمين التكافلي من عمليات التأمين التكافلي على المشتركين وفق نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي[773]، وعدم استحقاق المقاولة المسيرة لصندوق التأمين التكافلي أي جزء من هذه الفوائض التقنية والمالية[774].

ومن الخصوصيات المميزة لعقد التأمين التكافلي، إلزام مقاولة التأمين التكافلي بتوزيع الفائض التأميني الحاصل في صندوق التأمين التكافلي على المشتركين، من مبالغ الاشتراكات والأرباح الناتجة عن استثمارها، وهو ما يميز التأمين التكافلي القائم على التبرع والتعاون عن التأمين التجاري القائم على عنصر الربح، إذ أن الفرق بين ما تم جمعه من اشتراكات وما دفع من مبالغ التأمين في نظام التأمين التكافلي يسمى فائض تأميني يوزع على المشتركين، في حين يعد في نظام التأمين التجاري ربحا للشركة[775].

حيث يعتبر الفائض التأميني من موجودات صندوق التأمين التكافلي، وتنقسم هذه الموجودات إلى جزء دفع كمبالغ التأمين وصوائرها لمن يستحقها، وجزء مخصص لتكوين الاحتياطات والمخصصات وسداد التسبيقات التكافلية إن وجدت، ليبقى الجزء الصافي وهو ما يعرف بالفائض التأميني[776].

ولقد ألزم المشرع المغربي مقاولة التأمين التكافلي بتوزيع الفائض التأميني وليس لها أي حق في الاقتطاع منه، وأن يتم توزيعه وفقا للقواعد المحددة بموجب منشور رئيس هيئة مراقبة التأمينات والاحتياطي الاجتماعي بالنيابة رقم AS/02/21، كما يجب على مقاولة التأمين أن تخبر المشتركين بوجود الفائض التأميني داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعداد القوائم التركيبية الخاصة بالحسابات السنوية لصندوق التأمين التكافلي (الفقرة الخامسة من المادة 10.3)، وأن تقوم بتوزيعها داخل أجل أقصاه 30 يونيو من السنة التي تلي اختتام حسابات السنة المعنية على أبعد تقدير (المادة 3 من المنشور رقم AS/02/21 السالف الذكر)، دون أن يعطي أي تعريف للفائض التأميني.

وهذا بخلاف التشريع التونسي الذي عرفه من خلال الفقرة الثانية من المادة 211 من مجلة التأمين حيث نصت على أنه "يقصد بالفائض التأميني الفارق بين مجموع معاليم الاشتراك الصافية من الإلغاءات ومداخيل استثمارها، وكل المداخيل الأخرى من ناحية، ومجموع مبالغ التعويضات المدفوعة ومخصص المدخرات الفنية والاحتياطيات وحصة المساهمين مقابل إدارة كل من عمليات التأمين التكافلي وأنشطة الاستثمار وكل المصاريف الخاصة بصندوق المشتركين من ناحية أخرى".

ويعرف الفائض التأميني بأنه الرصيد المالي المتبقي في حسابات صندوق التأمين التكافلي من مجموع الاشتراكات التي دفعها المشتركون واستثماراتها وعوائد إعادة التأمين التكافلي، بعد تسديد المطالبات (مبالغ التأمين)، ورصد الاحتياطات والمخصصات،

772- حيث نصت هذه المادة على أنه "توزع الفوائض التقنية والمالية في التأمين التكافلي على المشتركين وفق نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي وذلك بعد خصم التسبيقات التكافلية عند الاقتضاء. وتوزع الفوائض المذكورة في إعادة التأمين التكافلي على صناديق التأمين التكافلي وفق نظام تسيير صندوق إعادة التأمين التكافلي بعد خصم التسبيقات التكافلية عند الاقتضاء."

773- حيث نص المشرع عن هذا المقتضى في معرض حديثه عن التزامات مقولة التأمين التكافلي في البند التاسع من المادة 226.3 من مدونة التأمين.

774- انظر المادة 10.3 من مدونة التأمين في فقرتها الثانية.

775- محمد خلوقي، خصوصيات التأمين التكافلي في ضوء التشريع المغربي والمقارن، م س، ص 227/226.

776- درة الجليدي بوشماوي، عقود المالية الإسلامية والقانون الوضعي، نشر وتوزيع مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، سنة 2017، ص 512.

وتغطية جميع المصاريف والنفقات، أي المبالغ أو الأموال المتبقية في صندوق التأمين التكافلي المتبرع بها من قبل المشتركين، بعد تغطية جميع المصارف والنفقات خلال السنة المالية777.

ولقد حدد المعيار الشرعي رقم 26778الخاص بالتأمين التكافلي طرق وكيفية توزيع الفائض التأميني على المشتركين، حيث نص في فقرته الثانية عشر على أنه "يقع توزيع الفائض أو جزء منه على حملة الوثائق حسب الطريقة التي ينص عليها النظام الأساسي، فإما أن يقع التوزيع بنسبة اشتراكاتهم دون تفرقة بين من حصل على تعويضات ومن لم يحصل عليها خلال الفترة المالية. أو أن يقع التوزيع على المشتركين الذين لم يحصلوا على تعويضات، أو أن يقع التوزيع بعد خصم التعويضات المدفوعة لهم، أو أن يقع التوزيع بطريقة أخرى تقرها هيئة الرقابة الشرعية779.

وقد اعتمدت معظم الدول الرائدة في التأمين التكافلي نفس المعايير التي أقرها المعيار عدد 26 لتوزيع الفائض التأميني، وهي ثلاثة طرق تعتمد مقاولات التأمين التكافلي على واحدة منها حسب ما تم الاتفاق عليه ويقره نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي.

فوفقا للطريقة الأولى يقع توزيع الفائض التأميني على المشتركين دون تفرقة بين من حصل على التعويضات ومن لم يحصل، اعتمادا على نسبة اشتراك كل واحد منهم، وهذه الطريقة تكرس مبدأ التعاون الذي ينبني عليه نظام التأمين التكافلي780.

أما الطريقة الثانية فيقع فيها توزيع الفائض التأميني على المشتركين الذين لم يحصلوا على أي تعويضات فقط781. وبخصوص الطريقة الثالثة فيكون فيها توزيع الفائض التأميني على المشتركين بعد خصم التعويضات المدفوعة لهم، ومنه يجب التمييز بين المشترك الذي حصل على تعويضات استغرقت كامل مبالغ الاشتراك المدفوعة من قبله، وبين المشترك الذي حصل على تعويضات أقل قيمة من المبالغ التي دفعها كاشتراكات، فالأول لا يستحق شيئا من الفائض التأميني أما الثاني فإنه يستفيد من الفائض بعد خصم الجزء الذي حصل عليه كتعويض782.

الفقرة الثانية: التزامات المشترك

يعد المشترك محور العملية التأمينية التكافلية، إذ يجب عليه تقديم مختلف البيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه، وتبليغ مقاولة التأمين التكافلي بما استجد من ظروف تؤدي إلى زيادة الخطر بعد إبرام العقد، كما أنه ملزم بإخطار المقاولة بتحقق الخطر المؤمن منه خلال المدة المتفق عليها في العقد، مع التزامه بعدم الجمع بين التعويض من صندوق التأمين التكافلي، والمطالبة بالتعويض من الغير المتسبب للضرر، وكذلك يجب عدم الجمع بين تعويضين أو أكثر على نفس الضرر من مقاولات التأمين التكافلي، حتى لا يتحقق إثراء بدون سبب783.

777- أسامة عامر- زهير عماري، دور توزيع الفائض التأميني في دعم تنافسية المنتجات التأمينية التكافلية مقابل التقليدية –دراسة حالة سوق التأمين الأردني خلال الفترة 2014/2008-، مجلة معارف، العدد اثنان وعشرون، سنة 2017، ص 101.

778- المعيار الشرعي عدد 26، هو معيار شرعي خاص بالتأمين الإسلامي، صادر من قبل المجلس الشرعي المنبثق عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، بتاريخ 12 جمادى الأولى 1427هـ الموافق ل 5 حزيران (يونيو) 2006م، ويهدف هدا المعيار إلى بيان الأحكام الشرعية للتأمين الإسلامي (التكافلي)، وخصائصه، ومبادئه، وتمييزه عن التأمين التجاري، وبيان أركانه، وأنواعه، ووضع الضوابط التي يجب مراعاتها من قبل مؤسسات التأمين التكافلي التي ستمارس هذا النوع من التأمينات.

779- موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي، "المعايير الشرعية"، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، م س، ص 694/693.

780- رضوان الكبا، تأثير مبادئ الاقتصاد الإسلامي على تنظيم التأمين التكافلي، بحوث في قضايا المجتمع والقانون، مؤلف جماعي، إصدارات مختبر القانون والمجتمع، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، الطبعة الأولى، مطبعة قرطبة، أكادير، سنة 2018، ص 316.

781- عماري زهير، أثر توزيع الفائض التأميني على تنافسية شركات التأمين التكافلي مقابل التقليدية باستخدام التحليل الديناميكي، مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، المجلد الرابع، العدد الثاني، سنة 2017، ص 567.

782-درة الجليدي بوشماوي، عقود المالية الإسلامية والقانون الوضعي، م س، ص 513.

783- درة الجليدي بوشماوي، عقود المالية الإسلامية والقانون الوضعي، م س، ص 504.

وتنص عقود التأمين التكافلي على عدم الجمع بين التعويض من صندوق التأمين التكافلي، والمطالبة بالتعويض من الغير المتسبب للضرر، وكذلك يجب عدم الجمع بين تعويضين أو أكثر على نفس الضرر من مقاولات التأمين التكافلي، حتى لا يتحقق إثراء بدون سبب**784**.

كما يلتزم المشترك أيضا بدفع أجرة الإدارة والتسيير لمقاولة التأمين التكافلي المسيرة لصندوق التأمين التكافلي، والوفاء بالتزامه بدفع الاشتراكات في أوقاتها المحددة وبالطريقة المتفق عليها في العقد.

ونظرا لكون معظم هذه الالتزامات هي نفسها التزامات المؤمن له في التامين التجاري، فإننا سنكتفي بالتطرق للنقط التي تعرف خصوصيات في هذا العقد الجديد. ومنه سنعالج في هذه الفقرة طبيعة الالتزام بدفع الاشتراك في عقد التأمين التكافلي (أولا)، ثم سننتقل بعد ذلك لمناقشة الالتزام بأداء أجرة التسيير (ثانيا).

أولا: طبيعة الالتزام بأداء مبلغ الاشتراك

عرف المشرع المغربي قسط التأمين بكونه "مبلغ مستحق على مكتتب عقد التأمين مقابل ضمانات يمنحها المؤمن. ويراد بالقسط، فيما يخص التأمين التكافلي، اشتراك المشترك"**785**. وعليه يمكن اعتبار الاشتراك، هو المقابل المالي الذي يدفعه المشترك بغرض الحصول على التغطية التأمينية للخطر المؤمن منه، وبذلك فإن المشترك يلتزم بأن يؤدي مبلغ الاشتراك بالطريقة، وفي المواعد المتفق عليها في العقد**786**.

ونظرا لكون الأحكام المؤطرة لمبلغ الاشتراك في عقد التأمين التكافلي، هي نفس الأحكام المؤطرة لقسط التأمين في التأمين التجاري، فلن نغوص في ذلك، وإنما سنتطرق لطبيعة الالتزام بدفع الاشتراك، والتكييف القانوني لهذا الاشتراك.

إذ يعتبر مبلغ الاشتراك الذي يلتزم المشترك بدفعه لمقاولة التأمين التكافلي المديرة لصندوق التأمين التكافلي كوكيلة عنه، متبرعا به لتكوين حسابات هذا الصندوق، الذي تدفع منه مبالغ التأمين لمن يستحقها، ويقوم على مجموعة من المبادئ:

- مبلغ الاشتراك في التأمين التكافلي مدفوع على سبيل التبرع لصالح صندوق التأمين التكافلي؛
- مبلغ الاشتراك لا تتملكه مقاولة التأمين التكافلي، بل يبقى ملكا للمشتركين، ومهمة المقاولة هي مسك وتسيير صندوق التأمين التكافلي نظير أجرة معلومة، واستثمار موجوداته مقابل حصة من الربح؛
- التبرع بالاشتراك مقيد بالحاجة إليه، فإذا حصل فائض من الاشتراكات بعد دفع مبالغ التأمين، فيستحق للمشتركين باعتباره فائضا تأمينيا.

ويشكل الالتزام بالتبرع مبدأ شرعي، يستحق بمجرد توقيع المشترك على نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي، وعقد التأمين التكافلي، والتبرع في هذا العقد منظم بين مجموعة من المشتركين من أجل تبادل التضامن والتعاون، ويقوم الالتزام بالتبرع بمبلغ الاشتراك على المبادئ التالية:

- مبدأ التخصيص –أي توجيه التبرع للصندوق-، وهذا واضح من عقد التأمين التكافلي، فالتبرع فيه خاص في ما بين المشتركين؛
- مبدأ التعليق، فالتبرع في هذا العقد مرتبط ومتعلق بما تدعو إليه الحاجة –أي أن التبرع ليس بكامل الاشتراك وإنما بما يحتاجه الصندوق من مبالغ لدفع مبالغ التأمين والباقي يبقى ملكا لأصحابه-؛
- مبدأ التقييد، أي أن يستفيد من التبرع من تحققت فيه الشروط المحددة في عقود التأمين التكافلي، ونظام تسيير الصندوق.

784- درة الجليدي بوشماوي، نفس المرجع، ص 504.

785- البند 42 من المادة الأولى من مدونة التأمين.

786- Arsalan Bendimerrad, Tontines et Takaful: viabilité d'une alternative Takaful a l'assurance décès conventionnelle dans le référentiel réglementaire français, Mémoire pour l'obtention du Diplôme Universitaire d'actuariat de l'SFA et l'admission a l' Institut des Actuaires, Institut Des Actuaires, Université Lyon 1, année Universitaire 2015, P59.

ثانيا: الالتزام بأداء أجرة التسيير

من المسائل التي نص المشرع على ضرورة تبيانها في عقد التأمين التكافلي، هي كيفية أداء أجرة التسيير لمقاولة التأمين أو إعادة التأمين التكافلي مقابل تسيير حسابات صندوق التأمين التكافلي، ومبلغ هذه الأجرة (البند 15 من الفقرة الثانية من المادة 12 والبند الرابع من المادة 226.1 من مدونة التأمينات المعدلة بموجب القانون رقم 87.18).

ويبقى أداء أجرة التسيير التزاما جوهريا يقع على عاتق المشتركين كافة في عمليات التأمين التكافلي، وفي هذا الصدد نص المشروع النموذجي للتأمين التكافلي في معرض الحديث عن إدارة مقاولات التأمين التكافلي لصناديق التأمين التكافلي بصيغة الوكالة، على أن هذه المقاولات تتقاضى أجرة في شكل مبلغ محدد أو نسبة مئوية من مبالغ الاشتراكات**787**.

حيث تعد مقاولة التأمين التكافلي وكيلا عن صندوق التأمين التكافلي الذي يعتبر الطرف الموكل، وبالتالي فهي تتقاضى أجرا نظير الخدمة التي تقدمها والمتمثلة في إدارة وتسيير جميع الأنشطة والعمليات المرتبطة بالتأمين التكافلي، وهذا المقابل التي تستحقه كوكيلة عن الصندوق في الإدارة والتسيير إما أن يحدد بمبلغ من الاشتراكات أو أجرة محددة في العقد، وإما باستحقاقها نسبة معينة من الاشتراكات، حسب ما تم الاتفاق عليه بين المقاولة والمشتركين، وهو ما جرى العمل به في معظم التجارب الدولية**788**.

وهذا بخلاف التجربة المغربية الحديثة الظهور في هذا المجال، حيث نجد المشرع المغربي لم يترك لأطراف العقد أي خيار لانتقاء الصيغة التي ستسير مقاولة التأمين التكافلي وفقها الصندوق، ولا كيفية أداء هذا المقابل، بل ألزم المقاولات التي تنوي مزاولة عمليات التأمين التكافلي بتسيير صندوق التأمين التكافلي بصفتها وكيلة مقابل أجرة محددة في العقد**789**، بعد الموافقة عليها من هيئة مراقبة التأمين والاحتياطي الاجتماعي وخضوعها للمطابقة بالرأي من قبل المجلس العلمي الأعلى**790**.

ويمكن احتساب أجرة مقاولة التأمين التكافلي مقابل قيامها بمسك وتدبير حسابات صندوق التأمين التكافلي، وإدارة كافة العمليات المرتبطة به، على أساس الدراسات والإحصائيات التي تبين المصاريف الإدارية والفنية لأعمال التأمين التكافلي، وتتفق مع المشتركين على مبلغ الأجرة الواجب أدائها لها**791**،

ولن يتم اعتماد مبلغ هذه الأجرة وطرق تحديدها إلا بعد اطلاع الهيئة عليها والتأشير عليها بعد المطابقة بالرأي الصادر عن المجلس العلمي الأعلى.

خاتمة

على مر صفحات هذا المقال حاولنا تسليط الضوء على موضوع خصوصيات عقد التأمين التكافلي في القانون المغربي والمقارن، في إطار من التوافق بين تحليل و مقاربة الإشكالية المحورية للبحث وما يتميز به هذا العقد من خصوصيات، باعتباره موضوع ذو

787- انظر البند الثاني من المادة 9 من المشروع النموذجي للتأمين التكافلي.

788- مسيردي سيد أحمد، تطبيقات التأمين التكافلي في القانون الجزائري قراء في المرسوم التنفيذي رقم 13.09، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، سنة 2018، ص 582.

789- انظر المادة 226.3 من مدونة التأمينات، والبند الثامن من المادة 226.6 من نفس المدونة.

790- وهذا ما يستفاد من مضمون المادة 248.1 من مدونة التأمين المعدلة بموجب القانون رقم 87.18 حيث نصت على ما يلي: "يمكن للإدارة، باقتراح من الهيئة وبعد الرأي بالمطابق الصادر عن المجلس العلمي الأعلى، أن تحدد:

معايير تحديد أجرة تسيير حسابات صندوق التأمين التكافلي وكيفية أدائها لمقاولات التأمين وإعادة التأمين التكافلي، وكذا سقف هذه الأجرة وذلك بالرغم من كل مقتضى تشريعي مخالف، ...".

791- علي محي الدين القرة داغي، مفهوم التأمين التعاوني ماهيته وضوابطه ومعوقاته –دراسة فقهية اقتصادية-، مؤتمر التأمين التعاوني المنعقد في 13 أبريل 2010، دون ذكر المطبعة والسنة، ص 19.

طبيعة خاصة في المنظومة القانونية المغربية سواء فيما يتعلق بشروط وكيفيات تكوينه وإبرامه، أو فيما يتعلق بالآثار الناجمة عنه اتجاه أطرافه.

وقد توصلنا بذلك لجملة من الخلاصات والاستنتاجات وهي كالتالي:

- أن التأمين التكافلي منتوج تأميني جديد، يقدم للمشترك التغطية التأمينية في إطار شرعي يراعي مقاصد الشريعة الإسلامية، مع تقديم عائد إضافي من خلال توزيع الفائض التأميني وعوائد استثماره على المشتركين، وهذا ما يشكل حافزا إضافيا للإقبال على الخدمات التأمينية التكافلية، كما أنه جاء مكملا لبناء الفكر الاقتصادي الإسلامي، التي بدأها المشرع بالاعتماد على البنوك التشاركية، ومنه تلبية طلبات فئة عريضة من مجتمعنا، التي ترفض التعامل مع المؤسسات الربوية؛
- أن عقد التأمين التكافلي يقوم على العلاقة الثلاثية بين كل من المشترك وصندوق التأمين التكافلي ومقاولة التأمين التكافلي كوكيلة؛
- أن عقد التأمين التكافلي يخضع للرقابة الشرعية من قبل المجلس العلمي الأعلى، على كافة شروط وأركان انعقاده، وكل ما هو مرتبط بهذا العقد بدء من مرحلة التعاقد إلى تنفيذه.
- ضرورة تقيد مقاولة التأمين التكافلي بأحكام الشريعة الإسلامية عند قيامها بالأنشطة الاستثمارية لموجودات صندوق التأمين التكافلي، من خلال تجنبها الاستثمار في المجالات المحرمة شرعا، مع خضوعها في ذلك لرقابة المجلس العلمي الأعلى؛
- توزيع الفوائض التقنية والمالية المحققة في الصندوق على المشتركين يتم وفق نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي، مع عدم منح أي جزء من هذه الفوائض التقنية والمالية للمقاولة المسيرة للصندوق؛
- إلزامية إخبار مقاولة التأمين التكافلي المشتركين بوجود فوائض تقنية ومالية داخل أجل 30 يوما من تاريخ إعداد القوائم التركيبية المتعلقة بالحسابات السنوية لصندوق التأمين التكافلي؛
- التزام مقاولة التأمين التكافلي بأن تدرج في خصومها، وأن تمثل في أصولها في كل وقت احتياطات كافية لتغطية تكاليف تسيير صناديق التأمين التكافلي، وتكوين هذه الاحتياطات حسب أصناف الحسابات المكونة لصندوق التأمين التكافلي؛
- التزام مقاولة التأمين التكافلي بدفع التسبيق التكافلي في حالة عدم كفاية الأصول الممثلة للاحتياطات التقنية لحسابات صندوق التأمين التكافلي، لسداد مبالغ التأمين للمشتركين، وأداء كافة المصاريف المتطلبة لتسيير الصندوق؛
- إن مقاولة التأمين التكافلي تقوم بتدبير وتسيير العمليات المرتبطة بالتأمين التكافلي على أساس الوكالة بأجر، وتخضع في ذلك للالتزامات المترتبة على الوكيل كما هي منصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، باعتبارها مقاولة للتسيير، حيث أصبح صندوق التأمين التكافلي هو الذي يتحمل تغطية الأخطار المنصوص عليها في عقد التأمين التكافلي؛
- يتم تكييف مبلغ الاشتراك على أساس التبرع، ما عدا عندما يتعلق الأمر بعقود الاستثمار التكافلي؛
- ضرورة تضمين بوليصة التأمين التكافلي بعض البيانات الجديدة الخاصة بهذا العقد كمبلغ أجرة التسيير وكيفية أدائها، وكيفية توزيع الفوائض التأمينية، والشروط المتعلقة بالتوظيفات المالية لصندوق التأمين التكافلي والحسابات المرتبطة به، وغيرها من الشروط التي ينفرد بها هذا العقد؛

وبناء على هذه الخلاصات والاستنتاجات المتوصل إليها في هذه الدراسة، من خلال تحليل القوانين التي جاءت من أجل تأطير عقد التأمين التكافلي، وفقا لنظام قانوني متكامل، ومطابق لأحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية، الملاحظ أن المشرع أولى لهذا العقد تنظيما قانونيا محكما يراعي مرجعيته والمبادئ التي ينبني عليها، غير أنه ونحن بصدد معالجة هذا الموضوع، نقترح بعض النقط التي يمكن أن تساهم في إنزال هذا المنتوج الجديد بشكل يلقى استجابة لدى عموم مستهلكي الخدمات التأمينية، ودعم وتقوية مقاولة التأمين التكافلي للقيام بمهامها على الوجه المطلوب، وهي كالتالي:

- نشر ثقافة التأمين التكافلي لدى سائر شرائح المجتمع، والتعريف به، وبالخدمات التي يقدمها من خلال القيام بحملات إعلامية لإقناع مستهلكي خدمات التأمين بهذا المنتج الجديد، والاعتماد على بعض أنواع التأمين ضمن عمليات التأمين التكافلي مثل ممارسة التأمين الصحي، لتشجيع أصحاب الدخل المنخفض على الانخراط في هذا النظام والنهوض به، حتى يكون إدماج التأمين التكافلي إضافة نوعية للاقتصاد المغربي، وكفيل بتلبية حاجات ومتطلبات فئة عريضة من المجتمع، وليس مجرد تغيير في الأسماء، من خلال تقديم منتجات أكثر تميزا، وأن يستهدف الفئات المستبعدة من خدمات التأمين التجاري، وتشجيعها على الانخراط فيه، ودعم المشاريع والاستثمارات ذات البعد الاجتماعي؛
- ضرورة الانفتاح على النماذج والصيغ الأخرى لإدارة صناديق التأمين التكافلي، كالتنصيص صراحة على استثمار موجودات الصندوق بصيغة المضاربة، والاعتماد على النموذج المختلط الذي نص عليه مشروع القانون النموذجي للتأمين التكافلي، وذلك لتقوية جاذبية الاستثمار في قطاع التأمين التكافلي، وتعزيز التنافسية بين مقاولات التأمين التكافلي.

لائحة المراجع

المراجع باللغة العربية

- **أحمد شرف الدين**، أحكام التأمين: (دراسة في القانون والقضاء المقارنين)، مطبعة نادي القضاة، مصر، الطبعة الثالثة، 1991.
- **أشركي أفقير عبدالله**، الموجز في قانون التأمين، مطبعة سليكي أخوين، طنجة، ط الأولى، س 2013.
- **تواتي بن علي فاطمة**، آليات توزيع الفائض التأميني في شركات التأمين التكافلي الإسلامي، مجلة الاقتصاد والمالية، المجلد الرابع، العدد الثاني، سنة 2018.
- **الحسين بلوش**، "شرح مدونة التأمينات"، مكتبة قرطبة للنشر، أكادير، الطبعة الأولى، سنة 2013.
- **درة الجليدي بوشماوي**، عقود المالية الإسلامية والقانون الوضعي، نشر وتوزيع مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، سنة 2017.
- **رضوان الكبا**، تأثير مبادئ الاقتصاد الإسلامي على تنظيم التأمين التكافلي، بحوث في قضايا المجتمع والقانون، مؤلف جماعي، إصدارات مختبر القانون والمجتمع، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، الطبعة الأولى، مطبعة قرطبة، أكادير، سنة 2018.
- **رياض منصور الخليفي**، "قوانين التأمين التكافلي الأسس الشرعية والمعايير الفنية"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، سنة 2007.
- **سناء سركيس**، التأمين التعاوني الإسلامي، نشر وتوزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2016.
- **عامر أسامة**، أثر آليات توزيع الفائض التأميني على تنافسية شركات التأمين التكافلي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في العلوم الاقتصادية تخصص: اقتصاديات التأمين، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير قسم العلوم الاقتصادية، جامعة سطيف، السنة الجامعية 2014/2013.
- **عبد السلام أحمد فيغو**، أحكام عقد التأمين في القانون والشرع الإسلامي، ط الأولى، دون ذكر المطبعة، سنة 1996.
- **عبدالسلام بلاجي**، البنوك التشاركية الإسلامية في المغرب، سلسلة إصدارات الجمعية المغربية للاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة طوب بريس، الرباط، س 2016.
- **علي محي الدين القرة داغي**، مفهوم التأمين التعاوني ماهيته وضوابطه ومعوقاته –دراسة فقهية اقتصادية-، مؤتمر التأمين التعاوني المنعقد في 13 أبريل 2010، دون ذكر المطبعة والسنة.
- **علي محي الدين القره داغي**، التأمين التكافلي الإسلامي، دراسة تأصيلية مقارنة بالتأمين التجاري مع التطبيقات العملية، دار البشائر الإسلامية للنشر، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، طبعة 2011.

- **عماري زهير**، أثر توزيع الفائض التأميني على تنافسية شركات التأمين التكافلي مقابل التقليدية باستخدام التحليل الديناميكي، مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، المجلد الرابع، العدد الثاني، سنة 2017.
- **فلاف صليحة**، متطلبات تنمية نظام التأمين التكافلي، تجارب عربية، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة حسيبة بن بوعلي، سنة 2015.
- **فؤاد معلال**، الوسيط في قانون التأمين دراسة تحليلية على ضوء مدونة التأمينات، الطبعة الثانية، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، سنة 2020.
- **فؤاد معلال**، الوسيط في قانون التأمين: دراسة تحليلية على ضوء مدونة التأمين المغربية الجديدة، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2011.
- **محمد خلوقي**، خصوصيات التأمين التكافلي في ضوء التشريع المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، السنة الجامعية 2017/2016.
- **مسيردي سيد أحمد**، تطبيقات التأمين التكافلي في القانون الجزائري قراء في المرسوم التنفيذي رقم 13.09، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، سنة 2018.
- **مشروع قانون نموذجي في التأمين التكافلي**، المقدم من قبل المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم (دبي)، في مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته العشرين بالأردن، المنعقدة من 11 إلى 14 أبريل 2010، منشورات منظمة التعاون الإسلامي.
- **موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي**، "المعايير الشرعية"، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة-البحرين، دون ذكر المطبعة، سنة 1437 هجرية.

المراجع باللغة الفرنسية واللغة الإنجليزية

- **André Bélanger et Joëlle Mankeng Tawali**, Au-delà L'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance, rev, Les cahiers de droit, Vol 50, N 1, 2009.
- **Babacar NDIAYE**, L'assurance islamique: Focus sur le continent Africain, projet de fin d'études pour l'obtention du diplôme de master, spécialisé Exécutive Master Principes et pratiques de la finance, Université Paris Dauphine, année universitaire 2013/2014.
- **Edward Budd**, Les particularités du Takaful (assurance selon l'islam), projet de fin d'études pour l'obtention du diplôme de master, spécialisé en Droit européen comparé, Université Paris **II** Panthéon-Assas, année 2015/2016.
- **André Bélanger**, Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties, Revue de droit de McGill, Vol.56, Numéro 2, 2011.
- **Rodney Wilson**, Legal, Regulatory and Governance Issues in Islamic Finance, edinburgh University Press, Groydon (UK), 2012.
- **Boudjellal (M)**, Les assurance dans un système islamique, Revue des sciences économiques et de gestion (Faculté des science économiques et de gestion), Université Ferhat Abbas, Settif, Algérie, Numéro 5, Année 2005.
- **Jacques Charbonnier**, L'assurance islamique, Revue Assurances et gestion des risques, Vol.78, numéro (3-4), octobre 2010-janvier 2011.
- **Aly Khorshid**, ISLAMIC INSURANCE A modern approach to Islamic banking, RoutledgeCurzon, Imprint of the Taylor & Francis Group Transferred to Digital Printing 2005, First Published 2004, New York.

- **Mohammad Musleh-Ud-Din**, Insurance And Islamic Law, 4th Edition, 1982, Printed at: Imprint Offset Printers, Lahore (Pakistan).

- **Faten Feki Ben Amar**, L'assurance Takaful en Tunisie, La Revue Du Droit d'infos juridiques, Numéro du mois février 2019.

- **Arsalan Bendimerrad**, Tontines et Takaful: viabilité d'une alternative Takaful a l'assurance décès conventionnelle dans le référentiel réglementaire français, Mémoire pour l'obtention du Diplôme Universitaire d'actuariat de l'SFA et l'admission a l' Institut des Actuaires, Institut Des Actuaires, Université Lyon 1, année Universitaire 2015.

متطلبات وتأثيرات الوساطة البنكية

Requirements and Effects of Banking Mediation

الباحث : حسان أوعجين

طالب باحث بسلك الدكتوراة كلية العلوم القانونية والسياسية بجامعة الحسن الأول بسطات

ملخص :

تهدف الوساطة البنكية بشكل أساسي إلى فض النزاعات بين الأطراف والوصول إلى اتفاق يحقق تسوية نهائية. يعتمد نجاح هذه العملية على تقديم تنازلات من الطرفين وتنفيذ مضمون الاتفاق، مما يساعد في تجنب الإجراءات القضائية المكلفة. ومع ذلك، قد تواجه الوساطة تحديات؛ فقد لا يتمكن الأطراف من التوافق على تنفيذ الاتفاق، مما يستدعي اللجوء إلى التذييل بالصيغة التنفيذية. بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن تفشل الوساطة منذ البداية، مما يؤدي إلى تحرير محضر بعدم نجاحها. في بعض الحالات، قد يقوم أحد الأطراف بفسخ الاتفاق أو الطعن في بطلانه، مما يعك س عدم الاستقرار في العلاقات. بالتالي، يتطلب النجاح في الوساطة البنكية التزامًا حقيقيًا من الأطراف لتحقيق نتائج إيجابية.

SUMMARY

Banking mediation aims to resolve disputes between parties and reach an agreement that achieves a final settlement. The success of this process relies on concessions from both sides and the execution of the agreement's content to avoid costly legal proceedings. However, mediation may face challenges, such as a lack of consensus on executing the agreement, which may require recourse to enforceable documents. Additionally, mediation can fail from the outset, resulting in a report of unsuccessful mediation. In some cases, one party may choose to rescind the agreement or contest its validity, reflecting instability in relationships. Therefore, success in banking mediation requires a genuine commitment from the parties to achieve positive outcomes.

تقديم :

لقد عرف العمل البنكي تطورا كبيرا وسريعا باعتماد طرق بديلة وحديثة في التعامل مع الزبناء وحتى فيما بين البنوك، إ ذ أن هم البنك دائما هو جلب العديد من الزبناء وإستمالتهم بتقديم أحسن الطرق وأنسبها وأحدثها، وتلاقي البطء في إنجاز العمليات الذي كان الزبون يجده عند مفاتحته لبنكه في عملية بنكية، والوصول إلى هذه الغاية قدمت البنوك لزبنائها أحسن الطرق وأبسطها من حيث التعامل792، إلا أن تطور اليات التعامل بين البنك وزبونه لا يعني قطع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى النزاع بين البنك وزبونه، لكن إمكانية حل هذا النزاع ليست بالسهولة التي يمكن تصورها، خصوصا مع الخصوصية التي تميز العمليات البنكية، والتي تواجه بسلبيات النظام القضائي، مما جعل من الوساطة البنكية وسيلة مرنة للولوج السلس والسهل للعدالة والقانون بعيدا عن تعقيدات القواعد الرسمية في التقاضي، والتي تمكن الأطراف في النهاية من الوصول إلى الصلح الذي يعد دعامة لاستقرار المعالات بين الأطراف. لكن ما هي الشروط المتطلبة لهيكلة الوساطة البنكية ؟ (المطلب الأول)وما هي الآثار المترتبة بعد نهاية الوساطة (المطلب الثاني).

792- عبد الرحمان مزور، الوسيط البنكي، نشرة قرارات محكمة النقض السلسة 3 – 2013 الجزء 11 الغرفة التجارية، مطبعة مكتبة الأمنية، ص 135.

المطلب الأول: شروط الوساطة البنكية

يعرف العمل البنكي نزاعات متعددة تتخذ صورا متنوعة ومختلفة، سواء من حيث أطرافها أو من حيث موضوعها، كل ذلك يدل دلالة واضحة على أنه لا يمكن التسليم بأن كافة النزاعات الناشئة في ظل العمل البنكي يمكن أن تكون محلا للوساطة البنكية[793]، بحيث إن هناك نزاعات لا يمكن أن تعرض على الوسيط إما لارتباطها بالنظام العام، والذي يفرض ضرورة عرضها على مساطر التقاضي الرسمي، وإما لأن نظام الوساطة استثناها صراحة من نطاق تدخل الوسيط البنكي. لكن في جميع الأحوال فإن تلك التي تدخل ضمن اختصاص الوسيط يتوقف قيام الوساطة البنكية فيها على ضرورة توفر مجموعة من الشروط منها ما يتعلق بموضوع الوساطة البنكية **(الفقرة الأولى)** ومنها ما يتعلق بإجراءاتها **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: الشروط الموضوعية للوساطة البنكية

إذا كانت الوساطة البنكية آلية لفض النزاعات البنكية، فإن هذا الاختصاص ليس مطلقا، بل يتعين تحديده من حيث النزاعات التي تكون موضوعا لها (أولا)، كما لا يمكن أن يكون وسيطا أي شخص كيفما كان بل يلزم عمليا أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط التي تؤهله للقيام بعمليه (ثانيا).

أولا- الشروط المتطلبة في موضوع الوساطة البنكية

ينشأ موضوع الوساطة البنكية بمجرد ما ينشأ خلاف بين البنك وزبونه، غير أن ذلك لا يعني أن كل خلاف بينهما ينهض كأساس للوساطة البنكية (أ) بل إن هناك شروطا يلزم أن تتوفر في عقد الوساطة البنكية (ب) .

أ – نطاق الوساطة البنكية

تحتل الوساطة البنكية مكانا بارزا ضمن الوسائل البديلة لحل المنازعات المدنية والتجارية[794]. غير أن غالبية التشريعات تكاد تجمع على ربط اختصاصا الوسيط بالمسائل غير المتعلقة بالنظام العام، وقابليته للصلح والتحكيم من جهة أخرى، وقد اعتمد الميثاق البنكي السابق وكذلك نظام الوساطة البنكية بالإضافة إلى ذلك منهجا تمثل في تعداد مجالات تدخل الوسيط البنكي (I)، وأورد عن ذلك مجموعة من الاستثناءات فضلا عن الأمور المتعلقة بالنظام العام (II) .

I) مجال الوسيط البنكي

مما لا شك فيه أن تدخل الوسيط البنكي محدد سلفا بمقتضي نظام الوساطة البنكية في النزاعات التي تقع بين مؤسسات الائتمان وزبنائها، لكن ومع ذلك فلا يعني ذلك أن أي نزاع يصلح أن يكون موضوعا للوساطة البنكية في الحسابات البنكية (1) ، وتوزيع الائتمان فضلا عن وسائل الأداء (2) .

1- الحسابات البنكية

تدخل ضمن اختصاصات الوسيط الخلافات التي لها علاقة بتدبير الحسابات تحت الطلب[795](الحسابات بالإطلاع) والحسابات لأجل وحساب الإدخال [796].

793- زينبة بوجنة، زينبة بوجنة، قراءة في ميثاق الوساطة البنكية على ضوء قانون 08 – 05، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال والمقاولات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السويسي، جامعة محمد الخامس السنة الجامعية 2008 / 2009 ص36

794- محمد أطويف، محمد اطوني، الوساطة الاتفاقية على ضوء القانون رقم 08 – 05، منشورات مجلة القضاء المدني، عند خاص بالوسائل البديلة لفض المنازعات: الصلح – التحكيم – الوساطة في ضوء مستجدات القانون رقم 08 – 05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية طبعة 2003. ص 22

795- فقد عرفته المادة 493 من مدونة التجارة بأنه "عقد بمقتضاه يتفق البنك مع زبونه على تقييد ديونهما المتبادلة في كشف وحيد على شكل أبواب دائنه ومدينه والتي بدمجها يمكن في كل حين استخراج رصيد مؤقت لفائدة أحد الأطراف".

796- ويطلق عليها كذلك الحسابات على الدفتر وهي حسابات تفتح لدى بنك أو مؤسسة الائتمان لهدف معين ولمدة معينة.

وإذا كان الحساب يفيد عموما إما جدول الديون والحقوق التي تكون لكل من الطرفين تجاه بعضهما البعض، وإما جرد الأصول والخصوم التي تحدد الوضعية المالية للمقاولة أو الفرد، فإن الحساب البنكي له معنى أعم من ذلك يشكل في صورته العادية أداة لتسوية العمليات التي تتم بين البنك وزبونه حيث يمكن لهذين الأخيرين استعمال هذه الأداة لوفاء ديونهما المتقابلة بكيفية تشبه عملية الوفاء بواسطة المقاصة**797**.

إلا أن ما يميزه عن بقية العقود البنكية كونه يشكل منطلقا لإبرامها، ووعاء لسريانها، إذ من النادر جدا أن تقدم أية مؤسسة بنكية على التعامل مع زبون لها دون أن تفتح له حسابا بنكيا بالإطلاع حتى لو كان هذا التعامل يندرج اساس في إطار توزيع الائتمان**798**.

والملاحظ عمليا أن الحساب البنكي لا يقتصر فقط على العلاقة المألوفة المتمثلة في فتح هذا الحساب لشخص طبيعي أو معنوي واحد من جهة، على فتح الزبون حساب بنكي واحد لدى نفس المؤسسة البنكية، ذلك أن الثابت عمليا أنه يمكن فتح حساب بنكي جماعي أو مشترك لعدة اشخاص بصرف النظر عن كونهم متساوين أو غير متساوين في الحقوق في هذا الحساب**799**، ويجد هذا التصرف سنده في مقتضيات المادة 490 من مدونة التجارة**800**.

وقد تدخل المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 12. 134 الذي نسخ وعوض المادة 503 من مدونة التجارة، بحيث خول فيه للبنك إمكانية وضع حد للحساب المدين لمدة سنة من تاريخ أخر عملية دائنة مقيدة، وذلك بعد إشعار الزبون بذلك في أخر عنوان أدلى به لوكالته البنكية، ولم يبادر هذا الأخير داخل الأجل 60 يوما بالتعبير عن نيته بالاحتفاظ بالحساب فإن هذا الأخير يعتبر مقفلا بانصرام الأجل**801**.

2) وسائل الأداء

يعتبر وضع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء والقيام بإدارتها من صميم عمل مؤسسات الائتمان**802**، وهي كما عرفها المشرع المغربي في القانون المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها في المادة 6 سواء في القانون البنكي القديم وكذلك القانون رقم 12. 103 الجديد " بجميع الأدوات التي تمكن أي شخص من تحويل أموال كيفما كانت الوسيلة أو الطريقة التقنية المستعملة "**803**. وهو نفس التعريف الذي أعطاه المشرع الفرنسي لوسائل الأداء**804**. في حين أضاف المشرع المغربي للمادة 6 من القانون رقم 12. 103 فقرة ثانية لتوسيع مفهوم وسائل الأداء ليشمل حتى النقود الالكترونية كما يلي " تعتبر وسائل الأداء جميع الأدوات التي تمكن أي شخص من تحويل أموال كيفما كانت الدعامة أو الطريقة التقنية المستعملة.

تعتبر كذلك وسيلة أداء النقود الالكترونية المعرفة كقيمة نقدية تمثل دينا على المصدر والتي تكون مخزنة في دعامة الكترونية، مصدرة مقابل تسليم أموال بمبلغ لا تقل قيمة على القيمة النقدية المصدرة، ومقبولة كوسيلة للأداء من قبل الأغيار غير الجهة المصدرة للنقود الالكترونية " والملاحظ أن هذا التعريف عو المناسب ما دام يشمل حتى النقود الالكترونية وعليه فوسائل الأداء منها

797- محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون البنكي والمقارن والاجتهاد القضائي ونشرات غرفة التجارة الدولية، ط 2 يناير 2001 مطبعة الجديدة الدار البيضاء ص 17.

798- محمد لفروجي، م. س. ص 86.

799- محمد لفروجي. م. س. ص 54.

800- جاء في المادة 490 من مدونة التجارة ما يلي " يمكن للمؤسسة البنكية فتح حسابات جماعية مع أو بدون تضامن ".

801- القانون رقم 12. 134 الذي نسخت وعوضت بمقتضاه أحكام المادة 503 من القانون رقم 95. 15 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 142. 14. 1 صادر في 25 شوال 1435 الموافق ل 22 أغسطس 2014، الجريدة الرسمية عدد 6290 بتاريخ 11 شتنبر 2014 ص 6810.

802- جاء في المادة 1 من القانون رقم 12. 103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها جاء فيه "تعتبر مؤسسات للائتمان الأشخاص المعنوية التي تزاول نشاطها في المغرب، أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في راس مالها أو مخصصاتها أو جنسية مسيريها، والتي تحترف بصفة اعتيادية نشاطا واحد أو أكثر من الأنشطة التالية:
- وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتدريبها "

803- المادة 6 من قانون 12. 103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها.

804- Le code monétaire et financier français art ;313 – 3 Définition des moyens de paiement « **sont considères comme moyens de paiement tout les instruments qui permettent a toute personne de transférer des fonds quelque sont le support ou procède technique utilisé** »

ISSN:2509-0291

ما هو تقليدي كالشيكات وأوامر التحويل، منها ما هو حديث كبطاقات السحب من البنوك مباشرة، أو من الموزعين الآليين، وكذا بطاقات الأداء التي تستخدم في سداد مبالغ السلع والخدمات لدى التجار المقبولين، وبطاقات الائتمان التي تمكن صاحبها – المستفيد من اعتماد لدى المؤسسة المصدرة – في القيام بمشتريات لدى المتاجر الكبرى، علما بأن بعض هذه البطاقات تؤدي أكثر من خدمة من الخدمات المذكورة.

II- إستثناء مجال تدخل الوسيط البنكي

استثنى المشرع المغربي خضوع بعض النزاعات المتعلقة بالنظام العام لنظام الوساطة الاتفاقية (1) ، طبقا لمقتضيات الفصل 56 – 327 من ق. م. م الذي يحيل على أحكام ق. ل. ع، بالإضافة إلى بعض المستثنيات الأخرى الواردة في نظام الوساطة البنكية، كالوسائل المتعلقة باستيفاء مستحقات البنوك (2) .

1) النزاعات المتعلقة بالنظام العام

اتخذ المشرع المغربي موقف التشريعات المقارنة في استثنائه المسائل المتعلقة بالنظام العام، من خضوعها للنظام التعاقدي للوساطة وذلك طبقا للأحكام الواردة في الفصل 56. 327 من ق. م. م والفصول من 1099 إلى 1104 من ظهير الالتزامات والعقود.

فقد جاء في الفصل 1100 من ق. ل. ع ما يلي " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكن يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية، أو على المنافع التي تنشأ عن الجريمة".

ولم يورد المشرع المغربي والمقارن أي تعريف للنظام العام، ولم يختلف الشراح في أمر ما كاختلافهم في تعريف النظام العام، من حيث مضمونه ونطاقه ومداه، ذلك أن هذا الأخير أثار جدلا فقهيا واسعا بين فقهاء القانون الوضعي، ومرد استعصاء هذه الفكرة عن التعريف والتحديد هو قابليتها للتغيير بحسب الأزمنة والأمكنة، كما أن مرونة هذه الفكرة تترك للقاضي حرية واسعة في تحديد مفهوم النظام العام بكيفية يخشى معها أحيانا أن يتخذ منها أساسا لاعتبار كل تصرف موافقا أو مخالفا للنظام العام تبعا لما إذا كان موافقا أو غير موافق لمنظوره في المسائل الاجتماعية والدينية**805**. وقواعد النظام العام بشكل عام هي تلك القواعد التي يعتبر قيامها ضروريا لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة.

2) المسائل المتعلقة باستيفاء مستحقات البنوك

استثنى ميثاق للوساطة البنكية القديم بشكل صريح، من نطاق تطبيقها المسائل المتعلقة باستيفاء مستحقات البنوك. ونعتقد أن هذا الاستثناء يطرح سؤالين اثنين، الأول يتعلق بالمقصود بمستحقات البنوك والثاني بالوسائل الخاصة باستيفاء مستحقات البنوك ؟ التي لا تدخل ضمن نطاق تطبيق الوساطة **806**.

لاشك أن البنك باعتباره تاجرا يستحق مقابلا للقيام بعمله فوائد وعمولات، والفائدة البنكية في الاصطلاح الاقتصادي، هي ثمن الخدمة البنكية، وهي الربح الذي يجنيه المقرض والذي يدفعه المدين مقابل استفادته من مبلغ الدين وحرمان الدائن من استغلال ماله لمصلحته وتنمية مشاريعه**807**، فإذا كانت الفائدة تعويض عن زمن ائتماني ف، فإذا كانت الفائدة تعويض عن زمن ائتماني فإن

805- أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء عين الشق، السنة الجامعية 2002 / 2003 ص 51.

- زكرياء الغزاوي، النظام العام وتأثيره على تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم عدد 5 – 2011 ط 1 ص 147.

- رفعت محمد عبد الحميد، مفهوم النظام العام وأثره في تنفيذ أحكام الأجنبية، العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية في 05 /03 / 2004 منشورات سلسلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 7 سنة 2005 ص 20 و 21.

806- زينبة بوجنة قراءة في ميثاق الوساطة البنكية م. س. ص 48.

807- حسن الحضري، الإطار القانوني والتنظيمي الفوائد البنكية، منشور مجلة المحاكم التجارية عدد 7 يناير 2011 ص 10.

العمولة تعويض عن الخدمة وبطبيعة الحال فإن تقديم الخدمات البنكية مثل توزيع الائتمان من صلب عمل البنوك التي تستخلص عن خدماتها عمولات، إلا ما قرره بنك المغرب من مجانية تخص بعض الخدمات**808**.

وتعتبر مسطرة الأمر بالأداء الأقرب من حيث مزية البساطة والسرعة لتحصيل ديون البنك، بحكم ما توفره من ضمانات إجرائية طبقا لمقتضيات الفصل 155 ق. م. م، والتي غالبا ما تتم في أجل قصير بحيث يلزم رئيس المحكمة الابتدائية بقبول الطلب وعلى الأمر بأداء الدين مع الصوائر.

وفي المغرب فنطاق الوساطة البنكية محدودة في النزاعات المرتبطة بالحساب، على خلاف ما عليه الأمر في تونس**809**، وفرنسا، بالإضافة إلى المملكة المتحدة التي يمكن للوسيط خلالها فض جميع النزاعات التي قد تقع بين البنك وزبونه**810**

ب – البيانات الواجب توفرها في كل من عقد وشروط الوساطة البنكية

بالرجوع إلى الفصل 327 – 57 من ق. م. م. يبين بأن الوساطة البنكية يمكن الولوج إليها، إما في شكل عقد أو شرط (1) ، وقد ألزم هذا الفصل أن تتوفر فيهما مجموعة من الشروط تتعلق أساس ببعض البيانات الواجب توفرها في شرط الوساطة أو عقد الوساطة (2)

1-البيانات الواجب توفرها في عقد الوساطة البنكية.

عرف المشرع المغربي في الفصل 65 – 327 ق. م. م عقد الوساطة بذلك العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ فيما بعد.

ويتخذ عقد الوساطة البنكية هذا الوصف نظرا لإبرامه بعد نشوء النزاع، وبالتالي تسري عليه كقاعدة عامة القواعد المنظمة للعقود بالإضافة إلى المقتضيات الخاصة بالعقد الواردة في ق. م. م فيشترط في عقد الوساطة البنكية ما يلي:

أولا – باستقراء مقتضيات الفصل 62 من ق. ل ع يتضح أن إبرام اتفاق الوساطة البنكية يستوجب بالضرورة عدم مخالفة لمقتضيات هذا الفصل، والذي ينص على أن الالتزام الذي لا سبب له، والذي ينبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن.

بمعنى أن سبب الالتزام يجب أن يكون موجودا من أي أثر، وتجدر الإشارة إلى أنه نادرا ما تتحقق في الواقع فرضية افتقاد السبب**811**.

ثانيا – يلتزم لانعقاد عقد الوساطة البنكية تحديد موضوع النزاع، ويكتسي هذا المقتضى أهمية كبيرة، إذ الغاية من تحديد موضوع النزاع هي تبيان ما إذا كان هذا الأخير يدخل ضمن نطاق القضايا التي جوز فيها الصلح، على أساس أن الوساطة البنكية لا يجوز

808- وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى منشور والي بنك المغرب بتاريخ 03 /2010/05 تحت رقم 01 /G/ 10 طبقا لقرار لجنة مؤسسات الائتمان المنعقد بتاريخ 2010/06/04 والتي حددت لائحة الخدمات البنكية الأدنى المقدمة إلى الزبناء بشكل مجاني وهي على الشكل التالي: - 1) عمليات فتح الحساب – 2)منح دفتر الشيكات – 3) فتح حساب على الدفتر – 4) توظيف الأجر – 5) طلب شهادة فتح الحساب – 6) إيداع مبلغ مالي – 7) إعفاء عملية إيداع الأموال من الرسم الضريبي – 8) إعفاء عمليات سحب الأموال من الرسم الضريبي ما عدا الشيك – 9) سحب الأموال بواسطة الحساب على الدفتر – 10) السحب عن طريق البطاقة البنكية – 11) تحويل الأمر بالأداء في نفس المؤسسة البنكية – 12) استقبال الحوالة البنكية – 13) إرسال كشف الحساب – 14) افتحاص كشف الحساب بواسطة الشباك الأوتوماتيكي – 15) تغيير المعلومات والبيانات الخاصة بصاحب الحساب (عنوان – مهنة – 16) إغلاق الحساب.

809- القانون التونسي عدد 190 لسنة 2006 المؤرخ في 2 ماي 2006 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 65 لسنة 2001، المؤرخ في 10 يوليوز 2001، المتعلق بمؤسسات القرض الذي ارسى مبدأ عاما للتسوية الرضائية للخلافات من خلال تنصيصه في الفصل 31 فقرة 4 على وجوب إحداث خطة موفق مصرفي لدى كل مؤسسة قرض يعهد إليه بالنظر في الشكاوى الصادرة عن حرفائها.

médiation http://www.osb.tn/ يوم 2024/08/20 على الساعة 18:30 دقيقة.

810 MADIHA ZIYADI. la médiation dans le monde des affaires au Maroc. , thése d'obltention de master , en droit des relations d'affaires université hassan 1, faculté des sciences juridiques et Economiques et sociales settat . Année universitaire 2010/2011. page 119.

811- ما مون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، مصادر الالتزام الجزء الأول، ط 1970 مطابع دار القلم بيروت، ص 206.

إلا فيما يجوز فيه الصلح**812**، كما أن تحديد موضوع النزاع يجعل سلطة الوسيط محددة في هذا الموضوع ولا تتعداه إلى نزاع أخر للأطراف الحق في اللجوء بسببه إلى القضاء، ولا يواجهون بعدم القبول لوجود اتفاق الوساطة**813**.

بالإضافة إلى ذلك فإن تحديد موضوع النزاع هو بحد ذاته تحديد لمحل الوساطة البنكية، وبانعدام المحل يكون العقد كأن لم يكن خصوصا وأن بعض الفقه**814**يرى أن الفصل 58 من ق. ل. ع **815**عند كلامه عن تعيين محل الالتزام (الشيء محل الالتزام) هو ذو مدلول واسع إذ تشمل مقتضياته كل ما يمكن أن يكون محلا للالتزام من شيء أو عمل أو امتناع عن عمل وإذا كان محله عملا أو امتناع عن عمل فإنه يجب تعيين طبيعة هذا العمل.

ثالثا – تعيين الوسيط أو التنصيص على طريقة تعيينه: يكتسي تعيين الوسيط طابع الإلزام وذلك لما لهذا الأمر من أهمية في إتمام حلقة هذا العقد.

فالمشرع ترك المجال للأطراف في إختيار الوسيط وذلك بالتنصيص على إلزامية تعيين الوسيط، أو طريقة تعيينه فيمكن أن يتم تعيين هذا الوسيط بذكر اسمه، أو صفته كما يمكن أن تتم الاحالة إلى نظام مؤسسة الوساطة في تحديد طريقة تعيين الوسيط والذي بدوره يتوفر على إمكانية رفض المهمة المسندة إليه من قبل الأطراف**816**.

2- مقومات شرط الوساطة البنكية

الأصل في التصرفات أن تكون ناجزة أي تبرم بصيغة غير مضافة للمستقبل ولا معلقة على شرط**817**، غير أن هذا الوضع لا يناسب الوساطة الاتفاقية ما دام النزاع ليس هو القاعدة في المعاملات البنكية، إذ الأصل أن تتم المعاملة دون نزاع، وقد عرف المشرع المغربي الشرط فالفصل 107 من ق. ل. ع كما يلي " بأنه تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوف إما وجود الالتزام أو زواله ".

لذلك، اشترط المشرع المغربي في شرط الوساطة فضلا عن شكلية الكتابة أن يتم تضمين هذا الشرط في العقد الأصلي كعقد فتح الحساب البنكي، أو كعقد القرض الممنوح من مؤسسات الائتمان أو في وثيقة تحيل إليه بشكل ليس فيه لبس، تحت طائلة البطلان، وأن يتضمن كذلك تعيين الوسيط أو الوسطاء أو التنصيص على طريقة تعيينهم**818**.

والملاحظ أن المشرع على خلاف ما أوجبه في عقد الوساطة البنكية لم يشترط في شرط الوساطة أن يتضمن موضوع النزاع ويرجع ذلك إلى أن النزاع لم يكن قد نشأ بعد، إنما هو محتمل الوقوع لذلك يكون من الصعب تحديد موضوع النزاع المحتمل الوقوع في العقد الأصلي**819**.

812- محمد أطويف م. س. ص 32.

813- إيمان أزناي، الحلول البديلة لفض المنازعات التجارية – الوساطة الاتفاقية كنموذج رسالة لنيل دبلوم الماستر جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – السويسي – الرباط 2009 /2010.. ص 50.

814- عبد الحق الصافي، م. س. ص 77 و 78.

815- مقتضيات الفصل 58 من ق. ل. ع والذي جاء فيه "الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معينا على الأقل بالنسبة إلى نوعه. ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلا للتحديد فيما بعد ".

816- محمد أطويف م. س. ص 51.

817- المختار بن أحمد العطار، الوسيط في القانون المدني، أوصاف الالتزام وانتقاله، إثباته، اثاره ن انقضاؤه، الطبعة 1 سنة 2003 ص 13.

818- ينص الفصل 327 – 62 من قانون 05. 08 على أنه " يجب تحت طائلة البطلان أن يحرر شرط الوساطة كتابة في الاتفاق الأصلي، أو في وثيقة تحيل إليه ويجب تحت طائلة البطلان أن يتضمن شرط الوساطة تعيين الوسيط أو التنصيص على طريقة تعيينهم ".

819- محمد أطويف م. س. ص 33.

ثانيا – الشروط الواجب توفرها في الوسيط البنكي

لم ينص المشرع المغربي على الشروط الواجب توفرها في الوسيط، أو الجهة المكلفة بالوساطة، مقتصرا في إطار الفصل 327 – 64 من ق. م. م على ما يلي " يعهد بالوساطة إلى شخص طبيعي أو معنوي ". على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص على أن إختيار الوسيط يكون بالنظر لكفاءته وتجرده طبقا لمقتضيات الفصل 312 – 1 من القانون الفرنسي**820**M.U.R.C.E.F .

ورغم القصور فإن شخص الوسيط هو اساس عملية الوساطة ن ولا شك في أن الدور الذي يقوم به الوسيط في مسار الوساطة يعتبر جوهريا**821** وعليه أن يقوم بهذه العملية عندما يجد في نفسه الكفاءة الضرورية التي من شأنها أن ترقى إلى توقعات أطراف النزاع**822**، إذ يساهم في تسيير الحوار بين الأطراف المتنازعة، وإعادة الثقة بينهم وتبصيرهم بالإشكالات المتعلقة بالنزاع ومساعدتهم على إيجاد الحل المناسب لهم**823** لذلك فأهم ما يمكن أن نتطرق إليه في هذه النقطة هي الشروط الواجب توفرها في الوسيط (أ) والشروط الخاصة بممارسة مهمة الوسيط البنكي (ب).

أ – الشروط العامة الواجب توفرها في الوسيط

ترجع عمومية هذه الشروط لكونها تجد مصدرها في قانون المسطرة المدنية الذي ينظم الوساطة الاتفاقية بغض النظر عن صفتها والقطاع المعني بها.

وينص الفصل 67. 327 على أنه " يعهد بالوساطة إلى شخص طبيعي أو معنوي. ويلاحظ من خلال هذا الفصل أن المشرع المغربي لم يورد أي قيد أو شرط أخر على الشخصية القانونية للوسيط مما يطرح إشكالا بخصوص سكوت المشرع عن الشروط الواجب توفرها في شخص الوسيط كالأهلية، على خلاف ما عليه الأمر بالنسبة للمحكم طبقا لمقتضيات الفصل 320 من ق. م. م **824**، أيضا على خلاف تنظيمه لالتزام كل من المحكم والوسيط بالسر المهني (الفصل 326) من ق. م. م بالنسبة للمحكم والفصل 67. 327 بالنسبة للوسيط).أما بخصوص الشخص المعنوي فإن صفته هذه تفرض سلوك مجموعة من المساطر من خلالها يكتسب هذه الصفة، ومن ثمة الأهلية مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف الإجراءات حسب كل نظام قانوني، بحيث تختلف إجراءات اكتساب الشركة للشخصية المعنوية**825**، عن الجمعيات التي تشكل في الغالب الإطار القانوني لممارسة الوساطة**826**، وكذلك أشخاص القانون العام الذين تخول لهم هذه الصفة بموجب القانون.

820- A article 312 – 1 « les médiateurs sont choisis au raison de leur compétence et de leur impartialité » code monétaire et financier français.

821- بنسالم أوديجا، م. س. ص 103.

822- محمد أطويف م. س. ص 45.

823- الميلودي العابد العمراني – الوساطة الجنائية في التشريع الفرنسي والتونسي نموذجا، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم عدد 6 – 2012 ص 46.

824- ينص الفصل 320 ق. م. م " لا يمكن إسناد مهمة المحكم إلا إلى شخص ذاتي كامل الأهلية لم يسبق أن صدر عليه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أفعال تخل بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآداب العامة أو بالحرمان من أهلية ممارسة التجارة أو حق من حقوقه المدنية.

إذا عين في الاتفاق شخص معنوي، فإن هذا الشخص لا يتمتع سوى بصلاحية تنظيم التحكيم وضمان حسن سيره".

825- تتشكل إجراءات تأسيس الشركة التجارية من مرحلة وضع الأنظمة الأساسية، والتي نصت عليها المادة 17 من القانون 95. 17 والمادة 50 من القانون 5.96، ومرحلة تحرير الأسهم وتقديم الحصص للشخص المعنوي في طور التأسيس وكذلك مرحلة الإشهار بالقيد في السجل التجاري، والذي تكتسب به الشخصية المعنوية، طبقا للمادة 31 من القانون 97. 17 والمادة 50 من القانون 5.96 وما بعدها.

826- تتخلص إجراءات اكتساب الجمعية للشخصية المعنوية في ما يلي: طبقا لمقتضيات المادة 5 من ظهير الحريات العامة والتي تنص على ضرورة تقديم تصريح إلى السلطات المحلية الكائن بها مقر الجمعية لاكتساب الشخصية المعنوية، ويجب أن تسلم السلطة الوصل بعد استيفاء التصريح للإجراءات المتطلبة فيه وجوبا داخل أجل أقصاه 60 يوما، والملاحظ أن الشخصية المعنوية لا تتوقف على ضرورة الحصول على التوصل ن إذ تعتبر الجمعية مؤسسة بطريقة قانونية في حالة عدم تسليم التوصيل داخل أجل 60 يوما ويمكن لها أن تمارس نشاطها.

- الظهير الشريف رقم 376. 58. 1 الصادر في 15 نونبر 1958 المتعلق بتنظيم حق تأسيس الجمعيات، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2404 مكرر بتاريخ 27 نونبر 1958 ص 2849 المغير بموجب الظهير الشريف بمثابة القانون رقم 283. 73. 1 الصادر في 10 أبريل 1973 والمغير بموجب القانون رقم 00. 75 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 206. 02. 1 بتاريخ 23 يوليوز 2002 المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5046 بتاريخ في 10 أكتوبر 2002 ص 2892.

والملاحظ أن المشرع التونسي بدوره وإن كان لم يشر إلى هذا الشرط، إلا أنه اشترط فضلا عن الشخصية القانونية للشخص الذاتي أو المعنوي، مجموعة من الشروط طبقا لمقتضيات الفصل الثاني من الأمر الرئاسي التونسي المحدد لشروط ممارسة نشاط الوسيط البنكي827، والذي نص على إمكانية ممارسة مهمة الوسيط البنكي (التوفيق المصرفي) من قبل شخص طبيعي أو معنوي ويلزم أن تتوفر في الأشخاص الطبيعيين مجموعة من الشروط حتى لو مارسوا في إطار الشخص المعنوي منها أن يكون الوسيط البنكي من ذوي الجنسية التونسية، وهو ما يؤكد في اعتقادنا ارتباط العمليات التي تكون موضوع الوساطة البنكية بالنظام العام للدولة.

وعليه فإن اتفاق الأطراف على عرض النزاع على مركز الوساطة البنكية في نزاعها لا يؤدي إلى بطلان اتفاقهما، وإنما تكون لهذا المركز سلطة تنظيم الوساطة والإشراف عليها فقط بعد أن تسندها إلى شخص طبيعي828.

ب- الشروط الخاصة بممارسة مهمة الوسيط البنكي

تستلزم ممارسة مهمة الوسيط البنكي توفره على مجموعة من الشروط التي تؤهله لممارسة مهمته في أحسن الظروف، فهو ملزم بكتمان أسرار (I) الأطراف التي يطلع عليها، ويلتزم بالحياد (II) في جميع مراحل المسطرة بين الأطراف، فضلا عن استقلالية في اتخاذ القرار(III) ، كما يلزم أن يكون كفؤا ()، وهذه الشروط تفرضها ضرورة شفافية مسطرة الوساطة البنكية، وتقوية الثقة فيها باعتبارها ذلك البديل المعاصر للقضاء، بحيث أن أول ما يأخذه الفرد في اعتباره لاختيار الوسيط هو مدى ضبط الوسيط لنوعيه النزاع، ومدى تمتعه بأعلى الضمانات التي تجعل الطرف الأخر لا يعترض على الوساطة ككل أو على طريقة تعيين الوسيط.

I الالتزام بالسر المهني

حظي التزام الوسيط باحترام السر المهني باهتمام المشرع طبقا لمقتضيات الفصل 66 – 327 من ق. م. م وذلك تحت طائلة العقوبة المنصوص عليها في الفصل 446 من القانون الجنائي829. دون الحاجة إلى الإحالة الصريحة بالنسبة للوساطة البنكية، كما يرى بعض الباحثين830، وذلك في اعتقادنا أن ق. م. م هو الإطار القانوني الواجب التطبيق على الوساطة البنكية.

وقد أكد هذا الالتزام ميثاق الوساطة البنكية وكذلك نظام الوساطة البنكية لدى المركز المغربي للوساطة البنكية طبقا للفصل 27 منه، بحيث ألزم الوسيط وهو يؤدي مهامه بالسر المهني وواجب التحفظ، ومع عليه أن يفشي المعلومات أو الوقائع السرية المتعلقة بالشؤون التي يختص فيها أو التي وصلت إلى عمله من جراء مهامه. وتبرز مجموعة من الأنظمة القانونية أهمية خاصية السرية بكون الوساطة البنكية تتأسس أساسا على السرية بحيث تسعى البنوك إلى الحفاظ على سمعتها ومكانتها في السوق831.

وأمام إغفال المشرع المغربي في القانون رقم 05 – 08 ونظام الوساطة البنكية على حد سواء لمسؤولية أحد الأطراف في حالة كشف أحدهم عن الملاحظات والتصاريح المجراة في إطار الوساطة، يمكننا الرجوع في شأن ذلك إلى المقتضيات العامة الواردة في الفصل 77 من ق. ل. ع، حيث أن الطرف المخل بمبدأ السرية يسأل مدنيا عن ذلك إذا الحق الضرر بالطرف الأخر، وبالتالي يلتزم بالتعويض832.

827- الأمر الرئاسي التونسي رقم 1881 /2006 الصادر في 10 يوليوز 2006 المتعلق بتحديد شروط ممارسة نشاط الوسيط البنكي، المنشور بالرائد الرسمي رقم 56 ليوم 2006/07/14 صفحة 1861.

828- حسين عبد الله عبد لعزيز النجار، البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية والتجارية التحكيم والوساطة والتوفيق – دراسة مقارنة -، حسين عبد الله عبد لعزيز النجار، مطبعة النجار الجديدة ط 1. سنة 2014.. ص 220.

829- جاء في المادة 446 من القانون الجنائي المغربي، ما يلي " الأطباء والجراحون وملاحظو الصحة، وكذلك الصيادلة والمولدات وكل شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار ن بحكم مهنته أو وظيفته، الدائمة أو المؤقتة إذا أودع لديه، وذلك في غير الأحوال التي يجيز له فيها أو يوجب عليه فيها التبليغ عنه، يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من ألف ومائتين إلى عشرين ألف درهم ".

830- زينبة بوجنة، قراءة في ميثاق الوساطة البنكية على ضوء قانون 05 – 08 م. س. ص 64

831- Madiha ZIYADI. La médiation dans le monde des affaires au Maroc op.cit page 86.

832- محمد أطويف م. س. ص 31.

ومراعاة لخصوصيات المتنازعين فإنه يتعين على الوسيط المحافظة على مجريات المسطرة وما يتم خلالها من تبادل للوثائق والطلبات سرا ما لم يسمح له بذلك طرفا النزاع صراحة من نشر أو نحو ذلك أو يقوم بذلك تنفيذا للقانون**833**.

I.التزام الحياد

يقصد بواجب الحياد أن يقف الغير المكلف بحل النزاع على مسافة واحدة بين المتنازعين، ويراعي مبدأ المساواة بينهم وعلى هذا الغير أن يتجنب أي شيء من شأنه أن يخل بمبدأ الحياد، لأن أي إخلال من شأنه أن يجعله منحازا إلى أحد الأطراف، وبالتالي تنتفي عنه صفة الحياد والنزاهة**834**.

ويقصد بالحياد أيضا أن دور الوسيط ينحصر في تسيير مفاوضات الوساطة والتقريب بين وجهات نظر الأطراف المتنازعة دون إجبار أحدهما على القبول بحل معين ويعني أيضا أن الوسيط يجب أن يبتعد عن إصدار أحكام أو تقديم النصح المهني أو القانوني لأحد أطراف النزاع، كما شرط الحياد يقتضي أيضا عدم مشاركة الوسيط في أية وساطة تهم نزاعا قد تم في إطار تقديم المشورة المهنية أو القانونية لأحد إطرافها **835**، كما يفرض الحياد على الوسيط البنكي ألا تكون له مصلحة في النزاع، وهو ما يفرض على الأطراف قبل تعيين الوسيط التأكد من غياب اي مصلحة له في النزاع، وهذا الفحص يتم عن طريق تحليل سيرته الذاتية، والتي تظهر ما إذا كانت هناك إمكانية للتوصل بين الوسيط والأطراف، كما أن هذا الفحص يضفي نوعا من الشفافية على العلاقة بين الوسيط والطرفين، وقد يتم التأكد من انعدام هذه المصلحة بالسؤال المباشر للوسيط أو الاعتراف بذلك من تلقاء نفسه، في ظل عدم اعتماد إليه التوقيع على وثيقة الاستقلالية والحياد المعمول بها في بعض الأنظمة. وفي كافة الأحوال تبقى إرادة الأطراف هي الفيصل في ذلك، إذ قد يتوصل الأطراف إلى وجود مصلحة للوسيط في النزاع ورغم ذلك يقبلانه كوسيط**836**.

وعليه يتعين على الوسيط أن يقوم بقيادة وتحريك عملية الوساطة بجدية تامة، فإن لم يتمكن من تحقيق ذلك فإن عليه الانسحاب في اي مرحلة من مراحل الوساطة تسبيق صدور القرار النهائي**837**.

II.إلتزام الاستقلالية

يقصد باستقلالية الوسيط انتفاء أي صلة أو مصلحة للغير بالوسيط المكلف بحل النزاع، ولا بد أن تكون هذه الاستقلالية مطلقة، مسايرة للإجراءات في انتظار الوصول إلى الحل النهائي للنزاع، وبالتالي فكل شخص يتم اختياره كوسيط لابد أن تنتفي عنه أية صلة أو مصلحة بموضوع النزاع، سواء كانت هذه الصلة أو المصلحة مادية أو معنوية، مباشرة أو غير مباشرة ن لأن وجود مصلحة بينهم وبين أحد أطراف النزاع من شأنه أن يفقد الاستقلالية والحياد، ما دام أن شرط الحياد كما سلف الذكر مرتبط ومتداخل مع شرط الاستقلالية.

ومن أجل ضمان هذه الاستقلالية يتعين على الوسيط البنكي أن لا يقبل تعليمات صادرة عن أي من الأطراف، أو قبول الامتيازات، أو تلقي الهدايا من الزبناء أو من البنوك، ويجب عليه كذلك أن يحرص على ألا يطلب أو يقبل أهلة (الوسيط) هدايا من أهل أو أحد أقارب المشتكين أو من البنك الطرف في النزاع.

833- محمد إبراهيم أبو الهيجاء التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة – التوفيق – التحكيم – المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط 1431 – 2010 م. ط. 2 ص 32 – 33.

834- علاء اباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2008 1 ص 118 .

835- الميلودي العابد العمراني، الوساطة الجنائية في التشريع الفرنسي والتونسي نموذجا. م. س. ص 48.

836- Mohammed OUZEROUAL ;Comment choisir un médiateur les critères clés a prendre en compte dans le choix d'un médiateur op. cit. page 117.

837- محمد إبراهيم أبو الهجاء، التحكيم الالكتروني الوسائل الالكترونية لفض المنازعات – الوساطة والتوفيق والتحكيم – المفاوضات المباشرة. دار الثقافة للنشر والتوزيع 1431 هـ 2010 ط. 2 ص 31.

ISSN:2509-0291

والملاحظ أن المشرع الفرنسي نص صراحة على هذا الشرط في الوسيط البنكي وإذ ألزم أن يكون مستقلا عن البنك ولا تربطه به علاقة شغل أو مساهمة أو شركة أو توكيل أو أي علاقة ارتباط أخرى بمؤسسة القرض838.

وعليه يتعين على الوسيط أن يكون واضحا وصريحا مع الأطراف، ومن ذلك أن يعلن لهم عن أية مصالح فعلية محتملة له من النزاع، أو مع أي من طرفي النزاع، بل إن عليه ابتداء رفض طلب تعيينه كوسيط إذا ما توفرت له أية مصلحة في النزاع، ما لم يمانع طرفا النزاع في تعيينه كوسيط بعد الإعلان عن مصالحه المحتملة في النزاع 839.

III.الكفاءة

يعتبر الوسيط محور الوساطة البنكية، لذلك فإن اختياره ليس بالسهل ما دام يتوقف عليه نجاح أو فشل مسطرة التسوية بشكل كامل، وبالتالي تعد كفاءته وخبرته أهم كفيل لتحقيق أهداف الوساطة والمتمثلة غي إنهاء النزاع ويفترض في الوسيط إلمامه بجوهر النزاع، وأيضا نقل ما يتلقاه من كل طرف على إنفراد إلى الطرف الأخر بأمانه ونزاهة واحترافية840، ذلك أن الفرد وهو يسعى إلى الوساطة لا يمكنه أن يجازف بدون ضمانة ويشكل المهني إحدى هذه الضمانات لما يتوفر عليه من تكوين وخبرة إلا أن اختيار الوسيط الكفء يجب ألا يخضع لمعيار واحد، بل يجب البحث عن تضافر مجموعة من الشروط، منها طبيعة تكوينه، والخضوع لدورات تكوينية بقصد تحيين معارفه، بحيث إن معرفة تكوين الوسيط يعطي للأطراف ضمانة حول حقيقة الوسيط، ومدى توفره على آليات فض النزاع841.

الفقرة الثانية: الشروط الإجرائية للوساطة البنكية

تتسم مسطرة الوساطة البنكية بالبساطة في حل الخلاف بين البنك وزبونه بعيدا إجراءات الدعوى القضائية ومساطرها وعلانيتها، فإذا كانت هذه الخصوصية في مجال فض المنازعات البنكية ليست وليدة، إذ أنها تميز حتى بعض المساطر الحبية التي كانت معروفة قبلها اللجوء إلى القضاء، لكن هذه الخصوصية تظهر في إطارها بشكل جلي غير أن المقصود من هذه الإجراءات ليس شكلية المسطرة (أولا) بالدرجة الأولى ن لكن القصد منها تنويع اساليب وإمكانيات الوصول للحل(ثانيا).

أولا – الشروط الإجرائية القبلية للوساطة البنكية

تتوقف إحالة النزاع على الوساطة البنكية على مجموعة من الشروط منها أن النزاع يجب أن يكون قد عرض مسبقا على المصالح الداخلية للبنك الطرف في النزاع،(أ)وألا يكون موضوع الوساطة قد فصل فيه مسبقا بحكم قضائي أو تنفيذي. (ب)

أ – عرض النزاع على المصالح الداخلية للبنك

إذا كان الأصل ومن الناحية العملية أن تتم إحالة النزاع بموجب شكاية يتقدم بها الزبون لدى مصلحة الزبناء بوكالته البنكية وقبل إحالة النزاع إلى القضاء الرسمي، أو أحد الطرق البديلة حسب اتفاق الأطراف بشكل عام، والوساطة البنكية بشكل خاص، وذلك لما لهذه المرحلة من أهمية في حل مجموعة من الإشكالات البسيطة التي قد تكون نتاج سوء فهم أو خطأ مادي ن لا يرقى إلى مستوى شغل البنك والزبون أنفسهم بعرضه على القضاء وما يترتب على ذلك من تكاليف باهظة، غير أنه حتى على فرض أن النزاع ذو قيمة مادية كبيرة فإن هذه المرحلة من الأهمية بمكان قبل عرض النزاع على المصالح المختصة.

838- ART. 4.- « LL interdit aux établissements de crédit de désigner les médiateurs bancaires parmi les personnes avec lesquelles ils sont liés par une relation de travail ou par tout autre lien au sens de l'article 23 de la loi n°2001 – 65 susvisée. »Décret n°2006 – 1881 du 10 juillet 2006 / fixant les conditions de l'activité de médiateur bancaire: journal officiel de la république tunisienne N°56 page 1861.

839- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، محمد إبراهيم أبو الهيجاء التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة – التوفيق – التحكيم – المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط 1431 – 2010.. ص 32.

840- بنسالم أوديجا. م. س. ص 108.

841- Mohammed Ouzeroual ;comment choisir un médiateur ? les critéres clés a prendre en compte dans la choix d'un médiateur. op. cit page 117.

ورغم أن هذه الإجراءات تختلف من بنك لأخر ومن نزاع لأخر حيث يتم كمرحلة أولية إحالة ملف الزبون على قسم المنازعات من أجل تدارس كيفية استيفائه **842** وهو الأمر الذي يفرض ضرورة توحيد هذه الآلية، هيكلتها وتقويتها بحكم أهمية هذه المرحلة في مصير النزاع، وهو توجه المشرع المغربي من خلال القانون الجديد رقم 103 – 12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها**843**.

وعمليا فإن البنوك تلجأ إلى مجموعة من الوسائل قصد إقناع الزبون بضرورة تسوية النزاع في هذه الفترة ومنها الإنذارات المتكررة أو إعطائه مهلة لتسوية وضعيته إذا كانت نتيجة ظروف عابرة، ويتكلف قسم خاص بالمخالصة وهو قسم الاستيفاء service de recouvrement الذي من مهامه فتح ملف متكامل للزبون ومحاولة الدخول معه في مفاوضات بغرض تصفية النزاع مع بنكه، إما بطريقة ودية أو الدخول في وساطة وربما الدخول في نزاع قضائي ينتهي بحكم يلزم أحدهما بتنفيذ مقتضياته**844**.

ب- عدم سبقية البث في نفس النزاع

بعد هذا الشرط من باب تحصيل الحاصل، إذ كيف يمكن أن يعرض نزاع على وسيط والحال أنه قد فصل فيه بحكم قضائي أو تنفيذي ؟ وإلا أصبحت الوساطة آلية لتدويم النزاعات، وضرب لحجية الأمر المقتضي به ولسلطة القضاء، غير أنه يمكن أن يتم ذلك للطعن من طرف من له المصلحة في بطلان اتفاق الوساطة أو الصلح الناتج عنها طبقا لمقتضيات الفصل 1111 من ق. ل. ع **845**.

وعليه فإنه يشترط ألا يكون النزاع قد عرض على القضاء أو على التحكيم، فإن كان النزاع قد عرض على القضاء، فإن ذلك يحول دون إمكانية اللجوء إلى الوساطة البنكية، إلا في حالة تحرير محضر بذلك يؤدي إلى وقف المسطرة القضائية**846** وعرض النزاع على مسطرة الوساطة**847**.

ويترتب على ذلك أنه في حالة خرق هذا الشرط فإن المحكمة تصرح بعدم قبول الدعوى إلى حين استفاد مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة **848**.

842- رشيد بوصواب، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات البنكية التحكيم والصلح نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش السنة الجامعية 2009 – 2010 ص 92.

843- جاء في المادة 157 القانون رقم 12. 103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها ما يلي: "يجب على مؤسسات الائتمان أن تتوفر على نظام داخلي يتلاءم مع حجمها وبنيتها وطبيعة أنشطتها يمكن من معالجة فعالة وشفافة للشكايات المرفوعة إليها من طرف عملائها.

ويتم تحديد كيفية معالجة الشكايات بمنشور يصدره والي بنك المغرب، بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان ".

844- خالد الوردي ، "خصوصيات الصلح و التسوية الودية في العمل البنكي"، شركة بابل للطباعة و النشر و التوزيع، الرباط، الطبعة الأولى 2001. ص 29.

845- جاء في الفصل 1111 من ق. ل. ع ما يلي: " يجوز الطعن في الصلح:

أولا: بسبب الإكراه أو التدليس

ثانيا – بسبب غظ مادي وقع في شخص المتعاقد الأخر، أو في صفته أو في الشيء الذي كان محلا للنزاع

ثالثا – الانتفاء السبب إذا كان الصلح قد أجري: أ)على سند مزور، ب) على سبب غير موجود، ج) على نازلة سبق فصلها بمقتضى صلح صحيح أو حكم غير قابل للاستئناف أو للمراجعة كان الطرفان أو أحدهما يجهل وجوده.

ولا يجوز في الحالات السابقة، التمسك بالبطلان، إلا للمتعاقد الذي كان حسن النية ".

846- الفصل 57 – 327 من قانون المسطرة المدنية الفقرة 3... " يمكن إبرامه في أثناء مسطرة جارية أمام المحكمة وفي هذه الحالة يرفع يرجع إلى علم المحكمة داخل أقرا الآجال ويترتب عليه وقف المسطرة ".

847- مع الأخذ بعين الاعتبار حق الأشخاص باللجوء إلى القضاء المقرر في الدستور والمواثيق الدولية.

848- جاء في الفصل 327 – 64 من ق. م. م ما يلي " يجب على المحكمة المحال إليها نزاع في مسالة إبرام الأطراف في شأنها إتفاق وساطة وفقا لمقتضيات هذا الفرع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاذ مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة.

ISSN:2509-0291

ثانيا – الشروط الإجرائية لتنفيذ الوساطة البنكية

يشكل عرض النزاع على الوسيط أحد المراحل الأساسية والضرورية في مسلسل الوساطة البنكية، و اشترط الميثاق البنكي مجموعة من الشروط الشكلية ليعرض النزاع على الوسيط (أ)، كما خوله سلطة هامة ولم يقيده بإجراءات خاصة في سبيل تحقيق الدعوى (ب)

أ – الشروط الإجرائية لعرض النزاع على الوسيط

تعد مرحلة عرض النزاع على الوسيط البنكي أولى المراحل في مسطرة الوساطة البنكية، إذ لا تقل أهمية عن باقي مراحل هذه المسطرة على اعتبار أن هذه المرحلة تعتبر مقدمة لدراسة النزاع**849**، بحيث ألزم المشرع أن تكون هذه المسطرة كتابية (I)، مع ضرورة إعفاء البنك من الالتزام بالسر البنكي لأغراض الوساطة (II) .

I – شرط الكتابة

ألزم المشرع المغربي أن يكون اتفاق الوساطة البنكية كتابة طبقا لمقتضيات الفصل 58 – 327 من قانون المسطرة المدنية، إما في شكل عقد رسمي **850** أو

عرفي**851** أو بموجب محضر يحرر أمام المحكمة**852**.

وقد استدرك المشرع واعتبر في حكم الكتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسالة متبادلة أو اتصال بالتلكس، أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال تثبت وجوده، أو حتى مذكرات الطلب والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق الوساطة دون أن ينازعه الطرف الأخر في ذلك**853**.

ويمكن اعتبار الإحالة من عقد إلى وثيقة تتضمن شرط الوساطة بمثابة اتفاق الوساطة، شريطة أن يكون العقد قد ابرم كتابة ولا يكون هناك التباس في هذه الحالة، وهو ما أكده الفصل 20 من ميثاق للوساطة البنكية الذي جاء فيه " يكون اللجوء إلى الوساطة كتابيا وجوبا إما برسالة موصى بها (مضمونة) مع اعتراف بالتوصل أو بإيداعه مقابل وصل مباشرة لدى مصالح الوسيط".

وللوقوف على مدى جدية الزبون في عرضه شكايته ألزم نظام الوساطة في فصله السادس أن تحدد الشكاية الموجهة إلى الوسيط موضوع النزاع بشكل واضح، وأن يدعم ذلك بالوثائق الكافية والمعلومات الضرورية لدراسة الموضوع إلى جانب الحل الأصلي الذي يقترحه البنك، ويبقى للوسيط الحق في مطالبة البنك والزبون بتزويده بكافة الوثائق والمعلومات اللازمة والضرورية لدراسة النزاع**854**، ونلاحظ كما ذهب إلى ذلك بعض الباحثين**855**، أن المشرع لم يترك أي مجال لإبرام اتفاق الوساطة شفويا مع العلم أن هذا الأخير حسب مقتضيات الفصل 56 – 327 ق. م. عرفه باعتباره عقدا، وحسب ما هو معلوم فإن التعبير عن الإرادة يمكن أن يتم بأكثر من وسيلة لا فرق في ذلك بين أن تكون هذه الوسيلة لفظية أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة.

849- نزهة الباهي، العادات والأعراف البنكية وحماية حقوق الزبناء – رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الموسم الجامعي 2009 /2010.. ص 112.

850- جاء الفصل 418 من ق. ل. ع ما يلي " الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية الوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون.

وتكون أوراق رسمية أيضا:

1- الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم

2- الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون على الوقائع التي تثبتها.

851- جاء في الفصل 424 من ق. ل. ع ما يلي " الورقة العرفية المعترف بها مما يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419 و 420 عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد".

852- وتكون هذه الحالة عندما يكون النزاع قد عرض على المحكمة أو الهيئة التحكيمية.

853- الفقرة الثانية من الفصل 58 – 327.

854- نزهة الباهي، م. س. ص 110.

855- علي إدريسي حسيني، عبد الحميد كميرو. م. س. ص 24 – 25.

II- إعفاء البنك من الالتزام بالسر المهني

إذا كان المشرع المغربي لم يحدد مفهوم السر المهني، فإنه جعله يتعلق بالمعلومات الخاصة بالزبون لاسيما المعلومات المحددة بدقة والمرقمة، فمثلا لا يحق للبنك أن يفشي مبلغ رصيد حساب زبون من زبنائه **856**.

ولاشك أن التشريع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة أحجم عن إعطاء تحديد لمفهوم السر المهني البنكي تاركا أمر ذلك للفقه الذي نجده انقسم إلى نظامين متباينين، نظام تعدادي للوقائع والمعلومات التي لا يمكن أن تعتبر سرا من خلال وضع لائحة تتعلق بوضع الحساب وحركاته**857**، ونظام يعتمد المعيار الشخصي يظهر من خلال إرادة الزبون في الاحتفاظ على بعض سرية الوقائع وأنه صاحب الحق في إفشائها، ويلتزم البنك به ولو لم يكن للزبون مصلحة في ذلك**858**.

ولا شك أن إعفاء البنك من الالتزام بالسر المهني الذي يفرضه عنه القانون مرده إلى كون هذه الأخيرة تعتبر من مؤسسات التي تتولى معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي طبقا لمقتضيات القانون رقم 08. 09 **859**، وهو ما يؤكده قرار اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي بمنح الإذن لمؤسسات الائتمان لمعالجة هذه المعطيات**860**.

ب- الشروط الإجرائية لتحقيق النزاع

تبدأ المرحلة مباشرة بعد توصل الوسيط البنكي بالوثائق المدعمة للنزاع، حيث يعمل الوسيط على تبليغ الأطراف عن كل إجراء لتحقيق النزاع (I)وفي معالجة موضوع الشكاية في الأجل المحدد له (II).

I- تبليغ الأطراف بإجراءات التحقيق

يلتزم الوسيط بتبليغ الأطراف بكل الإجراءات التي ينوي القيام بها أثناء مفاوضات الوساطة، كتحديد وقت ومكان الاستماع إلى الأطراف وكذا الأغيار أو القيام بالخبرة أو المعاينة. وواجب تبليغ الأطراف بإجراءات الوساطة مرتبط بمبدأ حرية الإرادة للأطراف التي تقتضي تطلعهم ومعرفتهم بكل الإجراءات يتسنى لهم قبولهم أو رفضها**861**.

والجدير بالملاحظة أن أهم ما يميز هذه المرحلة هو الدور الذي يقوم به الوسيط في إطارها، بحيث يقوم بإعداد الأرضية المناسبة للتفاوض من أجل الوصول إلى الحل المناسب للنزاع أو المرضي للأطراف، من خلال عقد اجتماعات، سواء فردية أو جماعية في الوقت المناسب وتكريس روابط الثقة بين الطرفين، وتوضيح النزاع القائم وحسن استعمال المعلومات المتوفرة، فدور الوسيط في عملية الوساطة يقتصر فقط على تقريب وجهات نظر الأطراف وتشجيعهم على محاولة وضع حلول لنزاعاتهم وعند عجز هؤلاء عن التوصل إلى الحل المناسب يكون للوسيط عندئذ صلاحية تقديم اقتراحاتهم لإنهاء النزاع، ويبقى للأطراف الحق في قبولها أو رفضها، إذ ليس من مهمة هذا الأخير فرض الحلول المناسبة عليهم**862**.

على أنه في هذه المرحلة يمكن، سواء بالنسبة للبنك أو الزبون، أن يطلبا مؤزرتهما من طرف أي شخص يعتبران حضوره مناسبا**863**.

856- عائشة الشرقاوي المالقي، والوجيز في القانون البنكي المغربي دار غي رقراق للطباعة والنشر والتوزيع ط، 2 – 2007 ص 141.

857- مولاي البشير الشرقي، المسؤولية الناتجة عن خرق الالتزام بالسر المهني في القانون البنكي، مجلة القانون المغربي عدد 1و 2 سنة 2002 ص 21.

858- مولاي البشير الشرقي، م. س. ص 21.

859- القانون رقم 08. 09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين من معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1- 150 – ç بتاريخ 18 فبراير 2009 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5714 بتاريخ 2009/03/05.

860 - Délibération N° 480 – AU – 2003 du 01 /11/2013 portant modèle de demande d'autorisation relative au traitement de données a caractère personnel mis en œuvre par des établissements de crédit et organismes assimilés en vue de la gestion des crédits et des garanties http:/www.cndp. ma /a 16/05/2016 A 19 h 30 min voir les annexes.

861- الميلودي العابد العمراني، م. س. ص 147.

862- بنسالم أوديجا. م. س. ص 112.

863- الفقرة الأولى من المادة 25 من ميثاق الوساطة البنكية وكذلك الفصل 68 – 327 من ق. م. م، وهو ما سار على نهجه حتى نظام الوساطة البنكية في الفقرة الثانية من الفصل 11 منه والذي جاء فيه ما يلي " يمكن للعميل أن يكون مؤزرا بأي شخص يرى حضوره ملائما وذلك عبر تحديد هويته وصفته كتابيا، وفي هذه الحالة، يجب أن يقوم هذا الشخص بالتوقيع على التزام بالحفاظ على السرية تبعا للنموذج الذي أعده المركز باستثناء الأشخاص الملزمين قانونيا بالحفاظ على السر المهني ".

للوسيط البنكي أن يستمع إلى الأغيار الذين يقبلون ذلك فيما تستلزمه الوساطة وذلك بعد موافقة الأطراف على هذا الإجراء.

II- احترام الأجل المحدد للوساطة البنكية

نص المشرع المغربي في الفصل 65 – 327 من ق. م. م على ضرورة أن يحدد للوسيط مهمته دون أن تتجاوز أجل 3 أشهر من تاريخ قبول الوسيط لمهمته.

ويبدو أن الغاية الأساسية من الأجل القانوني المخول للوسيط من أجل إنهاء النزاع هو احترام ما تمتاز به الوساطة من سرعة في التنفيذ، فعامل الوقت في حل المنازعات له دور مهم إن لم يكن الداعي الأول لوجود الوسائل البديلة لحل المنازعات، من ضمنها الوساطة البنكية فالأجهزة الرسمية غالبا ما تواجه بانتقاد البطء والتماطل في البت في القضايا المعروضة عليها في أزمنة مناسبة ملائمة**864**.

ذلك أن اكتساب الخدمات البنكية لمقومات الجودة وتأطير العلاقة بين المهنيين وزبنائهم تقتضي أن تتم الوساطة البنكية بسرعة**865**، والملاحظ أن تحديد أجل الوسيط لممارسة مهامه تكاد تجمع عليه مختلف التشريعات، بحيث حدده المشرع التونسي في أمر 10 يوليوز 2006 **866**، في 90 يوما على الأكثر، وإذا لم يتمكن الخصوم خلالها من الوصول إلى حل تعاد الدعوى إلى المحكمة، كما أن هناك إمكانية ألا تستغرق الوساطة أكثر من ثلاثة ساعات بحسب طبيعة النزاع والوسيط المكلف به وبحسب اتفاق الأطراف.

وهو نفس الأجل الذي حدده المشرع المغربي في القانون رقم 05 – 08 في أقصى مدته والتي هي ثلاثة أشهر، وترك للأطراف الحق في الاتفاق على مدة اقل من ذلك، وهو توجه ميثاق الوساطة البنكية في الفصل 10 منه، حيث حدده في شهرين اثنين**867**، غير أن تنصيص الميثاق في ذات الفصل على إمكانية تمديد هذا الأجل، باتفاق الأطراف مع الوسيط دون تقييده بمدة معينة، يمكن أن يؤدي إلى تطويل مسطرة الوساطة البنكية، ذلك أن من مميزات الوساطة الاقتصاد في الوقت وتوفير الجهود المعنوية، لذلك أجاز المشرع الاتفاق على مدة اقل من 3 أشهر ن وهذا المر جائز ما دامت الغاية الأولى هي التسريع بإنهاء النزاع الذي يشكل في الغالب عائقا أمام تقدم العلاقات واستقرار المعاملات في الغالب**868**.

في حين أن المشرع الفرنسي اتخذ موقفا وسطا بين منع التمديد وإطلاقه بحيث حدد المدة في 3 أشهر مع إمكانية تمديدها مرة واحدة بطلب من الوسيط**869**.

المطلب الثاني: آثار مقرر الوساطة البنكية.

إن الغاية من الوساطة البنكية عموما هي فض النزاع وصدور مقرر الوسيط البنكي (فقرة أولى) مهما كانت التنازلات التي قدمها كلا الطرفين، وإن كان هذا ليس هو الغاية من المسطرة ككل، بحيث تتوقف نتيجة المسطرة لترتيب اثارها على تنفيذ مضمون الاتفاق المبرم بين الأطراف لتكون النتيجة كواقع بين الأطراف تضع حدا للنزاع بشكل نهائي وبالتالي تكون نتيجة الوساطة إيجابية،

864- علي إدريسي حسيني، عبد الحميد كميرو.م. س. ص 26.

865- محمد نبيل النقاش، الوساطة (التوفيق) في المادة المصرفية (البنكية) والتأمين في القانون التونسي الملتقى الدولي حول ممارسة الوساطة بالجزائر 15 – 16.

866الأمر الرئاسي التونسي رقم 1881 /2006 الصادر في 10 يوليوز 2006 المتعلق بتحديد شروط ممارسة نشاط الوسيط البنكي، المنشور بالرائد الرسمي رقم 56 ليوم 2006/07/14 صفحة 1861.

867- نص الفصل 10 من ميثاق الوساطة البنكية على ما يلي " يجب على الوسيط أن يقترح حلول وساطة متلائمة داخل أجل أقصاه شهرين إثنين، عدا تمديد مكتوب مقبول قبولا صحيحا من الأطراف، وذلك ابتداء من تاريخ اللجوء إليه ".

868- علي إدريسي حسيني، عبد الحميد كميرو. م. س. ص 26.

869- code de procédure française Article 131 – 3 « la duré initiale de la médiation ne peut excéder trois mois. cette mission être renouvelée une fois ;pour une la demande du médiateur » créé par décret N ° 96 – 652 du 22 juillet 1996 – art. 2 JORF é » juillet 1996 voir http://www.legifrance. gouv. fr même durée a 24 a 18: 15. 026 /08/2

غير أن الأمر قد لا يكون بهذه الصيغة حينما لا يتم التوافق حول تنفيذ الاتفاق بالتراضي بحيث يتم اللجوء بعد ذلك للتذييل بالصيغة التنفيذية، وقد لا تنجح هذه المسطرة منذ البداية فتكون النتيجة بالتالي سلبية ويكتفي الوسيط البنكي بتحرير محضر عدم نجاح الوساطة، أو بعد إجراء المسطرة بحيث يلتجأ أحد الأطراف إلى فسخ الاتفاق أو الطعن بالبطلان. (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الآثار الإيجابية لمقرر الوساطة البنكية

إن نجاح الوساطة البنكية يقتضي أن يتوصل الأطراف إلى اتفاق الصلح يتم تحريره من قبل الوسيط (أولا) بحيث يتضمن ما تم الاتفاق عليه سواء من حيث المضمون أو طريقة التنفيذ، سواء بطريقة إرادية بين الأطراف بعد التذييل بالصيغة التنفيذية (ثانيا).

أولا – صدور مقرر الوسيط البنكي

يشكل قرار الوسيط البنكي الغاية الأولى من اتفاق أو شرط الوساطة البنكية ن فقرار الوسيط أو العقد الذي يوثق الاتفاق ويشهد عليه (أ) ، هو بالفعل صلح ينطبق عليه ما ينطبق على عقد الصلح وفق النصوص المنظمة له في ق. ل. ع **870**، كما أحال عليه الفصل 327 - 66 من ق. م. م إلا أن هذا الاتفاق كعقد صلح يكتسي قوة الشيء المقضي به، ويمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية، بناءا على طلب أحد أطرافه من طرف رئيس المحكمة المختص محليا في النزاع المرتبط بالاتفاق الأصلي (ب) .

أ – مضمون مقرر الوسيط البنكي

أن هدف الوساطة هو توصل الأطراف إلى حل النزاع القائم بمساعدة الوسيط، بحيث يقوم هذا الأخير في حالة توصل الأطراف إلى حل، بتحرير وثيقة صلح تتضمن وقائع النزاع وكيفية حله، وما توصل إليه وما اتفق عليه الأطراف على الشكل الذي يضع حدا للنزاع القائم بينهم، يوقع الوسيط مع الأطراف وثيقة الصلح الذي تم التوصل إليه**871**،وهذا ما أكده المشرع المغربي في ق. م. م في الفصل 327 – 68 بحيث ألزم أن يتضمن مقرر الوسيط البنكي:

1- هوية الأطراف والوسيط: فالوساطة البنكية كغيرها من العقود يتوقف إبرامها على اتفاق الأطراف الموقعة عليه، وبالتالي فإن التعريف بأطرفها يبين أهليتهم وإرادتهم، من حيث فض النزاع، بالإضافة إلى ذلك فإن نطاق عقد الصلح يفرض ذلك، بحيث ينحصر في حدود الأطراف الموقعة على اتفاق الوساطة بمعنى أنه لا ينفع ولا يضر غير عاقديه**872**.

كما يستلزم الصلح المبرم في إطار الوساطة البنكية، ضرورة التعريف بالوسيط بذكر اسم المؤسسة المعهود لها بالوساطة، فضلا عن ذكر اسم الشخص الوسيط. ولهذا الأمر أهمية سواء على مستوى تأكيد إرادة الأطراف، كما يشكل ذلك ضمانة لمصداقية ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف، وذلك عن طريق التوقيع معهم في نفس المقرر.

2- وقائع النزاع: يعرف النزاع البنكي عدة صور، فهي أن كانت تختلف من حيث الشكل فإنها ذات مضمون واحد**873**، ذلك أن هذا النزاع يشكل محل لاتفاق الوساطة البنكية، بعد تحديد المشكل. بطريقة دقيقة، مما يسهل تحديد الحلول المناسبة له، إذا يقوم الوسيط باستكشاف مطالب كل طرف على حدة سعيا لإيجاد النقاط المشتركة التي يتأسس عليها الاتفاق، بالنظر في موقف الطرف الأخر مع ضرورة أن يحتفظ الوسيط لكل واحد من الطرفين على النظر غي خيارات بديلة**874**.

3- كيفية حل النزاع وما توصل إليه الأطراف: وفي هذه الحالة من المفروض في كلا الطرفين أن كل منهم قد حدد طلباته وموافقة، وقد فهم جيدا مصالح ومواقف الطرف الأخر، إذ ينتقل الوسيط بعد أن يكون الجميع قد ألم الإلمام الشامل والجيد، بمختلف عناصر النزاع إلى مرحلة حاسمة تتمثل في تحفيزهم بعض الخيارات وتقديم بعض الاقتراحات كحلول للنزاع، ويلعب هذا المقتضي

870- نظم المشرع المغربي عقد الصلح في الكتاب الثاني من ظ. ل. ع من الفصل 1098 إلى الفصل 1116.

871- الميلودي العابد العمراني، الوساطة في التشريع المغربي والمقارن، م. س. ص 258.

872- يحيى محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، - دراسة مقارنة فقهية قضائية تشريعية – دار الفكر العربي، ط 1978 ص 609.

873- محمد سعيد الحاجي، م. س. ص 29.

874- كوثر الهلالي، م. س. ص 64.

دورا مهما من حيث تحديد النتيجة التي ألت إليها الوساطة البنكية، وما اتفق عليه الأطراف على الشكل الذي يضع حدا للنزاع القائم بينهم ويتفق هذا المقتضي مع مقتضيات القانون المنظم للوساطة875.

وبالتالي، فإن صلح الوساطة البنكية الذي يستجيب للشروط المتفق عليها والمحددة من قبل الأطراف، يحقق أفضل النتائج المرجوة من الأطراف876.

ب) شكلية مقرر الوسيط البنكي

تعتبر الإرادة جوهر وأساسها، ولا يمكن تصور عقد رضائي على الأقل دون تطابق الإرادتين، مهما كانت طريقة التعبير عنها وهنا توصف هذه العقود بالرضائية.

وإذا كان عقد الصلح البنكي في صيغته العادية يعد من العقود الرضائية ن فإنه قد يتخذ شكلا محددا في الميدان البنكي، إذا دأبت البنوك على إفراغ الصلح الذي تبرمه مع الزبناء في نماذج محددة مخالفة بذبك مبدأ الرضائية الذي يتميز به عقد الصلح، الذي يبرم بين البنوك وزبنائها إذ تتخذ في الغالب شكل عقود نموذجية معدة بصورة مسبقة من طرف البنك وما على الزبون إلا أن يدعن لذلك. كما سبق أن رأينا.

وخلافا للمشرع المغربي فإن المشرع الفرنسي لم يلزم الوسيط، والأطراف بكتابة الصلح الذي يتوصلون في وثيقة أو عقد، ولم يشترط لقيام هذا التصالح أي شكل معين، وإن معظم الفقه الفرنسي ينصح أطراف النزاع بتضمين الاتفاق الذي تم التوصل إليه في وثيقة تحدد واجبات وحقوق كل طرف877.

ثانيا – تنفيذ مقرر الوسيط البنكي

يتمثل نجاح مسطرة الوساطة البنكية في التوصل إلى اتفاق صلح، والذي يأتي بعد موافقة الأطراف على الاقتراحات المقدمة من طرف الوسيط، ويوقع كل من الزبون والبنك اتفاق الصلح ويصادقان عليه حتى يكون حجة على الأطراف878.

وصلح الوساطة الذي يؤدي عادة إلى انقضاء الحقوق والادعاءات بالنسبة للأطراف تنتج عنه أثار عقدية وأخرى إجرائية.

فالآثار العقدية تتمثل أساس في كون عقد الصلح يتميز بالقوة الإلزامية، إذ الأطراف ملزمون باحترام ما توصلوا إليه من التزامات، بطريقة إرادية أو بعد سلوك مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية التي تخولهم إمكانية التنفيذ الجبري، ما دام الأصل في مقرر الوساطة أنه من صنع الأطراف وبالتالي يتم تنفيذ في الغالب برضاهم، عكس حكم القضاء الذي يتم تنفيذه جبرا 879.

أ – التنفيذ التلقائي لمقرر الوسيط البنكي

يترتب عن مقرر الوسيط عدة آثار، وذلك من منطق كونه عقدا ملزما للجانبين سواء بالنسبة للبنك أو الزبون، بحيث يحسم بين الطرفين وتنقضي الحقوق والادعاءات لكل واحد منهم على الأخر (I) ، بعد تنازل كل منهما عن جزء مما يدعيه من حقوق فيما يتعلق بمحل النزاع880، ويثبت الحقوق المترتبة لكليهما على الأخر881 (II).

I التنفيذ التلقائي من جانب البنك.

875- محمد أطويف، م. س. ص 36.

876- YOUNESS LAZRAK ; la valeur juridiques de l'accord issu de la médiation. op. cit. P 47.

877- الميلودي العابد العمراني، م. س. ص 173.

878- نزهة الباهي، م. س. ص 116.

879- ليلى المريني، عبد الاله لحكيم بناني، إدخال الوسائل البديلة لحل المنازعات في النظام القانوني المغربي. م. س. الموقع الرسمي لوزارة العدل http://www.justice.gov.ma

880- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5 منشورات مجلة الحلبي الحقوقية – بيروت – ط 3 سنة 2000 ص 563.

881- شيماء محمد خضر البدراني، أحكام عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية – دار الثقافة للنشر والتوزيع بالمغرب، ط 1 سنة 2003 ص 103.

يلتزم البنك بتنفيذ مقرر الوسيط البنكي كما تم الاتفاق عليه، وهو ما يعني طبقا لمقتضيات الفصل 1098 **882** من ق. ل. ع تنازله عن بعض ما يقتضيه الصلح، وهو نفس توجه المشرع المصري في المادة 549 من القانون المدني**883**. بينما أغفله المشرع الفرنسي في المادة 2044 من القانون المدني**884**

وقد جرى العمل البنكي، في إبرام عقد الصلح ن على التعبير عنه في صيغته العادية على الشكل التالي " يقبل البنك وفقا لاتفاقه مع المدين بأداء مبلغ (...) بصفة تصالحية من أجل تصفية كل حساب"**885**.

أو كما يرى بعض الباحثين**886** أنه غب حالة حسم النزاع بالصلح فلا يجوز لأي من المتصالحين أن يجدد هذا النزاع لا بقامة دعوى أو بالمضي بالدعوى التي كانت مرفوعة في موضوع النزاع الذي حسم بالصلح، كما تنقضي ولاية المحكمة على الخصومة بمجرد انعقاد الصلح وتمامه، إذ يتولد عنه تزويد المتصالح الذي حصل التنازل لمصلحته بدفع قطعي يقطع عن خصمه كل محاولة لتجديدها، ويدفع هذا الأمر بالدفع بالصلح.

II – التنفيذ التلقائي كمن طرف الزبون

يجد الزبون نفسه بمجرد توقيع مقرر الوسيط البنكي، محاطا بالتزامات يطوقه البنك بها، إذ أن أول التزام يقع على عاتق الزبون يمكن في وجوب أدائه الدين المتفق عليه في مقرر الوسيط البنكي**887**، لهذا فإن البنك يحرص على إعطاء أهمية كبرى لهذا البند في صيغة عقد الصلح التقليدية بكتابة بطريقة واضحة، بحيث أن أداء المبلغ يعد أهم ما يحتويه عقد الصلح، كما أن التزام الزبون بهذا الأداء ينطلق من تاريخ دخول العقد حيز التنفيذ**888**.

كما يلتزم الزبون باحترام الأجل المتفق عليه لتنفيذ التزامه في إطار مقرر الوسيط البنكي، وهو التزام أساسي يرمي إلى تدعيم حسم النزاع، كما أن سريان هذا الأجل يبدأ من تاريخ العقد متى اشترط فيه أن الزبون يقوم بالأداء بمجرد إبرامه أو بعد أجل من إبرام العقد، كما قد يتفق الطرفان على أن الأداء يتم على مراحل، وذلك مراعاة لإمكانية الزبون وقدرته على الأداء**889**.

ب- تذييل مقرر الوسيط البنكي بالصيغة التنفيذية

إن طبيعة صلح الوساطة البنكية التعاقدية تفرض في الأصل أن يتم تنفيذ مقتضياته لكم المشرع المغربي لم يقف عند هذا الحد بحيث خول المشرع للأطراف إمكانية طلب التذييل بالصيغة التنفيذية، في حالة عدم التنفيذ الإرادي**890**، ذلك أن تذييل المقرر بالصيغة التنفيذية يمثل إعترافا من قضاء الدولة بصلاحية القرار وإمكانية تنفيذه، وجبرا بكافة الوسائل التي يتيحا القانون، كما هو الحال بالنسبة لحكم القضاء ومقرر التحكيم، وفي هذا الإطار ينحصر دور القضاء في التأكد من توفر الشروط اللازمة لتنفيذه

882- جاء في الفصل 1098 من ق. ل. ع ما يلي " الصلح عقد، بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما لأخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معينا أو حقا ".

883- جاء في المادة 549 من ق. م مصري "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه.

884- Art 2044 « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née. ou préviennent une contestation a naitre ;ce contrat ;ce contrat doit être rédigé par écrit »

885- خالد الوردي ن م. س. ص 40.

886- شيماء محمد خضر البدراني، م. س. ص 104.

- يس محمد يحيى، م. س. ص 606.

887- محمد سعيد الحاجي، م. س. ص 47.

888- عز الدين بنستي، عز الدين بنستي، "بعض تجليات التسوية الودية في المادة التجارية" مداخلة في الندوة الجهوية 11 للمجلس الأعلى لمدينة العيون حول "الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى" مطبعة الأمنية، الرباط 2007. ص 424.

889- خالد الوردي. م. س. ص 42.

890- LAZRAK. OP. cit page 47. Younes

دون تدخل في موضوعه، ذلك أن القضاء يلعب دور الفاعل الأصلي، والمحرك الأساسي لتحقيق العدالة المتفاوض عليها والتي أصبحت مصدرا للشرعية في القضاء بشكل عام**891**.

فقرار الوسيط البنكي الذي يوثق الاتفاق هو بالفعل عقد صلح تنطبق عليه القواعد العامة، كما يتيح إمكانية تذييله بالصيغة التنفيذية بناء على طلب أحد طرفيه إلى رئيس المحكمة المختصة محليا بالنظر في النزاع المرتبط بالاتفاق الأصلي**892**.

الفقرة الثانية: الآثار السلبية المترتبة عن مقرر الوسيط البنكي

إن اختيار آلية الوساطة البنكية كوسيلة لفض المنازعات بين المؤسسة البنكية وزبونها ن لا يعني بالضرورة نهاية هذه المسطرة بالتوصل إلى حل مرض للطرفين ومناسب للنزاع (أولا)، وبالتالي ففشل هذه الآلية في تحقيق يعتبر من الاحتمالات الموضوعية أمام طرفيها **893**، كما أن قوة الشيء المقضي به لا تمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع من جديد، لكن هذه القوة لا تمنعهم من اللجوء إليه للطعن بالبطلان في الصلح المترتب عن الوساطة البنكية، أو المطالبة بفسخه إذا استوجب الأمر ذلك**894** (ثانيا) .

أولا: في حالة نجاح الوسيط البنكي

إن الالتجاء إلى الوساطة البنكية لا يعني بالضرورة أن النزاع سينتهي حتما إلى الحل، مادامت إمكانية الفشل في الوصول إلى الحل إحدى الامكانيات التي تفرض نفسها في أي مرحلة من مراحل المسطرة، إذ قد لا يتوصل الوسيط إلى اي حل بين الأطراف، وبالتالي يكتفي بإثبات ذلك في محضر عدم نجاح الصلح (أ)، كما أنه وفي حالة التوصل إلى الحل المتفق عليه فقد يكون الفشل نتاج عدم تنفيذ الطرفين لما اتفقا عليه، وبالتالي يحق للمتضرر المطالبة بفسخ مقرر الوسيط (ب).

أ) محضر عدم نجاح الصلح

يترتب عن فشل مسطرة الوساطة البنكية وعدم الوصول إلى الصلح أن يقوم الوسيط بتحرير محضر لعدم نجاح الصلح، والذي يحمل توقيع الأطراف طبقا لمقتضيات الفقرة 7 من الفصل 65 – 327 من ق. م. م.

غير أن الملاحظ أن النظام الخاص بالوساطة البنكية في الفصل 12 منه، ينص على أنه في حالة فشل الوساطة بإعداد محضر يتضمن موقف كلا الطرفين ن إلا أن ذلك المحضر لا أثر له في مستقبل النزاع بين الأطراف في ظل عدم إمكانية التمسك بهذا المحضر أمام المحكمة تطبيقا لمقتضيات الفصل 66 – 327 من ق. م. م، والذي ينص على أنه لا يجوز أن تثار ملاحظات الوسيط والتصاريح التي تلقاها أمام القاضي المعروض عليه النزاع، إلا باتفاق الأطراف، ولا يجوز استعمالها في دعوى أخرى، ما لم يتفق الطرفان على اعتماد ذلك كأرضية للوصول إلى حل أمام المحكمة.

891- ليلى المريني وعبد الاله الحكيم بناني، إدخال الوسائل البديلة لحل المنازعات في النظام القانوني المغربي، م. س www.justice.gov.ma.

892- بنسالم أوديجا، م. س. ص 189.

893- زينبة بوجنة، قراءة في ميثاق الوساطة البنكية في ضوء قانون رقم 08 – 05 م. س. ص 96.

894- الميلودي العابد العمراني، الوساطة في التشريع المغربي والمقارن، م. س. ص 177.

ISSN:2509-0291

وهو نفس توجه المشرع الفرنسي**895** وكذلك التونسي في الأمر الرئاسي رقم 1221 – 2006 المتعلق بشروط ممارسة مهمة الموقف المصرفي في المادة 13 منه **896**، والذي يمنع أن تكون هذه الآلية فرصة للمكاشفة واصطياد الأدلة بقصد توظيفها أمام القضاء، خصوصا وأن الزبون قد ابرأ البنك من الالتزام بالسر المهني لغاية الوساطة البنكية.

ب- فسخ مقرر الوسيط البنكي

الفسخ هو حل الرابطة العقدية نتيجة لتعذر الوفاء بالالتزامات، سواء كان هذا التعذر مرتبطا بإرادة أطراف العقد، أو لسبب بعيد عن إرادتهم كما أنه جزاء يترتب عن القوة الملزمة للعقد بجانب المسؤولية العقدية، وذلك لأحكام الفصل 1110 منن ق. ل. ع، بحيث إذا لم ينفذ أحد الطرفين الالتزامات التي تعهد بها في هذا الإطار حق للطرف الأخر المطالبة بالتنفيذ أو المطالبة بالفسخ. وله أن يرفضه ويمنع مهلة للطرف المختلف حتى يقوم بتنفيذ التزامه **897**.

وجدير بالذكر أن عقد الصلح المترتب عن الوساطة البنكية هو عقد صلح يخضع للقواعد العامة في ق. ل. ع بحيث إذا لم ينفذ أحد الطرفين الالتزامات التي تعهد بها في هذا الإطار حق للطرف الأخر المطالبة بالتنفيذ أو المطالبة بالفسخ ن وللقاضي حق تقدير طلب الفسخ، وله أن يرفضه ويمنع مهلة للطرف المختلف حتى يقوم بتنفيذ التزامه**898**.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان من آثار فسخ مقرر الوسيط البنكي، إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل البدء في التنفيذ، فإن ذلك لا يعني فسخ العقد الذي كان موضوع الوساطة البنكية، والذي يمكن أن يكون محل مطالبة قضائية قصد التنفيذ أو المطالبة بالبطلان.

ثانيا – الطعن ببطلان مقرر الوسيط البنكي

يقصد بالبطلان إنكار مقرر الوسيط أو سلطته فيما توصل إليه في النزاع أو بالتمسك بعدم صلاحيات الإجراءات المتبعة في هذه الحالة فيما لا يجوز تجاوزه غير أنه إذا كان صلح الوساطة يتميز بقوة إلزامية أو قوة الشيء المقضي به كضمانة لعدم إثارة النزاع موضوع الصلح أمام القضاء من جديد وكضمانة للفعالية التي يريد المشرع أن يضفيها على نظام الوساطة ككل**899**، أو بعد المصادقة عليه بحيث يعتبر بمثابة حكم قطعي لا يخضع لي طريق من طرق الطعن وهو ما أكده المجلس الأعلى، الذي اعتبره أن انعقاد الصلح يعد قاطعا للنزاع ولا يسمح بالرجوع فيه ونقضه لأن ذلك يعتبر رجوعا من معلوم إلى مجهول ومن المخاطر التي لا يجوز للمحاكم قبولها، كما أعتبر في قرار أخر أن نقض الصلح من الأوهام والخيالات ومحاولة الرجوع فيه كمن يطلب رجوع ما مضى من الأيام والشهور**900**، إلا أنه ونظرا لأهمية الوساطة الاتفاقية عموما، والبنكية على وجه الخصوص فإن المشرع المغربي حرص على أن تكون هناك حدود لهذه الوساطة يلزم احترامها تحت طائلة البطلان(أ) ، سواء منها ما يتعلق بمضمون المقرر أو الإجراءات. (ب)

أ – الشروط الموضوعية للطعن ببطلان مقرر الوسيط البنكي.

895-Art 312 – 1 – 3 code monétaire et financier français « ... Les constations et les déclarations que le médiateur recueille ne recueille ne peuvent etre produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties » après les modification sur la loi n°2001 – 116 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes a caractère économique et financier (MURCEF) http://www.legifrance.gov.fr/ . Le 28/06/201 6a 20h30.

896- Art 13 « les constations et les déclaration qui peuvent être effectues ou recueilles a l'occasions de la médiation ainsi que l'avis du médiateur ne peuvent être évoqués devant la justice ».

897- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الأول: نظرية العقد – دراسة مقارنة – على ضوء التعديلات الجديدة. ط 3. سنة 2013 ص 377.

898- عبد الرزاق السنهوري، م. س. ص 579.

- محمد الكشبور، الكراء المدني والكراء التجاري مطبعة النجاح الجديدة ط. 2 1995 ص 170.

899- الميلودي العابد العمراني، م. س. ص 176.

900- علي إدريس حسني وعبد الحميد اكميرو، الوساطة في حل المنازعات دراسة في ضوء القانون رقم 08 – 05 م. س ص 70.

لم يشر المشرع المغربي ولا نظيره الفرنسي إلى حالات أو شروط الطعن في الصلح الوساطة البنكية، وإن كان المشرع المغربي قد أحال الفقرة الأخيرة من الفصل 68 – 327 ق. م. م إلى المقتضيات المنظمة للصلح.

وعليه فإذا كان الصلح لم يبق للأطراف أي مطعن فيه إلا أن يرفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة للطعن في الصلح سواء لغط في الواقع أو الإكراه أو لعدم المشروعية بالنسبة للمحل**901** أو إذا تبين أن مقرر الوسيط أنصب على عقد مزور، أو سبب غير موجود على موضوع سبق الفصل فيه بمقتضى مقرر وسيط سابق، أو حكم قضائي نهائي أو تحكيمي يجهل أحد الطرفين وجوده**902**.

ولا تختلف في هذا الصدد الشروط الموضوعية للطعن بالبطلان في مقرر الوسيط البنكي عن تلك المقررة بشكل عام في الطعن بالبطلان**903**.

فإذا كان الشخص حر في ممارسة حق الالتحاق إلى القضاء وأن كل شرط يكون من شأنه المساس بهذا الحق يكون باطلا، فإن القوانين المسطرة تتطلب في العادة توافر عدد من الشروط في الدعوى حتى تكون هذه الأخيرة صالحة للنظر فيها من طرف القضاء، وقد جرى الفقه والتشريع هنا على ضرورة إحاطة الدعوى ببعض الشروط حتى تكون صالحة للعرض أمام القضاء فليس كل ملتجئ إلى القضاء صاحي حق في الدعوى، لذلك يجب تنظيم هذا الحق بشكل يجنب القاضي عبث العابثين، وتنظيمه يكون بوضع شروط عامة يتعين توافرها تحت طائلة رد الدعوى لعدم صلاحيتها للنظر من طرف القاضي.

وعليه يلزم لطلب بطلان مقرر الوسيط البنكي أن يتقدم به أحد الأطراف ممن كانوا أطراف في الموضوع أمام الوسيط بأنفسهم، أو من طرف من ينوب عنهم وهذا ما يصطلح عليه بالصفة، إذ هم من تثبت لهم المصلحة للقيام بذلك.

كما يشترط لقبول الطلب أن يوجه الطعن ضد موضوع مقرر الوسيط البنكي ما لم يتم التنازل عن سبب البطلان من الطرف غير المستفيد من سبب البطلان صراحة، ما لم يتعلق بالنظام العام بحيث لا يقبل أي تنازل بشأنه.

ب) الشروط الشكلية للطعن ببطلان مقرر الوسيط البنكي

لم ينظم المشرع المغربي المسطرة الخاصة للطعن ببطلان مقرر الوسيط البنكي، مما يدفعنا للرجوع إلى الأحكام العامة في قانون المسطرة المدنية، على خلاف أحكام الطعن في مقرر المحكم التي لا تختلف عن تلك المقررة أمام القضاء، مما يعني أنه يجب أن تحترم جميع الإجراءات والشكليات التي يتطلبها القانون لقبول الطعن والدعاوي بشكل عام **904**.

ونعتقد أن الطعن في مقرر الوسيط البنكي، في الحالات التي يجوز فيها ذلك يخضع للقواعد العامة للطعن في العقود سواء كان هذا البطلان إجرائيا أو موضوعيا**905**وبالتالي فإن الطعن ببطلان مقرر الوسيط يجب أن يوجه الطعن إلى المحكمة طبقا لمقتضيات الفصل 31 من ق. م. م، كما يجب أن يتضمن مقال الطعن بالبطلان، الأسماء العائلية والشخصية، وكل ما من شأنه أن يبين صفة أطراف النزاع طبقا لمقتضيات الفصل 32 ق. م. م تحت طائلة عدم قبول الطلب.

وتحديد عناصر الطلب القضائي يعد من المسائل التي أثارت ولا تزال اهتمام الفقه والقضاء، نظرا لما تمثله من أثار خطيرة على سير الإجراءات داخل الخصومة وخارجها، فحجية الشيء المقضي بهت تبث للأحكام الصادرة في طلبات اتحدت عناصر، كما يجب أن يبني الطلب على سبب قانوني ومشروع وإلا كان ماله الرفض**906**.

901- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني م. س. ص 573.

902- رشيد تاشفين، الصلح كوسيلة لتسوية المنازعات، م. س. ص 192.

903- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية" المطبعة والوراقة، الطبعة السادسة.. ص 162.

904- ايت لمهاوض أحماد، الطعن بالبطلان في الأحكام التحكيمية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2009 – 2010 ص 30.

905- بمعنى أنه إذا تعلق بموضوع النزاع بحيث يكون البطلان موضوعيا في حالتين إذا نص القانون على ذلك، وإذا انتفى أحد أركان العقد طبقا للفصل 2 من ق. ل. ويكون إجرائيا إذا تعلق بقاعدة إجرائية يمكن أثارتها في أي مرحلة من مراحل النزاع.

906- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م. س. ص 202.

لكن السؤال المطروح من الناحية الشكلية يتعلق بخصوص الأجل الذي يلزم أن يتقدم فيه الشخص بالطعن بالبطلان،حيث لم يحدد المشرع أجلا ، كما هو الحال بالنسبة لمقرر التحكيم ، طبقا لمقتضيات الفصل ر36 – 327 ق . م .م الذي ألزم المشرع أن يتم تقديمه داخل أجل 15 يوما.

لائحة المراجع:

1- عبد الرحمان مزور، الوسيط البنكي، نشرة قرارات محكمة النقض السلسة 3 – 2013 الجزء 11 الغرفة التجارية، مطبعة مكتبة الأمنية

2- زينبة بوجنة، قراءة في ميثاق الوساطة البنكية على ضوء قانون 08 – 05، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال والمقاولات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط السويسي، جامعة محمد الخامس السنة الجامعية 2008 / 2009.

3- محمد أطويف، محمد اطوني، الوساطة الاتفاقية على ضوء القانون رقم 08 – 05، منشورات مجلة القضاء المدني، عند خاص بالوسائل البديلة لفض المنازعات: الصلح – التحكيم – الوساطة في ضوء مستجدات القانون رقم 08 – 05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية طبعة 2003.

4- محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون البنكي والمقارن والاجتهاد القضائي ونشرات غرفة التجارة الدولية، ط 2 يناير 2001 مطبعة الجديدة الدار البيضاء

5- أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والأداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء عين الشق، السنة الجامعية 2002 / 2003

6- زكرياء الغزاوي، النظام العام وتأثيره على تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم عدد 5 – 1ط 2011

7- رفعت محمد عبد الحميد، مفهوم النظام العام وأثره في تنفيذ أحكام الأجنبية، العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية في 05 /03 / 2004 منشورات سلسلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 7 سنة 2005

8- حسن الحضري، الإطار القانوني والتنظيمي الفوائد البنكية، منشور مجلة المحاكم التجارية عدد 7 يناير 2011

9- MADIHA ZIYADI. la médiation dans le monde des affaires au Maroc. , thése d'obltention de master , en droit des relations d'affaires université hassan 1, faculté des sciences juridiques et Economiques et sociales settat . Année universitaire 2010/2011

10- ما مون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، مصادر الالتزام الجزء الأول، ط 1970 مطابع دار القلم بيروت

11- إيمان أزناي ،الحلول البديلة لفض المنازعات التجارية – الوساطة الاتفاقية كنموذج رسالة لنيل دبلوم الماستر جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – السويسي – الرباط 2009 /2010.

12- المختار بن أحمد العطار، الوسيط في القانون المدني، أوصاف الالتزام وانتقاله، إثباته، اثاره ن انقضاؤه، الطبعة 1 سنة 2003 .

13- الميلودي العابد العمراني – الوساطة الجنائية في التشريع الفرنسي والتونسي نموذجا، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم عدد 6 – 2012

14- حسين عبد الله عبد لعزيز النجار، البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية والتجارية التحكيم والوساطة والتوفيق – دراسة مقارنة -، حسين عبد الله عبد لعزيز النجار، مطبعة النجار الجديدة ط 1. سنة 2014.

15- محمد إبراهيم أبو الهيجاء التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة – التوفيق – التحكيم – المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط 1431 – 2010 م. ط. 2

16- علاء اباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2008

17- محمد إبراهيم أبو الهجاء، التحكيم الالكتروني الوسائل الالكترونية لفض المنازعات – الوساطة والتوفيق والتحكيم – المفاوضات المباشرة. دار الثقافة للنشر والتوزيع 1431 هـ 2010 ط. 2

18- محمد إبراهيم أبو الهيجاء التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة – التوفيق – التحكيم – المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط 1431 – 2010.

19- رشيد بوصواب، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات البنكية التحكيم والصلح نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش السنة الجامعية 2009 – 2010

20- وردي خالد، "خصوصيات الصلح و التسوية الودية في العمل البنكي"، شركة بابل للطباعة و النشر و التوزيع، الرباط، الطبعة الأولى 2001.

21- نزهة الباهي، العادات والأعراف البنكية وحماية حقوق الزبناء – رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الموسم الجامعي 2009 /2010.

22- عائشة الشرقاوي المالقي، والوجيز في القانون البنكي المغربي دار غبي رقراق للطباعة والنشر والتوزيع ط، 2 – 2007

23- مولاي البشير الشرقي، المسؤولية الناتجة عن خرق الالتزام بالسر المهني في القانون البنكي، مجلة القانون المغربي عدد 1و 2 سنة 2002

24- يحيى محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، - دراسة مقارنة فقهية قضائية تشريعية – دار الفكر العربي، ط 1978

25- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5 منشورات مجلة الحلبي الحقوقية – بيروت – ط 3 سنة 2000

26- شيماء محمد خضر البدراني، أحكام عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية – دار الثقافة للنشر والتوزيع بالمغرب، ط 1 سنة 2003

27- عز الدين بنستي، "بعض تجليات التسوية الودية في المادة التجارية" مداخلة في الندوة الجهوية 11 للمجلس الأعلى لمدينة العيون حول "الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى" مطبعة الأمنية، الرباط 2007.

28- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الأول: نظرية العقد – دراسة مقارنة – على ضوء التعديلات الجديدة. ط 3. سنة 2013

29- محمد الكشبور، الكراء المدني والكراء التجاري مطبعة النجاح الجديدة ط. 2 1995

30- ايت لمهاوض أحماد، الطعن بالبطلان في الأحكام التحكيمية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2009 – 2010

محاربة التزييف ودوره في حماية المستهلك

Anti-counterfeiting and its role in consumer protection

الباحث: فهد علابوش
باحث بصف الدكتوراه
تحت إشراف الأستاذ: ابراهيم قادم استاذ التعليم العالي
جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

ملخص:
يُعرّف التقليد بأنه نوع من الغش أو التدليس في المنتج المقدم للمستهلك من قبل المصدر أو المنتج أو البائع، حيث يحصل المستهلك من ناحية على منتج ليس وفق ما يريده بالفعل أو لا يقدم الخدمة المطلوبة وقت الشراء. من ناحية أخرى، قد يحصل المستهلك على منتج كان يعتقد أنه ينتمي إلى علامة تجارية معروفة أو علامة تجارية ذات مواصفات عالمية ثم يفاجأ بأن المنتج الذي حصل عليه مجهول المصدر ولا ينتمي إلى تلك العلامة التجارية ولا يقدم نفس الخدمات التي تقدمها العلامة التجارية أو العلامات التجارية الأصلية.
هذه الظاهرة أصبح لها آثار سلبية على المستهلك وعلى تنافسية المقاولات، وبات يشكل مصدر خطورة على استمرارية نشاط المقاولات وعلى حياة المستهلك خاصة عندما يتعلق الأمر ببعض القطاعات الحيوية، لذا كان من الواجب على المشرع أن يتدخل من أجل محاربة هذه الظاهرة من الناحية الموضوعية والمؤسساتية، بما يحقق ضمان سلامة صحة المستهلك وسلامة اختياره

Abstract :
Counterfeiting is defined as a type of cheating or fraud in the product offered to the consumer by the source, Producer, or seller, where the consumer gets a product that is not what he actually wants or does not provide the required service at the time of purchase;
On the one hand, the consumer gets a product that is not what he actually wants or does not provide the required service at the time of purchase.
On the other hand, the consumer may get a product that he thought belonged to a well-known brand or a brand with international specifications and then be surprised that the product he got is of unknown origin and does not belong to that brand and does not provide the same services as the original brand or brands.
This phenomenon has negative effects on the consumer and the competitiveness of enterprises, In addition, has become a source of danger to the continuity of contracting activity and the life of the consumer, especially when it comes to some vital sectors .
Therefore, it was necessary for the legislator to intervene in order to combat this phenomenon objectively and institutionally, in order to ensure the safety of consumer health and choice.

مقدمة

إن سرقة الأعمال سواء كانت فنية أو صناعية ونسبتها إلى المزيف، ظاهرة عرفتها الإنسانية في مراحل متقدمة من تطورها التاريخي. ولا عجب أن تعرف هذه الظاهرة في العصر الحديث تطورا كبيرا على المستوى الكمي والمكاني. فعلى المستوى الكمي، عرفت السلع المزيفة كثرة وتنوعا، وأصبحت تمس حتى التكنولوجيات المتقدمة ولم تعد تقتصر على السلع البسيطة، هذا التنوع أصبح معه المستهلك لا يستطيع التميز بين السلع الأصلية والسلع المزيفة. أما بخصوص التطور المكاني أصبح التزييف منتشرا بشكل مهول حيث مس مجموعة من الدول التي كانت بالأمس القريب بعيدة عن هذه الظاهرة.

هذا التطور يرجع بالأساس إلى تطور تقنيات القرصنة بجل أشكالها بالإضافة إلى استخدام وسائل متقدمة في سرقة حقوق الملكية الصناعية. وإذا كان للتزييف أسباب ودوافع تبرره في العديد من الحالات، سواء تعلق الأمر بأسباب اقتصادية أو اجتماعية، فإن لهذه الظاهرة انعكاسات سلبية سواء على الصحة وسلامة المستهلك، أو الشركات التي تفقد القدرة على المنافسة في سوق يعج بكثرة السلع المزيفة التي تباع بأثمان تقل بشكل كبير عن الثمن الحقيقي للمنتج الأصلي الذي تعرضت للتزييف.

فأمام هذه الوضعية، التي تعتبر وضعية غير صحية بالنسبة للشركات والمستهلك على حد سواء، تدخل المشرع بهدف الحد من هذه الظاهرة، سواء بنصوص قانونية أو بإحداث هيئات متخصصة تعمل بشكل دائم ومستمر للقضاء عليها.

المنهج المعتمد: لمعالجة هذا الموضوع سنعتمد على المنهج التحليلي والمقارن من اجل سبر أغوار الحماية التي ينهجها المشرع من أجل المحافظة على القدرة التنافسية للمقاولة المغربية، وضمان استمراريتها من خلال الإجراءات التي يقرها لمحاربة ظاهرة التزييف

اهمية الموضوع: تتجلى أهمية الموضوع من خلال الاعتماد على النصوص التشريعية والتنظيمية ودراستها بشكل نظري وعملي، علما أن الدراسات التي تناولت الموضوع تناولته بنوع من السطحية دون ملامسة الجوانب التي تثير اشكالاته على مستوى الممارسة العملية.

اشكالية الموضوع: إن موضوع بحجم محاربة التزييف ودوره في حماية المستهلك يتطلب مقاربة نوعية في معالجته وفي اشكالاته ويتجلى ذلك من خلال الاشكال التالي: ماهي الآليات القانونية التي اعتمدها المشرع لحماية المقاولات من خطر التزييف وما مدى تأثير ذلك على حماية رضى المستهلكين؟

وسنتناول هذا الموضوع من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: **مفهوم التزييف و أثره على الاستهلاك**

المبحث الثاني: **الهيئات المكلفة بمحاربة التزييف**

المبحث الأول: مفهوم التزييف و أثره على الاستهلاك

للإحاطة بمفهوم التزييف سنحاول تعريفه (المطلب الأول) ثم إبراز أثره على الاستهلاك (المطلب الثاني) تم التطرق إلى دعوى التزييف كآلية قانونية لحماية المستهلك (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف التزييف.

إذا كان التزييف يمس مختلف المنتجات والطرق والخدمات فإنه يعد بالأساس: تعديا على الحق الاستئثاري الذي تمنحه الملكية الصناعية لصاحب حق من حقوقها، وهذه الحقوق هي: علامة الصنع أو التجارة أو الخدمة، الرسوم والنماذج، براءات الاختراع والمؤشرات الجغرافية، وقد عرفت المادة 201 من القانون 97-17 المتعلقة بالملكية الصناعية والتجارية التزييف بأنه:

- كل مساس بحقوق مالك براءة أو شهادة تصميم تشكل (طبوغرافية) الدوائي المندمجة أو شهادة تسجيل رسم أو نموذج صناعي أو شهادة تسجيل علامة صنع أو تجارة أو خدمة كما هو معرف بذلك على التوالي في المواد 53 و54 و99 و123 و124 و154 و155.

فالتزييف إذن هو المساس بحق من حقوق الملكية الصناعية المحمية قانونا، ويتعلق الأمر إذن بالاعتداء على الحق الاستئثاري في الاستغلال المخول لصاحب براءة اختراع أو رسم أو نموذج، أو علامة أو تسمية جغرافية. و هذا الحق الاستئثاري يمنح لصاحب

الاختراع استغلال اختراعه بحرية و التصرف فيه وفق ما يحقق مصالحه، و كذا التصديق لكل مس قد يطاله، باعتباره ضربا من أعمال التزييف الذي يطال البراءة[907] .

كما عرفت Isabelle de berranger-zeller بأنه:

- جنحة تهدف المس بأي شكل من الأشكال بإحدى حقوق الملكية الصناعية المحمية قانونا، عندما يتعلق الأمر بالرسوم أو النماذج و براءات الاختراع، و علامات الصنع و التجارة و الخدمة.[908]

فالتزييف يقع إذن على حق من حقوق الملكية المحمية قانونا، ويتجلى ذلك من خلال تقليد رسم أو نموذج تزييف براءة اختراع عن طريق الاعتداء عليها، من أجل إيقاع المستهلكين في الغلط وإحداث خلط في أذهانهم. حيث أنه يعتبر ظاهرة دولية تنتشر في الدول المتقدمة كما في الدول المتخلفة، كما أن أسبابه متعددة ومتنوعة. فارتفاع أثمان المنتجات الأصلية واستئثار الدول المتقدمة بها، دفع العديد من الدول نحو التزييف حتى أصبح يعرف بالتزييف المنظم عبر القنوات الرسمية، وأصبحت تخصص له أموال ضخمة وآليات متطورة، كما أصبحت هذه الظاهرة تكتسي خطورة خاصة، بالنظر إلى الآثار السلبية التي تحدثها للاقتصاديات المعاصرة. ويعد المستهلك المتضرر الأول من هذه الظاهرة. وهذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني: أثر التزييف على الاستهلاك، ودور المستهلك في تشجيعه

أصبح التزييف ظاهرة العصر بامتياز، فلا يخلو أي مجال من المجالات الاقتصادية والصناعية من هذه الظاهرة، وتبعا لذلك أصبحت حقوق الملكية الصناعية والتجارية مستهدفة للاعتداء عليها بشكل غير مسبوق من ذي قبل.

و التزييف وبسبب ما يحدثه في عالم التجارة من تحولات جذرية، أصبح له تأثير على الاقتصاد العالمي و الوطني على حد سواء، ومرد هذا التأثير الذي تحدثه ظاهرة التزييف، هو وجود حقوق استئثارية يتمتع بها أصحاب الملكية الصناعية، هذه الحقوق تؤدي في غالب الأحيان إلى الاحتكار، الذي لا يشجع في الكثير من الحالات على التحسين و التطوير أو الإبداع ، إضافة إلى كونه يعمل على الرفع من أثمان السلع الحاصلة على براءة اختراع مما يؤثر على النمو القطاعي للعديد من الدول النامية [909] . في ظل هذه الوضعية يلجأ العديد من الأشخاص بل العديد من الشركات إلى احتراف التزييف، وذلك باستغلال المجهودات التي استثمرت التي استثمرها أصحاب هذه الحقوق، وذلك بهدف أن يجدوا لأنفسهم موقعا في السوق للتأثير على اختيارات المستهلكين، الذين غالبا ما يقعون في الخلط بين السلع المزيفة والسلع الأصلية.

لكن ما يجب الإشارة إليه هو أن تجارة المواد المزيفة بمختلف أنواعها وأشكالها، إذا كانت تعرف رواجا كبيرا بسبب ثمنها المناسب في أغلب الأحوال، وبسبب انخفاض القدرة الشرائية للمواطنين الذين يجدون أنفسهم في العديد من الحالات مضطرين لاقتناء هذه المنتجات، فإن هذه الأخيرة تحمل مخاطر على صحة العديد من المستهلكين، نظرا لعدم توفرها على الجودة المطلوبة بالإضافة، إلى أن إعدادها من طرف أشخاص غير مؤهلين قد يحمل العديد من الأخطار.

وبناء على الكتاب الأخضر المتعلق بمحاربة التزييف في السوق الداخلية المقدم من طرف لجنة الاتحاد الأوربي لسنة 1998 فإن هذه الظاهرة لها أثار اقتصادية واجتماعية بالنسبة للمقاولات والمستهلكين.

أ- بالنسبة للمقاولات:

فعلى مستوى المقاولة تترجم آثار التزييف في انخفاض رقم المعاملات، وكذا في انخفاض حصة هذه الأخيرة من السوق الداخلية والدولية. كما أن التزييف يمنع المقاولات من الاستفادة من المداخيل التي كانت ستحصل عليها نتيجة الاستثمارات التي وظفتها،

907 - امحمد لفروجي: الملكية الصناعية والتجارية تطبيقاتها ودعاواها المدنية والجنائية، الطبعة الأولى، 2002 ص: 171.

908 - Isabelle de barranger-zeller : la lutte contre la contrefaçon. DEA. De propriété intellectuelle. Université robert-Schuman strasbourg.2001/2002. P :4.

909 - مصطفى محمد عز العرب: مستقبل اتفاقية حقوق الملكية الفكرية، 2001، ص:231

وبالتالي يمنعها من تطوير البحث في المجال الذي استثمرت فيه، من أجل الوصول إلى المنتج الذي تعرض إلى التزييف، كما تؤثر على تنمية قدراتها التنافسية، يضاف إلى هذا كله تسريح العديد من العمال مما يؤثر سلبا على النسيج الاجتماعي.

ب- بالنسبة للمستهلك:

إن للتزييف تأثير مباشر على اختيارات المستهلك ويتجلى ذلك من خلال تضليله حول جودة المنتجات المقدمة إليه وطبيعة المواد المكونة له. فتختلف الجودة يؤدي إلى إحداث مشاكل و مخاطر كبيرة، خصوصا حينما يتعلق الأمر ببعض القطاعات الحيوية المرتبطة بسلامته و صحته، كتزييف المواد الصيدلية و كذا قطع الغيار المختلفة التي يتم توظيفها في استبدال المنتجات المتضررة [910] و يتجلى ذلك بوضوح في مجال إعداد قطع غيار السيارات. فتزييف مثل هذه المنتجات يؤدي إلى وقوع حوادث في الطرقات الشيء الذي يؤثر على صحة وسلامة المستهلك.

فالمستهلك حينما يذهب بسيارته لإصلاحها لدى أشخاص يعرضون قطع مزيفة، فهذا معناه، أنه يقتني قطعا لا تتوفر فيها المواصفات المطابقة للسلامة، وبذلك فهو يعرض حياته وحياة مستعملي الطريق للخطر.

وما يزيد الأمر تعقيدا أن المزيف لا يتحمل أية مسؤولية في حالة حدوث أي مشكل في السيارة، فيكون بعيدا عن المساءلة، لعدم توفر أية ضمانة قانونية. فتزييف قطع الغيار إذا كان يعتبر تهديدا للاقتصاد العالمي والوطني على حد سواء، فإنه يعتبر كذلك تدليسا على المستهلكين وخطرا على سلامتهم، وعلى سلامة كل مستعملي الطرقات العمومية.

إن مشكل التزييف مشكل عالمي كما أن آثاره متنوعة ومختلفة على مصلحة الاقتصاد الوطني أو على مصلحة المستهلكين، لكن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن المستهلك يكون له دور كبير في تشجيع التزييف في العديد من الحالات وهذا ما سنحاول التعرض إليه في الفقرة القادمة.

- دور المستهلك في تشجيع التزييف:

إذا كان المستهلك يعتبر مستهدفا بشكل مباشر من ظاهرة التزييف، فالأسف كل الأسف أنه في الكثير من الحالات يلعب دورا إيجابيا في نشر هذه الظاهرة، عن طريق مختلف التدخلات التي يقوم بها لتشجيع المزيفين على بذل المزيد من العطاء والإنتاج. فالمستهلك حينما يقتني سلعا مزيفة وهو على علم تام بذلك فهو بهذا التصرف يضمن استمرار المزيفين في ارتكابهم لأفعالهم التي تضر المجتمع بشكل عام وبمصالحه بوجه خاص.

هذه الوضعية – أي تشجيع المستهلك للتزييف عن طريق اقتناء مواد مزيفة – دفعت العديد من الدول الأوربية إلى اتخاذ مجموعة من التدابير في حق المستهلك نفسه، حينما يتم إثبات اقتنائه لمواد مزيفة مع علمه بذلك. وتتمثل هذه الجزاءات في حجز السلع المزيفة وفرض غرامات مالية على كل مستهلك ارتكب هذا الفعل، وإذا كانت هذه الدول قد لجأت للجانب الزجري لقمع المستهلك، فإننا نرى هذا الاتجاه غير صائب، لأسباب نذكر منها: أن المستهلك يعتبر في العديد من الحالات ضحية لأعمال أشخاص يتفننون في تزييف وتقليد الاختراعات والشارات. فكيف يمكن معاقبة الضحية في ظل قانون يحمي حق الاختيار؟ إن المسلك الذي يجب نهجه في هذه الحالة يجب أن يراعي خصوصية كل مجتمع على حد نهج يجب أن يعتمد على تقوية وعي المستهلك بمخاطر السلع المزيفة، لأنه بتقوية الوعي عن طريق التحسيس الدائم بمخاطر هذه الظاهرة، سنضمن تفادي الوقوع في اقتناء سلع مزيفة على المدى القريب والبعيد. أما إذا تم حجز السلع المزيفة من المستهلك مرة فإنه سيعود لاقتناء هذه السلع مرة أخرى، مادام أن الاقتناع بمخاطر هذه السلع لم يحصل لديه.

المطلب الثالث: دعوى التزييف كآلية لحماية المستهلك.

910- Le courrier de. L'OM PIC. Numéro 1 janvier – mars : 2004-p :6.

لما كانت حقوق الملكية الصناعية و التجارية، حقوقا يقرر بمقتضاها القانون لأصحاب حق الاستئثار باستغلالها[911] فإن الاعتداء عليها يفتح الباب لدعوى التزييف التي تعتبر آلية قانونية و ضعها القانون رهن إشارة صاحب حق الملكية الصناعية بصفة عامة لحمايته من التعدي عليه من قبل الغير. وهذه الآلية وإن كانت مقصورة من خلال القانون 17/97 في صاحب الحق الاستئثاري، فإن أثار هذه الدعوى تنسحب إلى المستهلك. وسنتناول هذه الدعوى من خلال دعوى التزييف المدنية "الفقرة الأولى" ودعوى التزييف جنائية " الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: دعوى التزييف المدنية.

سنتناول من خلال دعوى التزييف المدنية أطراف دعوى التزييف "أولا" ثم الجزاءات التي من شأنها أن تحمي المستهلك "ثانيا".

أولا: أطراف دعوى التزييف.

وسنتناول من خلال هؤلاء الأطراف من له الحق في رفع دعوى التزييف وإشكالية رفع المستهلك لهذه الدعوى (أ) ثم ضد من يمكن رفعها. (ب)

أ- من له الحق في رفع دعوى التزييف.

مبدئيا مالك براءة الاختراع أو الرسم أو النموذج أو العلامة هو الذي يحق له رفع دعوى التزييف المدنية لأنه هو المتضرر الأول من أي فعل من أفعال التزييف الذي قد يطال الحقوق التي تخولها له البراءة المسلمة إليه اختراعه مهما كان موضوعها. وهذا ما أكد المشرع في المادة 202 من القانون 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية والتجارية التي تتضمن أحكاما عامة تسري على جميع الدعاوى القضائية ذات الطابع المدني الممكن رفعها في ميدان الملكية الصناعية، حيث ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة أنه "يقيم دعوى التزييف مالك البراءة أو الإضافة، أو شهادة تصميم تشكل (طبوغرافية) الدوائر المندمجة أو شهادة تسجيل الرسم أو النموذج الصناعي، أو شهادة تسجيل علامة الصنع أو التجارة أو الخدمة.

غير أن المبدأ المذكور قد ترد عليه عدة استثناءات، مفادها أنه يجوز لغير مالك براءة الاختراع أن يقوم في حالات معينة برفع دعوى التزييف.[912] و إذا كانت هذه الحالات تتمثل في السماح للمستفيد من ترخيص تعاقدي باستغلال براءة الاختراع ووفق شروط المادة 20. فنحن نتساءل عن مدى إمكانية المستهلك، في رفع دعوى التزييف المدنية جراء أضرار إما مادية أو جسدية أصابته؟

فوفقا للمقتضيات المضمنة في قانون الملكية الصناعية، لا يوجد أي نص قانوني يمكن المستهلك من رفع هذه الدعوى، و مع ذلك فهذا لا يعني أن المستهلك لا يملك أي حل سوى الاستسلام لإرادة المزيفين و الرضوخ للأمر الواقع، بل يمكنه إقامة دعوى مدنية وفقا للقواعد العامة، و وفقا لقواعد قانون الاستهلاك و حينما أتكلم عن قانون الاستهلاك فإن المقصود به قانون 13/83 و ليس مدونة الاستهلاك مادام أن المغرب لا يتوفر على هذه المدونة، ذلك في حالة حصول أي ضرر من جراء استعمال إحدى المواد المزيفة، إلا أن الدعوى في هذه الحالة لا تبنى على أساس قانون الملكية الصناعية و التجارية بل على أساس آخر هو المسؤولية العقدية أو التقصيرية حسب الأحوال.

كما أشرنا من قبل إذا كان قانون الملكية الصناعية والتجارية لا يسمح بإمكانية رفع دعوى التزييف للمستهلك الذي يكون عرضة في العديد من الحالات إلى مخاطر هذه الظاهرة، فإن ممارستها من طرف صاحب الحق في البراءة يقلل بشكل كبير من فرص تعرض المستهلك للأخطار المتولدة عن التزييف ويظهر ذلك بشكل أكثر وضوحا من خلال الجزاءات التي يرفضها القانون على المزيفين، كالجزاء المتمثل في المصادرة والإتلاف، سواء للمنتج المزيف أو الآلات والوسائل التي توظف في عملية التزييف، ناهيك عن الغرامات الكبيرة التي ترفض عليهم. فهذه الجزاءات تمتد فوائدها بشكل مباشر للمستهلكين، على الرغم من أنهم لم يكونوا أطرافا في دعوى

911 - فؤاد معلال: محاضرات في مادة الملكية الصناعية والتجارية، المعدة خصيصا للسنة الثانية من وحدة المنافسة والاستهلاك، 2005/2004، ص:13.

912 - الفروجي امحمد: الملكية الصناعية والتجارية، مرجع سابق، ص 192.

ISSN:2509-0291

التزييف. وهذه الفائدة تتجسد في تفادي اقتناء سلع وخدمات مزيفة، وعلى الرغم من هذه الاستفادة التي يحظى بها المستهلك عن طريق الدعوى التي يرفعها المنافس المتضرر، فإننا نقترح في هذا الباب، وتماشيا مع التوجهات الكبرى لقانون الاستهلاك، أن تمنح الإمكانيات لجمعيات حماية المستهلكين، مادام أنها تمثل جمهور المستهلكين أن تنصب كطرف في دعوى التزييف، وهذا الأمر سيكون له أثر كبير في القضاء على التزييف وفي نشر ثقافة حماية المستهلك.

ب- ضد من تقام دعوى التزييف.

تقام دعوى التزييف ضد مرتكب أو مرتكبي أفعال التزييف، وفي حالة تعددهم فإنه يمكن إقامتها على كل واحد منهم على حدة أو عليهم جميعا في دعوى واحدة. كما أنه يمكن توجيهها ضد بعضهم دون البعض الآخر. فمثلا تزييف منتج يمكن إقامة الدعوى ضد صانعه ومسوقه ومستعمله، بواسطة دعوى واحدة أو دعاوى مستقلة كما يمكن الاكتفاء بإقامتها ضد الصانع والمسوق دون المستعملين، أو ضد الصانع فقط، فتوجيه الدعوى ضد البعض لا يمنع من توجيهها للآخرين.

و بالنسبة لصنع لمنتج المزيف، فإن كلا من طالب الصنع و الصانع الفعلي يعتبران مزيفين و كلاهما يمكن توجيه الدعوى ضده، هذا على خلاف من قام باستيراد المنتج، إذا الدعوى تقام من ادخل المنتج المزيف إلى المغرب وحده دون الصانع، الذي أنجزه في الخارج و ذلك تطبيقا لمبدأ إقليمية البراءة، و ينطبق هذا القول على جميع حقوق الملكية الصناعية بالإضافة إلى براءة الاختراع[913]

.

ثانيا: الجزاءات المترتبة عن دعوى التزييف والتي لها ارتباط بمصلحة المستهلك:

هناك مجموعة من الجزاءات المترتبة عن دعوى التزييف المدنية، إلا أننا سنسلط الضوء على تلك التي لها ارتباط بمصلحة المستهلكين وهي:

الجزاء المتمثل في المنع من مواصلة الأعمال المدعى أنها تزييف (أ) تم الجزاء المتمثل في مصادرة المنتجات المزيفة والوسائل أو الأجهزة المخصصة لإنجاز التزييف (ب) بالإضافة إلى الجزاء الممثل في نشر الحكم الصادر بشأن دعوى التزييف المدنية (ج).

أ- الجزاء المتمثل في منع مواصلة الأعمال المدعى أنها تزييف

تنص المادة 203 من القانون رقم 17/97 على أنه: عندما ترفع دعوى التزييف إلى المحكمة يجوز لرئيسها بصفته قاضي المستعجلات أن يمنع مؤقتا تحت طائلة الحكم بغرامة تهديدية مواصلة الأعمال المدعى أنها تزييف أو يوقف مواصلتها على وضع ضمانات ترصد لتأمين منح التعويض لمالك سند الملكية الصناعية أو المرخص له... إلا أن المشرع يتطلب للقيام بهذا الإجراءات توافر شرطين اثنين يتمثلان: في جدية الدعوى في موضوعها، وعدم تجاوز أجل ثلاثين يوما من العلم بوقوع فعل التزييف، وهذا المنع المؤقت قد يتحول إلى منع دائم ونهائي. إذا صدر في القضية حكم وأصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به، والذي يكون قد استجاب لكل أو بعض طلبات دعوى التزييف.

فمما لا شك فيه، أن منع المزيف من الاستمرار في صنع أو عرض المواد المزيفة، فيه مصلحة مباشرة للمستهلك الذي سيتفادى الوقوع في الخلط بين السلع المزيفة والسلع الأصلية فدعوى التزييف تمتد آثارها للمستهلك رغم أنه لم يكن الطرف الذي رفع الدعوى.

ب- الجزاء المتمثل في مصادرة المنتجات المزيفة والوسائل والأجهزة المخصصة لإنجاز التزييف:

إن إجازة مصادرة الآلات و الأدوات المستخدمة في التقليد، هو تدبير احترازي لأنه يهدف إلى الحيلولة بين حائز الشيء و بين أن يستعمل هذا الشيء مستقبلا في ارتكاب أية جريمة، أي أن غرضه كسائر التدابير الاحترازية هو توقي خطورة إجرامية كامنة في هذه الأشياء[914]. إن تطبيق هذا الجزاء المادة 212 من القانون 17/97: "يجوز للمحكمة بناءا على طلب من الطرف المتضرر ويقدر ما هو ضروري لضمان المنع من مزاولة التزييف، أن تأمر لفائدة المدعي بمصادرة الأشياء التي تثبت أنها مزيفة، والتي هي ملك للمزيف في

913 - أنظر فؤاد معلال: الملكية الصناعية والتجارية، مرجع سابق، ص139

914 - سيوت حليم دوس: دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، ص: 142، وما بعدها.

تاريخ دخول المنع حيز التنفيذ وإن اقتضى الحال بمصادرة الأجهزة أو الوسائل المعدة خصيصا لإنجاز التزييف...". وعلى الرغم من وجود مجموعة من الشروط لتطبيق هذا المقتضى كضرورة تقديم المتضرر لطلب، ومصادرة ما هو ضروري، فإن هذا الإجراء لا يمكن إلا أن يعزز من الحماية التي يجب أن يحظى بها المستهلكون في سوق كثر فيها وجود المنتجات المزيفة.

ج- الجزء المتمثل في نشر الحكم الصادر بشأن دعوى التزييف المدنية:

إذا كان الهدف من وراء النشر في جانب منه هو ردع للمحكوم ضده، فإن الجانب الآخر منه هو توعية المستهلكين بأن هناك سلعة مقلدة لا تحمل طابع الجودة الذي عهدوه في نفس النوع من السلع الأصلية غير المقلدة ليحذروا من التقليد، كما أن النشر يشمل أيضا الحماية لحق المخترع و كسبه لدخل أكبر يزيد به ميزانية أبحاثه فينتج للجماهير ابتكارا أفضل و أكثر تطورا، تسهم في وضع البناء التقني للوطن[915]. و هكذا فقد أجاز المشرع للمحكمة التجارية المرفوع إليها دعوى التزييف المدنية الناشئة عن براءة الاختراع، أن تأمر في حكمها الصادر في هذه الدعوى، بنشر هذا الحكم عندما يصير نهائيا، حيث ورد في المادة 209 من القانون 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية و التجارية أنه، "تأمر المحكمة بنشر الأحكام القضائية التي صارت نهائية، و التي صدرت تطبيقا لأحكام هذا القانون" [916]. فالهدف الأساسي وراء الجزاء المتمثل في نشر الحكم هو التشهير بالمزيف، حتى يكون الجميع على علم بالتزييف الذي طال المنتجات المعنية بالأمر، فالمستهلك حينما يعلم أن منتجات قد صدر حكم بشأنها يدين المتورطين في أفعال التزييف المرتبطة بها، لا يقدم مرة أخرى على اقتناء هذه المواد. فهذا الجزاء يعتبر مهما لأنه يوجه إلى عدد أكبر من المستهلكين وبانتشار الخبر نضمنه سلامة هؤلاء الأخيرين من المواد المزيفة.

الفقرة الثانية: دعوى التزييف الجنائية

تعد دعوى التزييف الجنائية أكثر فعالية في تحقيق الحماية المنشودة، سواء للاقتصاد الوطني أو بالنسبة لحماية المستهلكين، و دعوى التزييف الجنائية هي التي تقام ضد الشخص المرتكب لأي فعل من الأفعال المعتبرة تزييفا، و إذا كانت الجزاءات المترتبة عن دعوى التزييف المدنية تقريبا هي نفسها الجزاءات المترتبة عن دعوى التزييف الجنائية، فإن الاختلاف يمكن في أن دعوى التزييف الجنائية، يتم الحكم فيها بغرامات و بالحبس أو بإحداهما فقط في حق كل من قام بفعل التزييف، و في هذا الإطار يجب الإشارة إلى أن جريمة التزييف لا تقوم بمجرد الإتيان بالفعل المادي، المتمثل في المساس بحقوق مالك هذه البراءة كما ما هو محدد في المادتين 53 و 54 من القانون 17/97، و إنما يجب لكي تقوم هذه الجريمة و تتم المعاقبة عنها، أن تكون ارتكاب أي فعل من أفعال التزييف قد تم عن عمد، أي عن سوء نية مرتكبة أو بالرغم من أن هذا الأخير كان وقت ارتكابه لفعله يعلم أن ما يقوم به يشكل مساسا بحقوق ملكية محمية ببراءة اختراع. لكن مع ذلك نرى أنه يجب التمييز هنا بين أفعال التزييف المرتكبة من طرف صانع المنتج المسلمة عنه براءة الاختراع، وبين أفعال التزييف المرتكبة من طرف شخص آخر أو أشخاص غير الصانع. فحينما يتعلق الأمر بالشخص الذي قام بصنع المنتج المزيف، سواء اكتفى بالصنع أو بعرض المنتج الذي صنعه للبيع أو الاتجار فيه أو استعماله وإما في قيام الغير باستيراد المنتج المزيف أو حيازته قصد عرضه للبيع أو تقديمه للاتجار فيه أو استعماله، ففي هذه الحالات فإن شرط سوء النية غير مطلوب وذلك بناءا على المادة 201 من القانون 17/97. وخلافا لذلك فإن الفقرة الثانية من نفس المادة تنص على ضرورة توفر شرط من هذا القبيل كلما كان الأمر يتعلق بأفعال تزييف، مرتكبة من شخص آخر غير صانع المنتج المزيف، تتمثل إما في عرض هذا المنتج أو تقديمه للاتجار فيه أو استعماله وإما في حيازته قصد عرضه للبيع أو تقديمه للاتجار فيه أو استعماله. إن العقوبات الجنائية المقررة لجريمة التزييف من شأنها أن تعزز من حماية المستهلك ذلك أن الغرامات التي يتم الحكم بها غرامات مرتفعة يعجز الكثير من المزيفين عن أدائها، وهذا بلا شك عامل إيجابي بالنسبة للمستهلك الذي يقع في الكثير من الحالات ضحية التزييف.

915 - سينوت حليم دوس: مرجع سابق، ص: 155

916 - امحمد لفروجي الملكية الصناعية والتجارية، مرجع سابق، ص: 204

بعد ما حاولنا التطرق إلى دعوى التزييف الجنائية والمدنية ودورهما في حماية المستهلك سننتقل الآن للحديث عن الهيئات المكلفة بمحاربة التزييف والتي بدورها تقوم بمجهودات كبيرة لحماية هذا الأخير من الآثار السلبية لهذه الظاهرة الخطيرة.

المبحث الثاني: دور الهيئات المكلفة بمحاربة التزييف في حماية المستهلك

إن إيجاد النصوص القانونية، لا يعد كافيا لتحقيق الهدف المنشود وراء إقرارها، بل لابد من خلق المؤسسات القادرة على تفعيل هذه النصوص. ومن خلال هذا المبحث سنحاول التعرض إلى الهيئات الرسمية المكلفة بمحاربة التزييف (المطلب الأول) ثم دور المجتمع المدني في محاربة التزييف (المطلب الثاني) إضافة إلى اقتراحات عملية للحد من التزييف بما يكفل الحماية لجمهور المستهلكين (المطلب الثالث).

المطلب الأول: دور الهيئات الرسمية المكلفة بمحاربة التزييف في حماية المستهلك.

سنتحدث عن الهيئات الوطنية (الفقرة الأولى) ثم عن الهيئات الدولية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الهيئات الوطنية.

سنتحدث عن دور مكتب الملكية الصناعية في محاربة التزييف "أولا" ثم عن دور بعض الهيئات الرسمية الأخرى في محاربة هذه الظاهرة "ثانيا".

أولا: دور مكتب الملكية الصناعية في حماية المستهلك من خلال محاربة التزييف.

يقوم المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية بدور مهم في محاربة التزييف، و13/99 القاضي بإنشاء المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية أن المكتب يقوم باطلاع الجمهور على كل معلومة لازمة لحماية الاختراعات وتسجيل التجار في السجل التجاري، كما نجد كذلك المادة الرابعة من نفس القانون، تنص على انه تعهد إلى المكتب مهمة: مساعدة وإعلام العموم فيما يتعلق بالملكية الصناعية. فالإعلام المقصود هنا إعلام هام يدخل في إطاره كل ما من شأنه أن يجعل أصحاب الحقوق، حقوق الملكية الصناعية، أو المستهلكين في منأى عن التزييف، فهذا الإعلام يشكل نوع من التواصل بين المكتب ومختلف الفاعلين الاقتصاديين، وقيام المكتب بهذه المهام لا شك أنه سيعمل على التقليل من هذه الظاهرة. وإطار الالتزامات الدولية نجد المادة 12 من اتفاقية باريس، تنص على أن المصالح الوطنية الخاصة بالملكية الصناعية تصدر دورية رسمية وعليها أن تقوم بانتظار بنشر:

- أسماء مالكي البراءات الممنوحة مع بيان موجز للاختراعات التي منحت عنها براءات.
- صور طبق الأصل للعلامات المسجلة.

بالإضافة إلى هذه المهام التي يقوم بها مكتب الملكية الصناعية نجده كذلك ينظم مجموعة من الندوات للتحسيس بأخطار التزييف، وكيفية محاربته وهذا يتجلى من خلال اليوم الدراسي الذي نظمه المكتب في 15 نونبر 2003 بمشاركة مع فدرالية الكيمياء الصيدلية، حول الكيمياء الصيدلية في مواجهة التزييف والتهريب.

حيث تم التطرق في هذا اليوم الدراسي إلى أثار هذه الظاهرة على هذا القطاع، كما تم بالإضافة إلى ذلك التعرض لأهم الآليات التي من شأنها أن تقلل من هذا الخطر. و اتفق الاثنان: مكتب الملكية الصناعية و فيدرالية الكيمياء الصيدلية لإنشاء لجنة لمكافحة التزييف[917].

إن قيام مكتب الملكية الصناعية بمثل هذه المهام، من شأنه أن يشكل وسيلة لإخبار جمهور المستهلكين.

ثانيا: الهيئات الحكومية المكلفة بمحاربة التزييف:

إن الهدف وراء إحداث هذه الأجهزة، هو حماية المستهلك من الغش والتزييف الذي يمس المنتجات والخدمات التي قد تشكل خطرا على حياته. فالغش المقصود هنا هو الغش بمفهومه الواسع الذي يشمل التزييف أيضا، فهذا الأخير يشكل دربا من دروب الغش الذي تتعرض له السلع والخدمات وهذه الأجهزة مختلفة ومتنوعة لكننا سنعتمد على أهمها: وهكذا نجد وزارة التجارة والصناعة التقليدية (أ) ووزارة الداخلية (ب) ثم وزارة الصحة (ج).

917- Le courrier de – l'OM IC – op. cit- âge 7.

أ- دوروزارة التجارة والصناعة التقليدية في محاربة التزييف:

تتوفر هذه الوزارة على مديريتين معينتين بالاستهلاك والمستهلك ويتعلق الأمر بمديريتي تنميط وتحفيز الجودة وكذا مديرية التجارة الداخلية، وما يهمنا نحن في هذا الصدد هو مديرية تنميط وتحسين الجودة، وهي مديرية مكلفة خاصة:

- بدراسة واقتراح والسهر على تطبيق المعايير التشريعية والتنظيمية فيما يخص تنميط وتحفيز الجودة.

- السهر على تطبيق التشريع والتنظيم المتعلق بمحاربة الغش والتزوير... وذلك بمراقبة الجودة وكمية المواد الصناعية ومواد الصناعة الفلاحية، والتي تدخل في اختصاص القسم المكلف بالصناعة الغذائية والفلاحية.

- إنشاء و تطبيق السياسة الوطنية في مادة الملكية الصناعية.[918]

فبالنظر إلى المهام الموكولة لهذه المديرية وخصوصا ما يتعلق بمحاربة الغش وكذا تطبيق السياسة الوطنية في مادة الملكية الصناعية فمن شأنها أن تقوم بدور كبير بهدف الحد من التزييف الذي يعد المستهلك الضحية الأولى له.

ب- وزارة الداخلية ومحاربة التزييف:

تحتل وزارة الداخلية مكانة هامة داخل الهرم الوزاري المغربي حيث تسمى بأم الوزارات ويتجلى دورها في محاربة التزييف على مستويين: مستوى مركزي وعلى المستوى الجهوي والمحلي. فعلى المستوى المركزي تتوفر على مصالح لزجر الغش والتزوير ومراقبة الجودة ومحاربة التهريب، الذي يعد العنصر الأساسي من بين عناصر أخرى المساعدة على انتشار تجارة المواد المزيفة.

كما نجد كذلك اللجنة الوطنية التي تتكون من أعضاء من وزارة العدل ووزارة الصناعة ووزارة المالية التي تجتمع بمقر وزارة الداخلية وتحت إشرافها والمكلفة بمحاربة تجارة التهريب.

و على المستوى المحلي نجد مجموعة من المصالح و المكاتب التي تقوم بمهمة محاربة الغش و مراقبة جودة المنتجات، خاصة فيما يتعلق بسلامتها، فالدور الذي تقوم به هذه الوزارة يعد رائدا في مجال التزييف و الحفاظ على سلامة المواطنين.[919]

ج- دوروزارة الصحة في محاربة الغش والتزييف:

انطلاقا من مهمتها الأساسية المتمثلة في الحرص على السلامة الجسدية والنفسية والاجتماعية لجميع المواطنين، يمكن لوزارة الصحة أن تلعب دورا مهما في حماية صحة المستهلك، وفي هذا الإطار ومن أجل تفادي تزييف المواد الصيدلية أنشأت وزارة الصحة أجهزة لمراقبة وتوزيع هذه المواد، وذلك بمقتضى المرسوم رقم 266-76-2 في 6 ماي 1977 المتعلق بشروط الترخيص في مزاولة الصيدلة، وكذا إشهار الأدوية. يضاف إلى هذا وجود مختبر لمراقبة الأدوية و التخصصات الصيدلية المحدث بموجب المرسوم 372-72-2 في ابريل 1974[920]. فحرص هذه الوزارة على صحة وسلامة المواطنين، تجعلها دائما في مواجهة المواد المزيفة التي قد تشكل خطرا على مجتمع بأكمله، وعملها على هذا المستوى عمل دائم ومستمر وفعال ويتضح ذلك من خلال التدخلات الميدانية التي تقوم بها في الكثير من الحالات.

بالإضافة إلى وزارة الصناعة و وزارة الداخلية و وزارة الصحة لابد من الإشارة إلى أن هناك مجموعة من الأجهزة الأخرى التي تعمل على زجر الغش، و محاربة التزييف خاصة مديرية محاربة الغش التابعة لوزارة الفلاحة، إدارة الجمارك و المحتسب... لكن ما يجب الإشارة إليه أن هناك تداخل في اختصاصات هذه الهيئات مما يؤثر سلبا في كثير من الأحيان على نتائج عملها الشيء الذي دفعنا إلى اقتراح تأسيس هيئة أو لجنة وطنية لمحاربة التزييف على المستوى الوطني، تعمل على محاربة التزييف بشكل دائم و مستمر و تقوم بعملها تحت إشراف الوزير الأول، لأن إحداث هذه اللجنة من شأنه أن يحد بشكل كبير من أفعال التزييف. وهذه الهيئة لن تقوم بدورها أحسن قيام إذا لم يتم تزويدها بموارد بشرية ومالية وبسلطة واسعة في تقرير أفعال التزييف.

918- Abdellah boudahrain : le droit de la consommation au Maroc .1er édition :1999 p :33 et suivant.

919- Abdellah boudahrain – op cit – p : 35..

920- Abdellah.boudahrain.op.cit. P : 38 et suivant.

بعدما تحدثنا عن الأجهزة الوطنية ودورها في محاربة التزييف وحماية المستهلك سننتقل الآن للحديث عن الأجهزة الدولية في الفقرة الثاني.

ح- دور إدارة الجمارك في محاربة التزييف

تعتبر إدارة الجمارك و الضرائب غير المباشرة أول قناة لمكافحة الغش و التقليد على المستوى الداخلي، و ذلك بالتصدي للسلع المزيفة عند الاستيراد و قبل دخولها الى القنوات التجارية أو عند التصدير921

ولمحاربة ظاهرة التزييف تتدخل إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة إما بناء على طلب مالك الحق في استغلال العلامة التجارية I أو تلقائيا في إطار عملها اليومي المتمثل في مراقبة البضائع المستوردة والمصدرةII .

I- محاربة التزييف بناء على طلب مالك الحق في استغلال العلامة التجارية:

وفقا للمادة 176.1 من قانون الملكية الصناعية تتدخل إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة من أجل حماية العلامات التجارية بناء على طلب من مالك علامة مسجلة أو مستفيد من حق استغلال استئثاري، وذلك عن طريق وقف التداول الحر للسلع مستوردة أو مصدرة أو عابرة مشكوك في كونها سلعا مزيفة تحمل علامات متطابقة أو علامات مماثلة للعلامة المذكورة تؤدي إلى خلق التباس. فالطلب الذي يتقدم به صاحب العلامة يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، من أهمها عناصر إثبات توحي بوجود مس ظاهر بالحقوق، أن يتضمن الطلب المعلومات الكافية والتي تسمح بالتعرف على البضاعة التي تحمل العلامة المزيفة بشكل سهل عند تدخل أعوان الجمارك، وكذا أي وثيقة أو معلومة ضرورية لدراسة الطلب وأي رسم مستحق.

يتم إخبار صاحب الطلب بإجراء التوقيف فورا و يستمر هذا الإجراء لمدة سنة أو لمدة تعادل الفترة المتبقية للعلامة قبل سقوطها في الحق العام ، و لصاحب الطلب مدة 10 أيام مفتوحة لرفع دعوى قضائية، وإن انتهى الأجل و لم يقم بذلك و لم يعلق أمر باتخاذ الاجراءات التحفظية من السلطات المعنية، فإنه يسمح برفع اليد شرط أن تكون الاجراءات و الشروط الجمركية تمت، فهذا الطلب يمكن من اتخاذ إجراءات تحفظية لمنع التعدي على الملكية الصناعية.922

II- محاربة التزييف تلقائيا في إطار عمل أعوان الادارة :

في إطار عمل أعوان الادارة اليومي، قد تثار شكوك حول طبيعة السلع المستوردة أو المصدرة هل هي أصلية أو مزيفة، وفي هذه الحالة، يتم تعليق رفع اليد عن البضاعة موضوع الشك الى غاية التأكد منها، و في هذه الحالة يستوجب إشعار مالك العلامة أو صاحب الحق الاستئثاري، ويتم رفع إجراء التوقيف بقوة القانون وفقا للمادة 176-4 المتعلق بحماية الملكية الصناعية إذا لم يدل مالك الحقوق لدى إدارة الجمارك و الضرائب غير المباشرة خلال أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ إخباره من لدن الادارة المذكورة، بما يثبت القيام بالإجراءات أو رفع الدعوى القضائية .

يضاف الى كل ما سبق أن التزييف يعتبر مخالفة جمركية وذلك وفقا للفصل 285 الذي ينص على أنه

تشكل المخالفات الجمركية من الطبقة الأولى: .....

12-استيراد بضائع حاملة لعلامة صنع أو تجارة أو خدمات مقلدة حسب ما هو منصوص عليه في القانون رقم 97 - 17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية؛ ويعاقب عليها بمقتضى الفصل 287 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة بضعف الرسوم والمكوس المتجانف عليها، إذا كانت البضاعة مستوردة وبغرامة تعادل نصف قيمة البضائع موضوع المخالفة إذا كانت موجهة للتصدير.

---

921 - هادي لامية، قروط محمد، دور إدارة الجمارك في مكافحة جريمة التقليد في مجال الملكية الصناعية، بحث لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، سنة 2015/2014 ص 96.

922 - فتحي وردية، إدارة الجمارك كقناة أولى لمنع التعدي على الملكية الصناعية، مداخلة ألقيت في ملتقى وطني حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة وتحديات التنمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ايام 28 و29 ابريل 2013، جامعة بجاية،2013، ص 132.

ISSN:2509-0291

تجدر الاشارة في الأخير أن البضائع التي تبث أنها مزيفة، يتم اتلافها من طرف إدارة الجمارك حماية للاقتصاد الوطني وللمقاولة ولصحة وسلامة المستهلك وذلك بعد حكم قضائي نهائي أو بناء على أمر من قاضي المستعجلات وذلك وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 176.5 من القانون المتعلق بالملكية الصناعية.

إن محاربة إغراق الأسواق المغربية بمنتجات أجنبية مزيفة ذات قيمة زهيدة و جودة رديئة، جعل الدولة المغربية تنشأ لجنة تسمى "لجنة مراقبة الواردات" تتكون من مجموعة من المتدخلين ممثلين للسلطات الحكومية المعنية وأعضاء يمثلون جمعية غرف التجارة والصناعة والخدمات وجمعية غرف الفلاحة وجامعة غرف الصناعة التقليدية وجامعة غرف الصيد البحري،**923** وذلك قصد دراسة وتقييم طبيعة المنتجات المغرقة و مدى تأثيرها على المقاولات والنسيج الاقتصادي الوطني واتخاذ مجموعة من التدابير على شكل "تدابير مضادة للإغراق" أو "تدابير تعويضية" أو "تدابير وقائية"**924**، مع الأخذ بعين الاعتبار المصالح الوطنية للمغرب، في انسجام واحترام تام للتعهدات و الالتزامات الدولية.

فجل التدابير التي تتخذ من طرف ادارة الجمارك والضرائب غير المباشرة تهدف حماية المنتج والمقاولة الوطنية بما يضمن المنافسة النزيهة بين المنتجات المحلية الصنع والمنتجات المستوردة، ويحافظ للمقاولة المغربية على قدرتها التنافسية واستمرارية نشاطها الاجتماعي والاقتصادي.

الفقرة الثانية: الهيئات الدولية المكلفة بمحاربة التزييف.

من خلال هذه الفقرة سنتحدث عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية "أولا" ثم عن منظمة التجارة العالمية "ثانيا".

أولا: المنظمة الدولية الملكية الفكرية:

لقد كان من نتائج التطور الاقتصادي الذي شهده العالم في الربع الأخير من القرن التاسع عشر والذي ترتب عنه تزايد انتقال السلع والخدمات بين دول العالم، أن تطور الدور الاقتصادي للملكية الصناعية، خصوصا على المستوى الدولي الذي يتميز بالانفتاح والانتقال الحر لرؤوس الأموال وللسلع والخدمات في سياق ما يصطلح عليه بالعولمة. هذا الوضع الجديد دفع المجتمع الدولي نحو إرساء قواعد عالمية جديدة للملكية الصناعية.[925]

و في هذا الإطار تم إحداث المنظمة الدولية للملكية الفكرية، التي تقوم بأدوار مهمة في محاربة التزييف و ذلك عن طريق المكتب الدولي للملكية الفكرية، و تتجلى أهمية هذا المكتب في كونه يعمل على ضمان التعاون بين مختلف الدول من أجل محاربة التزييف، بالإضافة إلى تقديم المساعدة التقنية للدول النامية: كإنشاء قوانين و أجهزة و تكوين العاملين في مجال محاربة التزييف خصوصا ما يتعلق بتكوين أشخاص في المجال الجمركية.[926] كما أنشأ المكتب لجنة استشارية حول موضوع الصناعية، و من بين نتائجها أنها قامت بإنجاز تقرير حول الصعوبات التي تعرقل حماية الملكية الصناعية و التي من بينها: ضعف التنسيق على المستوى الوطني – ضعف تحسيس المواطنين بالتزييف و أخطاره – ارتفاع مصاريف اللجوء إلى القضاء.[927] فقيام المنظمة بكل هذه الأعمال لابد و أن تكون له أثار على المستوى الدولي في محاربة هذه الظاهرة التي تؤثر على العديد من المستهلكين في بقاع مختلفة من المعمور.

- فهذه المنظمة إذن تلعب دورا مهما في توحيد التشريع الدولي في مجال الملكية الصناعية وكذا في تفعيل القوانين عن طريق فرض جزاءات على الدول التي تخل بواجباتها في هذا المجال خاصة حينما يتعلق الأمر بالتهاون في محاربة التزييف.

ثانيا: منظمة التجارة العالمية:

---

923 - انظر المادة 03 من الظهير شريف رقم 1.11.44 صادر في 29 من جمادى الآخرة 1432 (2 يونيو 2011) بتنفيذ القانون رقم 15.09 المتعلق بتدابير الحماية التجارية.

924 - انظر المادة 01 من القانون 15.09، من نفس

925 - فؤاد معلال: تحيين القانون المغربي للملكية الصناعية، وملاءمته مع الاتفاقية المنبثقة عن المنظمة العالمية + للتجارة، المتعلقة بجوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة: المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 56 مايو – يونيو 2004، ص:24.

926 - Isabelle de berranger – zeller. Op.cit. p :35

927 -la courrier de – l'OM PIC – numéro : 1 janvier – mars 2004 p :6.

ISSN:2509-0291

مجهودات كبيرة تم القيام بها على مستوى منظمة التجارة في نهاية الثمانينات، وذلك من أجل توحيد القواعد التي تحد من تصدير السلع ذات العلامات المزيفة، لكن هذه المجهودات ثم إفشالها من طرف مجموعة من الدول التي اعتبرت أن ليس من الضروري إحدى هذه القواعد أو كون هذه القواعد بمثابة عرقلة أمام انتقال وتجارة السلع الأصلي، وعلى الرغم من ذلك فهذه المنظمة لازالت تواصل نشاطها من أجل تخليق التجارة العالمية. وبالنظر إلى أن منظمة التجارة العالمية هي التي تسهر على تطبيق اتفاقية حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة، فإنها تفرض على كل الدول المنضوية تحت لوائها التصريح بعدم شرعية التزييف وبأن تضع جزاءات على شكل غرامات وجزاءات حبسية أو الاثنين معا وبمصادرة الأدوات التي توظف في التزييف.

ومن أجل ضمان تطبيق هذه المقتضيات أحدثت منظمة التجارة العالمية تقنيتين اثنتين ويتعلق الأمر:

- بمراقبة مفصلة وغير منقطعة من أجل ضمان تنفيذ الدول لالتزاماتها.
- معالجة النزاعات التي تحدث بين الحكومات.

فهذه المهام التي تقوم بها منظمة التجارة العالمية من شأنها أن تقلل أو تحد من التزييف على اعتبار كونها تدفع الدول نحو تبني مناهج و طرق حقيقية للقضاء على هذه الظاهرة التي تنخر الاقتصاد العالمي و الوطني[928]. فالمحاربة الدولية لهذه الظاهرة ستكون لها نتائج على سلامة المستهلك على المستوى الدولي والداخلي. وإذا كان نشاط هذه المؤسسة سيقلل بشكل كبير من هذه الظاهرة، فإنه بالمقابل يجب مد يد العون للدول التي ستتضرر من هذه المحاربة، وتمكينها بالتكنولوجية الحديثة، حتى تستفيد من التطور الذي يعرفه عالم اليوم، وذلك بشكل يلبي حاجيات ومصالح مستهلكي هذه الدول.

المطلب الثاني: دور المجتمع المدني في محاربة التزييف.

في هذا المطلب سنتعرض لدور جمعيات حماية المستهلكين في محاربة التزييف (الفقرة الأولى) ثم دور المقاولات في محاربة التزييف (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور جمعيات حماية المستهلكين في محاربة التزييف.

إن جمعيات حماية المستهلكين مدعوة أكثر من أي وقت مضى، من أجل شن حملة على مختلف المستويات، على هذه الظاهرة التي يعد المستهلك المتضرر الأول منها، وهذه الحملة يجب أن تترجم من خلال التوعية والتحسيس الدائمين بمخاطر التزييف، وذلك عن طريق مختلف وسائل الإعلام: من جرائد وتلفاز وراديو وجميع الوسائل الممكنة، بالإضافة إلى عقد ندوات ولقاءات للتحسيس بالآثار السلبية الممكن حدوثها نتيجة استعمال منتجات مزيفة. فهذه المهمة تعد مهمة طبيعية بالنسبة للجمعيات، وهي تتحملها إلى جانب الدولة لأن كلاهما مسؤول عن صحة وسلامة المستهلكين كل في نطاق نشاطه واختصاصه. وتزداد أهمية تدخل الجمعيات في محاربة التزييف خصوصا أمام الانفتاح الاقتصادي الذي يعرفه المغرب على شتى المستويات، بحيث سيسهل على العديد من المزيفين إدخال سلع مزيفة إلى السوق المغربي، وأمام غياب التحسيس والتوعية سيكون المستهلك عرضة للعديد من التجاوزات الخطيرة في هذا المجال.

الفقرة الثانية: دور المقاولة في محاربة التزييف.

إذا كان المستهلك هو المتضرر الأول من التزييف، فإنه ذلك يجب ألا نتجاهل الآثار السلبية لهذه الظاهرة على المقاولة. فكما أشرنا إلى ذلك سابقا، فإن آثار هذه الظاهرة، تتجلى على الخصوص في تخفيض رقم معاملاتها، وفي تخفيض قدرتها التنافسية بالإضافة إلى تسريح العديد من العمال. لهذا فالمقاولة مطالبة بأن تلعب دورا مهما في القضاء على ظاهرة التزييف عن طريق التحاور مع

928 - Isabelle de berranger – Zeller. Op.cit p :75

الجهات الرسمية لإيجاد السبل والآليات الكفيلة للحد من هذه الظاهرة. كذلك المقاولة مطالبة بتحريك المسطرة القضائية واللجوء إلى القضاء كلما علمت بوجود التزييف يضاف إلى هذا:

- الشراكة مع مختلف الهيئات المكلفة بمحاربة التزييف.
- العمل على تطوير المنتجات وتحسين جودتها بشكل دائم.
- تمييز المنتجات الأصلية بعلامات واضحة لا تثير أي خلط في ذهن المستهلك.
- تقديم تراخيص للمزيفين المحتملين بشروط مخففة.
- جعل أثمان السلع الأصلية تتناسب والقدرة الشرائية للمستهلكين.
- إخطار الجهات المعنية حالة وقوع التزييف بكل المعلومات التي من شأنها أن توقع المزيفين في يد العدالة.

فالقيام بهذه الإجراءات وغيرها من شأنه أن يقلل من الآثار السلبية لظاهرة التزييف. إذا بتكاثف جهود جل الفاعلين من جهات رسمية ومجتمع مدني ستتراجع هذه الظاهرة بشكل كبير.

المطلب الثالث: اقتراحات للحد من التزييف.

بما أن أثار التزييف تمتد مباشرة إلى المستهلك، فقد ارتأينا أن نقدم مجموعة من الاقتراحات للحد من هذه الظاهرة على المستوى الوطني (الفقرة الأولى) وعلى المستوى الدولي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: اقتراحات على المستوى الوطني للحد من التزييف.

للحد من التزييف على المستوى الوطني نقترح القيام بالإجراءات التالية:

- تعزيز المراقبة الجمركية للحد من دخول السلع المزيفة.
- محاربة تجارة التهريب التي تعتبر السبب الأساسي في دخول السلع المزيفة.
- تكوين أشخاص مؤهلين في مجال محاربة التزييف.
- تسهيل إمكانية الولوج إلى القضاء والإعفاء من الرسوم القضائية.

تشجيع الاستثمارات الأجنبية خصوصا في المجال التكنولوجي.

- القيام بدراسات وإحصائيات للوقوف على الحجم والأرقام الحقيقية لظاهرة التزييف لمعرفة أسبابها وطرق معالجتها.
- المراقبة الدائمة على مستوى المقاولات.

ومن أجل تفعيل هذه الاقتراحات يكون من المفيد إحداث لجنة أو مجلس وطني لمحاربة التزييف، يتكون من أعضاء يمثلون الإدارة، وآخرين يمثلون جمعيات حماية المستهلكين بالإضافة إلى ممثلين عن أرباب المقاولات وذلك على شاكلة مجلس المنافسة، وأن يعقد اجتماعاته كل ثلاثة أشهر للوقوف على التقدم الذي تم تحقيقه على أرضه الواقع. كما يجب تمكين هذه الهيئة من كافة الوسائل البشرية والمادية من أجل القيام بمهامها أحسن قيام.

الفقرة الثانية: اقتراحات على المستوى الدولي.

مادامت ظاهرة التزييف ظاهرة عالمية فان هناك اقتراحات للحد منها على هذا المستوى وهذه الاقتراحات كالآتي:

- منح تراخيص للدول التي تسعى إلى استغلال بعض البراءات المحمية في البلدان الأصلية أو المالكة لهذه البراءات.
- تشجيع الدول المتقدمة للبحث العلمي في الدول النامية.
- الاستثمار في الدول النامية ونقل التكنولوجية إليها.
- مساعدة الدول النامية على تطوير منتجاتها.
- انجاز استراتيجيات واضحة وملموسة وعدم الاكتفاء بالجزاءات التي تفرض على الدول النامية في حالة مخالفات المقتضيات المتعلقة بالملكية الصناعية على المستوى الدولي.

- تعزيز التعاون الدولي وذلك بتوحيد القوانين المسطرية والموضوعية في مجال محاربة التزييف.
- تبادل المعلومات حول السلع والمنتجات المزيفة والبحث عن وسائل الحد منها.
- تنظيم مؤتمرات دولية من أجل التحسيس بمخاطر التزييف على الاقتصاد وعلى صحة المواطنين...

خاتمة:

إن إخبار المستهلكين حول طبيعة ومصدر حقيقية السلع والمنتجات المعروضة في السوق من خلال قانون الملكية الصناعية، يعد خطوة أساسية وضرورية لحماية المستهلكين الذين غالبا ما يقعون في الخلط بين مختلف السلع المعروضة: بين ما هو أصيل وبين ما هو مزيف. وإذا كان الإخبار مهما في تنوير رضا المستهلك فإنه في الكثير من الحالات يتم اللجوء إلى وسائل تضليلية تؤثر على سلامة رضا المستهلكين عن طريق تزييف المنتجات لذلك يتدخل المشرع للحد من هذه الظاهرة ذات الآثار السلبية على مجموعة من الأصعدة سواء من خلال مجموعة من المقتضيات القانونية أو من خلال الأجهزة التي تعمل على تفعيل المقتضيات.

المراجع المعتمدة:

1- امحمد لفروجي: الملكية الصناعية والتجارية تطبيقاتها ودعاواها المدنية والجنائية، الطبعة الأولى، 2002 ص: 171.

2 - مصطفى محمد عز العرب: مستقبل اتفاقية حقوق الملكية الفكرية، 2001، ص:231

3 - فؤاد معلال: محاضرات في مادة الملكية الصناعية والتجارية، المعدة خصيصا للسنة الثانية من وحدة المنافسة والاستهلاك، 2005/2004، ص:13.

4- سيوت حليم دوس: دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، ص: 142، وما بعدها.

5 - فؤاد معلال: تحيين القانون المغربي للملكية الصناعية، وملاءمته مع الاتفاقية المنبثقة عن المنظمة العالمية + للتجارة، المتعلقة بجوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة: المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 56 مايو – يونيو 2004، ص:24.

6- انظر المادة 03 من الظهير شريف رقم 1.11.44 صادر في 29 من جمادى الآخرة 1432 (2 يونيو 2011) بتنفيذ القانون رقم 15.09 المتعلق بتدابير الحماية التجارية.

7- هادي لامية، قروط محمد، دور إدارة الجمارك في مكافحة جريمة التقليد في مجال الملكية الصناعية، بحث لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، سنة 2015/2014 ص 96.

8 - فتحي وردية، إدارة الجمارك كقناة أولى لمنع التعدي على الملكية الصناعية، مداخلة ألقيت في ملتقى وطني حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة وتحديات التنمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ايام 28 و29 ابريل 2013، جامعة بجاية،2013، ص 132.

1 - Isabelle de barranger-zeller : la lutte contre la contrefaçon. DEA. De propriété intellectuelle. Université robert-Schuman strasbourg.2001/2002. P :4.

2- Abdellah boudahrain: le droit de la consommation au Maroc .1er édition :1999.

3- Le courrier de. L'OM PIC. Numéro 1 Janvier – Mars: 2004.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1ER
www.Droitetentreprise.com

محور قانون العقار و التعمير

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

الانتقال القانوني لحق الايجار في عقد الايجار السكني وفقآ لاحكام التشريع الاردني والعراقي

Legal transfer of the right to rent in a residential lease contract in accordance with the provisions of Jordanian and Iraqi legislation

الباحث : باقر حيدر جلال الرسولي
كلية الحقوق / جامعة الاسراء –الأردن

الأستاذ الدكتور : علي الزعبي
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق /جامعة الاسراء – الأردن

الملخص

هدفت الدِّراسة إلى بيان أوجه الموازنة القانونية بين مصلحة المستأجر ومصلحة المالك الجديد، كما أوضحت طبيعة عقد الإيجار وحقوق المستأجر ومالكي المأجور والتزاماتهما، زيادة على أنها بينت المقصود بالموازنة القانونية بين مصلحة المستأجر ومالكي العقار المؤجر الجديد، وأحكام تحقيق هذه الموازنة.

توصلَت الدراسة إلى نتائج عدّة أبرزها أنّ التعرض الشخصي (التعرض القانوني) قد يصدر من المستأجر نفسه ومع ذلك يضمنه المؤجر(المالك القديم والمالك الجديد) كأن يصبح المستأجر مالكاً للعين المؤجرة عن طريق الإرث، كما أنّه يترتب على اكتساب المالك الجديد صفة المستأجر عند عدم إمكانية المستأجر أو المالك القديم الرجوع على بعضهما باستثناء بعض الحقوق والالتزامات التي نشأت قبل انتقال ملكية العين المأجورة. وأخيرًا أوصَت الدراسة بضرورة النصّ على إعطاء قاضي الموضوع السلطة التقديرية للحد من حالات فسخ العقد وذلك عن طريق تفعيل دوره في إجراء الموازنة بين علاقة المؤجر (المالك القديم أو المالك الجديد) والمستأجر لغرض الحد من الحالات السلبية التي تؤدي إلى فسخ عقد الإيجار، إضافة إلى إيراد نصّ يهدف إلى التوازن بين مقدار القيمة المالية للأجرة والمنفعة التي تكون في العين المؤجرة.

الكلمات المفتاحية: العين المؤجرة، المستأجر، المأجور، المالك القديم أو الجديد، الموازنة القانونية.

Abstract

The study aimed to explain the aspects of the legal balance between the interest of the lessee and the interest of the new owner, as well as the nature of the lease contract, the rights and obligations of the lessee and the owner of the leased property, in addition to the fact that it showed the legal balance between the interest of the lessee and the owners of the new leased property, and the provisions for achieving this balance. The study reached to several results, the most notable is that the personal exposure (legal exposure) may be issued by the lessee himself, yet it is guaranteed by the lessor (the old owner and the new owner), as if the lessee becomes the owner of the leased property through inheritance, and it also results in the new owner acquiring the status of the lessee when it is not possible to the lessee or the old owner has recourse to each other with the exception of some rights and obligations that arose prior to the transfer of ownership of the leased property. Finally, the study recommended that the necessity of stipulate law text for subject judge to be given the discretionary power to limit cases of contract termination, by activating his role in making a balance between the relationship of the landlord (the old owner or the new owner) and the tenant for the purpose of stopping the negative cases that lead to the termination of the lease, in addition to revenue A text that aims to balance the amount of the financial value of the rent and the benefit that is in the leased property.

Keywords: The leased property, the lessee, the leased property.the legal balance

المقدمة:

الغاية من تنظيم العقود هي المصالح المتوازنة بين طرفي العقد فلا يجوز إهمال أو التجاوز على هذه الغاية سواء بالتعسف الذي يحصل من أحد أطرافه أو بحصول أمر خارج عن إرادة الطراف أدى إلى اختلال مبدأ التوازن في العقد مما يوجب أخذ مثل هذا الأمر بعين الاعتبار وجواز تدخل القضاء لإعادة توازن العقد. والأصل أن التنظيم القانوني لعقد الإيجار هو ضمن القانون المدني، فهذا العقد يأخذ مكانه في هذا القانون كأحد العقود المسماة، غير أن المشرع بادر في كثير من البلدان الى مواجهة أزمة السكن واختلال العلاقات الإيجارية بتشريعات خاصة، اكتسبت صفة الدوام بمرور الزمن ونتيجة لتطبيقها مدة طويلة.

وكان أساس تدخل المشرع بهذا الشكل هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، أي حماية المستأجر في مواجهة المؤجر، الذي يفترض أنه أقوى منه اقتصاديا، كما هو الحال في حماية العامل في مواجهة رب العمل. وبهذا تكون القوانين الاستثنائية وسيلة لتحقيق التوازن القانوني والعقدي العقدي بين الطرفين.

وبما أن عقد الإيجار هو من عقود المدة، لذا فإن تنفيذه في مدة الإيجار الأصلية، أو في المدة الإضافية سواء بالتمديد الاتفاقي أو القانوني أو حتى في حال انتقال المأجور، قد يترتب عليه اختلال التوازن بين الطرفين نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية بعد هذه المدة عما كانت عليه عند انعقاد العقد. فهل هناك وسيلة قانونية لإعادة التوازن بين الطرفين؟.

وفي الواقع إن قواعد القانون المدني لم تأخذ بفكرة التوازن كشرط في انعقاد العقود أو صحتها، والسبب في ذلك هو سيادة مبدأ سلطان الإرادة على قواعد هذا القانون، والذي لم يترك أي مجال لمبدأ تحقيق التوازن بين أطراف العقد. فبمجرد إبرام العقد، يصبح هذا الأخير قانون المتعاقدين. ولكن هذا لا يمنع من أن نجد في القانون المدني عدة نظريات يمكن أن تؤمن التوازن العقدي، كما في مجال عقود الاستهلاك. و هذا ما ينطبق أيضا على نظرية السبب، ومبدأ حسن النية، والتعسف في استعمال الحق، والإثراء بلا سبب. فالغاية المتوخاة من إصدار التشريع الاستثنائي، هي توفير الحماية الضرورية لفئة المستأجرين في الحصول على السكن. فالسكنى تعتبر من الحاجات الضرورية لكل إنسان لا يمكنه الاستغناء عنها، في حين أن عقود الإيجار للأغراض الأخرى، الصناعية والتجارية، تدخل في نطاق النشاط الاقتصادي والمهني، وهي مجالات ينبغي أن تحكمها القوانين الاقتصادية دون غيرها.

وعلى ذلك ومن خلال هذه الدراسة سيتم البحث في الإشكاليات التي تنتج عن انتقال ملكية العين المؤجرة وتأثير هذا الانتقال القانونية على مصلحة المستأجر ومصلحة كل من المالك القديم والمالك الجديد.

أهمية البحث:

تستمد هذه الدراسة أهميتها من أهمية عقد الإيجار ذاته، فهو كما ذو ارتباط بالنواحي الاجتماعية والاقتصادية على حد سواء، لذلك سنبحث في جزئية من جزئيات هذا العقد، لمنحه مزيداً من الاهتمام والتحليل القانون وعلى نحو يتناسب مع مكانته التي يحظى بها، ومن ناحية أخرى يعد موضوع الدراسة من المواضيع العملية بامتياز، وهو يمس ويثير اهتمام شريكة كبيرة من المجتمع الأردني والعراقي، وتؤكد على ذلك احكام المحاكم الزاخرة بالمنازعات الإيجارية بهذا الشأن، مما شكل دافعاً قوياً للبحث فيه واستظهار الإشكاليات وإيجاد الحلول لحقوق المستأجر في حال انتقال ملكية العين المؤجرة.

مشكلة البحث:

تنبع مشكلة الدراسة من حيث أنه تقتضي طبيعة الحياة أن تنتقل الملكية من شخص إلى آخر بأي سبب من أسباب انتقال الملكية كالبيع أو الإرث أو غير ذلك، وتثور مشكلة انتقال الملكية إذا كانت العين مؤجرة، فما مصير عقد الإيجار المبرم بين المالك القديم والمستأجر، وما هي حقوق المستأجر في ظل انتقال ملكية العين المؤجرة وعلى ذلك تتمثل المشكلة الرئيسة للبحث من خلال الإجابة على السؤال الرئيس المتمثل بـ: **"ما هي أوجه الموازنة القانونية بين مصلحة المستأجر ومصلحة المالك القديم والمالك الجديد؟".**

ويتفرع عن هذا السؤال الرئيس عدة أسئلة فرعية سيتم الإجابة عنها من خلال هذه الدراسة:

1- ماهية عقد الإيجار؟

2- ما هي حقوق المستأجر؟ ومالك العين المؤجرة؟

3- ما هي المقصود بالموازنة القانونية بين مصلحة المستأجر ومالكي العقار المؤجر القديم والجديد؟

أهداف البحث:

تهدف الدراسة إلى تحقيق الهدف الرئيسي المتمثل ببيان أوجه الموازنة القانونية بين مصلحة المستأجر ومصلحة المالك القديم والمالك الجديد، إضافة إلى جملة من الأهداف الفرعية فيما يلي أبرزها:

1- توضيح طبيعة عقد الإيجار.
2- توضيح حقوق المستأجر، وحقوق مالك العين المؤجرة.
3- بيان المقصود بالموازنة القانونية بين مصلحة المستأجر ومالكي العقار المؤجر القديم والجديد.

منهج البحث:

تفرض مشكلة الدراسة معالجتها باستخدام المنهج الوصفي والتحليلي، حيث وجد الباحث أنهما يتناسبان مع موضوع البحث، من خلال الاعتماد عليهما في جمع البيانات من المصادر الثانوية والتي تتمثل في الكتب والمجلات المتخصصة، فقد اكتفى الباحث بالمنهجين الوصفي والتحليلي لطرح ومتابعة وعرض وتحليل مشكلة الدراسة بغرض الوصول إلى نتائج وتوصيات تساعد على وضع الإشكالية البحثية في موضعها الصحيح، واقتراح الحلول الناجعة لتساؤلاتها المطروحة، والاعتماد على تحليل المواد واستنباط الأحكام منها. إضافة إلى المنهج المقارن لأن التحليل العلمي لن تتحقق جدواه وفاعليته إلا بالمقارنة بين القوانين المختلفة والآراء الفقهية المختلفة والاجتهادات القضائية.

المبحث الأول

أثر انتقال العين المؤجرة على حق المستأجر

تقتضي طبيعة الحياة ان تنتقل الملكية من شخص الى آخر بأي سبب من اسباب انتقال الملكية كالبيع او الارث او غير ذلك فما مصير عقد الإيجار المبرم بين المالك والمستأجر من الثابت ان عقد الإيجار يبقى صحيحاً و يسري على المالك الجديد، وعلى الرغم من انتقال حقوق المؤجر والتزاماته الناتجة عن عقد الإيجار إلى المالك الجديد إلا أنه قد يكون للمستأجر بعض الحقوق في ذمة المؤجر ناتجة عن عقد الإيجار قبل نشوء التصرف الناقل لملكية المأجور، ومثل ما يكون للمستأجر حقوق في مواجهة المؤجر قد يكون عليه التزامات اتجاه هذا المؤجر[929].

فقد نصت المادة (691) من القانون المدني الاردني "اذا بيع المأجور بدون اذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع و المشتري ولا يؤثر ذلك على حق المستأجر"[930]، وأي شخص تنتقل إليه ملكية المالك الأصيل وبالتالي فأن الشخص الذي تنتقل إليه ملكية المأجور من المالك الاصلي يصبح هو المؤجر بدلاً من سلفه، لذا فأن عقد الإيجار المبرم هو المأجور بدلاً من سلفه وان عقد الايجار المبرم مع المالك السابق يبقى سارياً بحق المالك الجديد والمستأجر فلا يوجد داعٍ لإبرام عقد جديد. واذا كان قد قضي بأن العقد الجديد المبرم بين المالك الجديد والمستأجر يلغي العقد المبرم مع المالك القديم فهذا لأنه في بعض الحالات قد يكون هنالك تواطؤ بين المالك الاصلي و المستأجر كأن يحرر العقد بأجرة زهيدة أو لمدة طويلة مثلاً قبل البيع.

وعليه متى ما انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى غير المستأجر وكان الإيجار نافذاً في مواجهة المالك الجديد اكتسب الأخير صفة المؤجر كما لو كان طرفاً في إبرام عقد الإيجار، وعلى ذلك ينتقل الإيجار تبعاً لانتقال ملكية المأجور، وأثر ذلك أن المالك الجديد يحل محل المؤجر في الحقوق والالتزامات، فيكون للأخير الحق في مطالبة المستأجر بالوفاء بالأجرة والقيام بالإصلاحات التأجيرية، أما المستأجر فيكون له الحق في مطالبة المالك الجديد بتمكينه من الانتفاع بالمأجور بأن يلتزم بتسليم المأجور والقيام بالإصلاحات الضرورية،

929) الشـكري، إيمان طارق، وجاسـم، مروان كريم، أحكام نفاذ عقد الإيجار في مواجهة المالك الجديد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسـياسـية، المجلد 12، العدد1، 2020، ص12.

930) ويقابلها أحكام المواد (786، 788) من القانون المدني العراقي.

وضمان العيوب الخفية، وضمان عدم التعرض، وهو ما سيقوم الباحث بتوضيحه من خلال هذا المبحث وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: احكام انتقال العين المؤجرة على حق المستأجر

تثبت للمستأجر الحقوق المقررة في القانون، إذ أنَّ عقد الإيجار قد لا يكون نافذاً في حق من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة، ما لم يثبت أنه كان يعلم بعقد الإيجار، أو كان للإيجار تاريخ ثابت سابق على السبب الذي ترتب عليه انتقال الملكية وهذا الرأي ذهب إليه جمهور الفقهاء والذين أثبتوا ان خيار فسخ البيع لمن انتقلت إليه الملكية في حالة جهله بعقد الإيجار القائم أثناء شرائه لهذه العين المؤجرة[931] ، وعليه سيقوم الباحث بتوضيح التزامات المؤجر الجديد تجاه المستأجر والتي تتمثل بصيانة المأجور والالتزام بضمان العيوب الخفية وذلك من خلال ما يأتي:

أولاً: التزام المؤجر الجديد بصيانة المأجور

أورد بعض شراح القانون المدني تعريفاً للصيانة التي تخص العين المؤجرة إذ عرف بأنه "الإصلاحات بالعين المؤجرة أو بملحقاتها"[932]، ونظراً لأن الغاية من الإيجار هي تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور طيله مدة الإيجار فيكون من الضروري أنَّ يلزم المشرع المؤجر بالقيام بصيانه المأجور إذا حدث خلل أدى إلى فوات المنفعة[933] ، وهذا ما أكدت عليه المشرع الأردني في الفقرة (1) من المادة (681) من القانون المدني الأردني والمادة (750) الفقرة (1) من القانون المدني العراقي ، فالتزام المؤجر بالصيانة هو إصلاح ما يحدث من خلل في المأجور أي الإصلاحات الضرورية، وكذلك يلتزم المستأجر بهذه الصيانة متى ما امتنع المؤجر، كما أشار المشرع العراقي إلى أنه في حال امتنع المؤجر عن الترميم، يحق للمستأجر أن يقوم بالترميم بإذن المحكمة ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف، أو له أن يفسخ الإجارة وهذا ما أشارت له المادة (750) في الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي. والتزام المؤجر بالصيانة لا يقتصر فقط على المأجور وإنما يشمل ملحقاته أيضاً.

إذاً الإصلاحات التي يلزم بها المؤجر هي الترميمات للانتفاع بالمأجور سواء كانت ضرورية لحفظه من الهلاك أو لم تكن. وتعتبر ترميمات ضرورية اصلاح الحائط وترميم السقوف واصلاح المصعد أو مجاري المياه[934]، وفي ذلك أشارت محكمة التمييز العراقية إلى أنه "ليس للمستأجر مطالبة المؤجر بنفقات اصلاح الدار المستأجرة، إذا كانت الأعمال التي قام بها لم تكن ضمن نطاق (الترميم والإصلاح) وإنما هي أعمال (هدم وإنشاء مجدداً) وأنه لا يملك مثل هذا الحق في نطاق عقد الايجار، بل له إن شاء طلب فسخ عقد الإيجار"[935]، وعليه من خلال القرار السابق نجد أن القضاء العراقي عَدَّ الترميم والإصلاح يقع على عاتق المؤجر وأي أعمال لا تقع ضمن نطاق (الترميم والاصلاح) كأعمال الهدم والإنشاء[936].

أما الترميمات الطفيفة فإنها تقع على عاتق المستأجر ما دام القانون والعرف يقضي بذلك[937]، وهذه الترميمات تكون عادة إما نتيجة اهمال المستأجر في حفظ المأجور، وإما نتيجة الاستعمال العادي ومثالها اصلاح الحنفيات والاقفال واصلاح زجاج النوافذ. إما الترميمات الضرورية ليست واجباً على المؤجر بل هي حق للمؤجر أيضاً بحيث يجوز له مباشرتها ولو رغماً على المستأجر ولأن

---

931) العجمي، عبد الله إبداح، حكم انتقال ملكية العين المؤجرة بالبيع وأثره على عقد الإجارة في الفقه الإسـلامي والقانون المدني الكويتي وقانون إيجار العقارات في الكويت، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلد28، العدد 92، 2013، ص364.

932) إسماعيل، إخلاص محمد، التزام المؤجر بتمكين المستأجر من استيفاء منفعة العين المؤجرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2000، ص60.

933) الربيعي، جمعة سعدون، أحكام إيجار العقار في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص45.

934) الربيعي، جمعة سعدون، أحكام إيجار العقار في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص 45.

935) محكمة التمييز العراقية رقم 165/ استئنائية/88/87 بتاريخ 1988/3/17، أشـار لهذا الحكم الربيعي، جمعة سـعدون، أحكام إيجار العقار في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2011، ص48.

936) قلندر، منهل عبد الغني، الالتزام بالمحافظة على العقار المأجور، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2005، ص37.

937) نصت المادة (763-2) من القانون المدني العراقي

هذه الترميمات قد تسبب للمستأجر بعض المضايقات لذلك أعطاه المشرع الخيار بين فسخ الايجار أو أن يطلب انقاص الأجرة[938]، وإن المشرع الأردني في المادة (696) وكذلك المشرع العراقي في المادة (752) لا يشترطان أن تكون الحاجة إلى الترميمات الضرورية مستعجلة، إلا أن المشرع قد منح هذا الحق على سبيل الاستثناء بسبب ما يحتاجه المأجور من صيانه ضرورية يتطلب إجراؤها لا يمكن تأخيرها حتى انتهاء عقد الإيجار، وقد بين المشرع الأردني اذا كان الترميم مستعجلاً حيث نصت الفقرة (الثانية) من المادة (681) من القانون المدني الأردني "إذا كان الخلل الذي يلزم المؤجر اصلاحه عرفاً من الأمور البسيطة أو المستعجلة التي لا تتحمل التأخير وطلب إليه المستأجر إصلاحه فتأخر أو تعذر الاتصال به جاز للمستأجر إصلاحه واقتطاع نفقته بالقدر المعروف من بدل الإيجار"، إلا أن المشرع العراقي لم يذكر الترميمات المستعجلة كما فعل المشرع الأردني.

ويرى الباحث أن على المشرع العراقي وضع نص يذكر فيه إذا كان الترميم من الأمور المستعجلة التي لا تتحمل التأخير بالرجوع إلى المحكمة أو المؤجر، كما فعل المشرع الأردني في نص الفقرة الثانية من المادة (681) وذكر فيها حالة الاستعجال.

الفرع الثاني: التزام المؤجر الجديد بضمان العيوب الخفية

عرف المشرع العراقي العيوب الخفية بنص المادة (558) في الفقرة الثانية بأنه "العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه"، في حين أن المشرع الأردني لم يعرف العيوب الخفية لكنه أكد على الحق في فسخ العقد بسببه، حيث أشار في المادة (193) من القانون المدني الأردني إلى ذلك إذ نصت على أنه يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب في العقود التي تحتمل الفسخ دون اشتراطه في العقد.

وفي هذا الالتزام فقد أشار المشرع العراقي في المادة (756) والمادة (757)من القانون المدني العراقي، إلى أنه يشترط لضمان المؤجر للعيوب الخفية شرطان هما أن يكون مؤثرا[939] وأن يكون خفياً[940]، ولا يشترط فيه أن يكون قديما بخلاف الأمر في البيع كما نص على الجزاء ولكن لما كانت هذه الأحكام ليست من النظام العام فإنه يجوز تعديلها.

ويرى الباحث أن على المالك الجديد عند انتقال العين المؤجرة أن يضمن ما في العقد، لذا يجب أن يلتزم للمستأجر ضمان عدم وجود عيوب.

المطلب الثاني: التزام المؤجر الجديد بضمان التعرض

يلتزم المؤجر بعدم التعرض شخصياً للمستأجر كما يضمن بعدم التعرض للغير المبني على سبب قانوني، إذ يضمن المؤجر الجديد للمستأجر أي عمل يصدر منه، سواء كان ذلك العمل مادياً كان يحدث المؤجر تغييراً في المأجور وكان التغيير هذا مما يمنع المستأجر بالعين أو رتب له حقاً عينياً على العين المؤجرة من شأنه الحيلولة دون انتفاع المستأجر بالمأجور الانتفاع المقصود[941]، إذن يلتزم المؤجر بعدم التعرض للمستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، كما يلتزم بأن يدفع عنه التعرض القانوني الصادر من الغير، ويعد التزام المؤجر بضمان التعرض من أهم الالتزامات التي يرتبها عقد الإيجار نظراً لأهمية ما يطرحه من مسائل كتحديد مفهوم التعرض الموجب للضمانات[942].

ويقصد بالتعرض" ما يعكر على المستأجر حيازته وانتفاعه، سواء كان يهدد بنزع العين المؤجرة كلها أو بعضها من تحت يده أو يترتب عليه فقط مجرد فوات الإنتفاع المقصود أو نقصه"[943]. ويتضح من نص الفقرة الأولى من المادة (684) من القانون المدني الاردني على أن المؤجر يضمن أي عمل يصدر منه سواءً كان ذلك العمل مادياً كأن يحدث المؤجر تغيير في المأجور وكان التغيير هذا مما

938) الشكري، إيمان طارق، وجاسم، مروان كريم، مرجع سابق، ص25-26 وما بعدها.

939) وفق ما نص عليه المشرع الأردني في المادة (194) من القانون المدني، وأشار إلى ذلك المشرع العراقي في المادة (756) من القانون المدني.

940) انظر نص المادة (758) من القانون المدني العراقي.

941) غضية، صالح محمد يونس، التزام المؤجر بضمان التعرض في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1997، ص26.

942) عز الدين، سيار، التعرض الموجب للضمان في عقد الإيجار، بحث منشور، مجلة المفكر، العدد السابع عشر، الجزائر، 2018، ص 185.

943) فرج، توفيق حسن، عقد الإيجار، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1984، ص559.

يمنع المستأجر من الإنتفاع بالمأجور أو يؤدي إلى الاخلال بالمنفعة المعقود عليها وسواء كان العمل مبنياً على سبب قانوني فيقع إذا ادعى المؤجر حقاً على المأجور، فإذا أجر شخصاً عيناً غير مملوكة له ثم أصبح مالكاً لها بسبب من الاسباب كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي. ومن النادر أن يقع مثل هذا التعرض في الحياة العملية، ومن جهة أخرى يشترط لتحقيق التعرض الشخصي الصادر سواء كان تعرضاً مادياً أو قانونياً ما يلي[944]:

1. أن يقع التعرض من المؤجر أثناء مدة الايجار.
2. أن يقوم المؤجر بأعمال تحول دون انتفاع المستأجر بالمأجور أو تخل بهذا الانتفاع.
3. أن لا يستند المؤجر في عمله وتعرضه إلى حق ثابت سواء استمده من العقد نفسه كالحق في تعلية البناء أو من القانون كالحق في اجراء ترميمات أو من حكم قضائي كوضع يد المؤجر على المأجور بموجب حكم قضائي صادر بتعيينه حارسا عليه في نزاع بينه وبين المستأجر.

وهكذا فإنه لا يجوز أن يهدم جزء من المأجور أو يعمل قواطع في بعضها أو كلها أو أن يدمج غرفتين أو يفتح نوافذ ولا يقتصر المنع على التغيير المادي بل يشمل أيضا التغيير المعنوي الذي يخل الانتفاع بالمأجور كحرمان المؤجر المستأجر من الانتفاع بالتلفون أو تعطيل المصعد أو أية مزية أخرى من مزايا المؤجر[945].

وأخيراً فإن التزام المؤجر بضمان تعرضه غير قابل للانقسام بطبيعته، فإذا تعدد المؤجرون أو كان للمأجور ورثة متعددون وجب على كل منهم أن يمتنع عن التعرض للمستأجر لا في حصته فقط وإنما في كل المأجور، إلا أن القانون المدني العراقي لم يذكر ما يترتب على المؤجر من جزاء تعرضه الشخصي واستنادا إلى القواعد العامة فإن المستأجر يستطيع أن يطلب التنفيذ العيني وهو وقف التعرض وقد يعدل عن طلب التنفيذ العيني إلى طلب فسخ الايجار إذا وجد مبرر لذلك، أو يطلب انقاص الأجرة بنسبة ما اختل من الانتفاع وله في كل الأحوال أن يطلب التعويض إن كان له مقتض.

كما يتخذ تعرض المؤجر للمستأجر في الانتفاع بالعين أشكالاً متعددة، لذا كان لزامًا علينا أن نوضح وعن طريق التطبيقات القضائية بعض الصور التي تكثر في شأنها المنازعات، ولا شك في أن المشرع عندما خص بالذكر صورة التغير في العين المؤجرة أو في ملحقاتها وصورة التعرض الذي يقع من أتباع المؤجر، انما كان ذلك لأهميتها العملية ولم يقصد بذلك حصر صور التعرض لان هذه الصور لا تتناهى ولا يمكن حصرها[946].

أولاً: صورة التغير في العين المؤجرة أو ملحقاتها: منعت الفقرة الأولى من المادة (684) من القانون المدني الاردني المؤجر من القيام بأي عمل من شأنه الاخلال بما أعدت له العين المؤجرة، وكذلك منعته من أن يحدث في الماجور تغييراً يمنع من الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المعقود عليها والا كان ضامنا، وهذا الحظر لا يقتصر على التغيير المادي[947] فحسب وانما يشمل أيضا التغيير المعنوي (التغيير في تخصيص العين)[948]. ولكل ما تقدم من اسباب فأننا نخلص للقول بأنه يمتنع على المؤجر وفقا للقانون المدني الاردني اجراء أي تغيير في ملحقات العين المؤجرة، فاذا كانت للعين المؤجر حديقة ملحقة بها لم يجز للمؤجر خلع اشجارها أو تحويل أرض الحديقة الى كراج أو حظيرة وليس له أيضا أن يبني عليها[949].

---

944) الشكري، إيمان طارق، وجاسم، مروان، كريم، مرجع سابق، ص37 وما بعدها.

945) العبودي، عباس، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني: البيع والإيجار، ط1، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، الأردن، 2009، ص286.

946) مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماه، المجلد الثاني، عقد الايجار، دون دار نشر، 1993، ص 363.

947) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على ملكية البيع، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص 312. تميز حقوق رقم 92/450، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة1994، ص 2521.

948) ناصر، جاسم، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1990، ص 161. تميز حقوق رقم 90/1130، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، سنة ١٩٩٢، ص 1640.

949) أبو السعود، رمضان، العقود المسماة، عقد الايجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 413.

ISSN:2509-0291

ثانياً: الإخلال بأوجه الانتفاع التي خصصت لها العين المؤجرة: يجب على المؤجر أن يمتنع عن الاخلال بوجوه الانتفاع التي خصصت لها العين المؤجرة، سواء كان هذا الاخلال نتيجة اعمال ايجابية أو نتيجة امتناعه عن القيام بخدمات مترتبة عليه[950] فالمادة (1/684) من القانون المدني الاردني لم تجز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر بما يزعجه في استيفاء المنفعة مدة الايجار فاذا منع المؤجر المستأجر من استعمال الكراج المخصص للعمارة كان فعله هذا تعرضا للمستأجر على اعتبار ان الكراج من ملحقات العين المؤجرة، كما أن قطع المؤجر للماء والكهرباء عن المستأجر يعتبر اخلالا بالانتفاع بالمأجور وبالتالي فان مسؤولية المؤجر تتحقق عن ذلك وكذلك اذا كانت العين مخصصة للسكنى الهادئة في حي من الأحياء الراقية وجب على المؤجر أن يحافظ على هذا المستوى، فلا يجوز له أن يقيم بجوار العين مصنعا أو مخبزا أو مقهى أو مطعم أو نحو ذلك مما لا يتفق مع رقي المسكن وهدوئه[951]. ويصدق الحكم ذاته اذا منع المؤجر المستأجر من الانتفاع بحديقة الدار أو منع المستأجر من استقبال الزوار أو منعه من نصب العامود الخاص بجهاز التلفزيون على سطح المنزل أو الصحن اللاقط (جهاز الستلايت) و غير ذلك من الأمثلة.

وفي حال لم تكن المنفعة موجودة في العين المؤجرة بعد انتقال ملكيته فلا يكون للمستأجر الادعاء بحرمانه المنافع التي كان يحق له أن يعول عليها بحسب الغرض الذي أعد له المأجور، وبحسب الحالة التي كان عليها وقت انتقال ملكية العين، ولا يجوز له كذلك دون موافقة المؤجر استعمال المنفعة الذي أنشئت بعد تاريخ الإجارة[952]. وتجدر الاشارة الى أن الإخلال بالمنفعة المعقود عليها الايجار مسألة واقع لا مسألة قانون، وبالتالي فان البت فيما يعتبر إخلالا بالمنفعة المعقود عليها أو عدم الإخلال بتلك المنفعة، يخضع لسلطة القاضي المختص دون أن يكون لمحكمة التمييز حق الرقابة عليها في ذلك.

المبحث الثاني

أحكام الموازنة القانونية لعلاقة المستأجر بالمالك الجديد

تعد أكثر الصور شيوعاً وسبباً للمنازعة في عقد الإيجار تنازع الغير والمستأجر على حيازة العين المؤجرة، والغير هنا هو من آلت إليه ملكية العين المؤجرة بموجب تصرف المؤجر خلال سريان عقد الإيجار، فما من مانع قانوني يحظر على المالك الجديد، من حق التمتع بملكه، ولا حق المالك القديم للعين المؤجرة في حق التصرف فيها، وفي مقابل ذلك يثبت القانون الحق للمستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة إلى نهاية مدة إيجاره[953].

وتعد مسألة تحقيق التوازن في العقد بصفة عامة وعقد الإيجار بصفة خاصة ذات أهمية كبيرة، فالضرورة القانونية والعملية فرضت تدخل التشريعات في تنظيم العقود بمختلف أنواعها تبعاً للمصلحة التي ترى أنه من الضروري المحافظة عليها، وهي في غالب الأحيان مصلحة الطرف الضعيف في العقد، الذي يقابله طرف ثاني يتمتع بوضع اقتصادي متفوق يستغله عادةً لفرض الشروط التي تخدم مصلحته، دون الالتفاف إلى مصلحة الطرف الآخر، مما يسبب في اختلال التوازن بين طرفي العقد[954]. كما يتوقف التوازن القانوني في عقد الإيجار على ما يمنحه المشرع من ضمانات قانونية لأطراف العلاقة العقدية، فهدف كل التشريعات هو تحقيق التوازن التعاقدي من خلال تحقيق المساواة بين قيمة الاداءات المتقابلة[955]، فيكون العقد تبادلياً من حيث الحقوق والواجبات متى التزم أحد الطرفين بالقيام أو الامتناع عن فعل شيء يعتبر معادلاً في الالتزامات لما يمنح أو يقدم بين أطراف

---

950) القاسم، محمد هاشم، القانون المدني عقد الإيجار، دون دار نشر، 1980، ص73.

951) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 315.

952) البلعاوي، نصر محمد سعيد، وجود العيب الخفي في المأجور والجزاء المترتب عليه في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، المجلد3، العدد1/1، العراق، 2018، ص166-207.

953) طوايبية، حسن، أثر التصرف الناقل لملكية العين المؤجرة على المستأجر في القانون المدني الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلد13، عدد1، 2021، ص30.

954) سرحان، عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني (العقود المسماة)، دون طبعة، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ص11.

955) فوزري، تيماء محمود، إثبات عقد الإيجار، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية الحقوق، العدد43، 2010، ص7 وما بعدها.

العقد[956]. ومن خلال هذا المبحث سيتم بحث مجالات اختلال التوازن القانوني بين مصلحة المستأجر ومالك العقار المؤجر سواء القديم أو الجديد، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: أثر انتقال ملكية العين المؤجرة على التزام المستأجر بدفع الأجرة

تعد أبرز الأثار التي تتأثر بنقل ملكية العين المؤجرة هو الأجرة خاصة إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة دون علم المستأجر أو آلت إلى ورثته، وعلى ذلك سنقوم من خلال هذا المطلب بدراسة أثر انتقال ملكية العين المؤجرة على الحق في الأجرة، وذلك وفق ما يلي:

أولاً: التوازن القانوني بين مصلحة المستأجر والمالك الجديد بدفع الأجرة

من الثابت أن عقد الإيجار يبقى صحيحاً ويسري على المالك الجديد، وفق ما نصت عليه المادة (788) من القانون المدني العراقي والمادة (691) من القانون المدني الأردني، ووفق النصوص القانونية السابقة فإن العلاقة الإيجارية مع المستأجر تستمر مع المالك الجديد دون تغيير أي بند من بنود العقد بحيث تقوم علاقة مباشرة بين المستأجر والمالك الجديد كما هو في التنازل عن الإيجار، إلا أنه في التنازل عن الإيجار يحل محل المستأجر مستأجر جديد أما هنا فيحل محل المؤجر القديم مؤجر آخر جديد أما الحكم واحد، فيحل محل المؤجر في الحقوق والالتزامات الناشئة عن التصرف الناقل للملكية بما فيها عقد الإيجار على أساس أن عقد الإيجار من توابع العين التي تم التصرف فيها[957].

هذا ولأنه في بعض الحالات قد يكون هنالك تواطؤ بين المالك السابق والمستأجر، كأن يحرر العقد بأجرة زهيدة أو لمدة طويلة مثلاً قبل بيع العقار، فقد اشترطت محكمة التمييز الأردنية الموقرة لنفاذ العقد بين المالك الجديد والمستأجر ألا يكون ثمة تواطؤ بين المالك القديم والمستأجر، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية بما يلي: "يستفاد من نصوص قانون المالكين والمستأجرين أن المشرع لم يتقيد بالقواعد العامة لعقود الإيجار وإنما وضع قواعد خاصة مستثناة من القواعد العامة وتقضي القواعد الخاصة باعتبار عقد إيجار العقار المعقود مع المالك الأصلي -البائع- سارياً بحق خلفه المشتري بدون أن يشترط لهذا أن يكون عقد الايجار ثابت التاريخ، وبذلك فلا يعد المشتري لغايات قانون المالكين والمستأجرين من الآخرين ويعد عقد الإيجار المعقود بين المالك السابق والمستأجر سارياً بحق مشتري العقار، ولو لم يكن ثابت التاريخ بما أن المشتري لم يثبت تواطؤ المستأجر والمؤجر على تقديم تاريخ عقد الإيجار على تاريخ البيع" [958].

ووفقاً للمادة (142) من القانون المدني العراقي والمادة (206) من القانون المدني الأردني التي تضمنت انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، فإنه يجب دفع الأجرة إلى المالك الجديد شريطة أن يكون هذا المالك الجديد قد أشعر المستأجر عدلياً بأن ملكية المأجور قد آلت إليه، وقد قررت محكمة استئناف بغداد ذلك بأن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المطالبة بأجرة المأجور هي للعاقد بصرف النظر عن كونه مالكاً وفق تعريف قانون المالكين والمستأجرين لأن الأجر المسمى في العقد هو من حقوق العقد وحقوق العقد تنصرف إلى العاقد المؤجر وخلفه العام عملاً بنص المادة (142) من القانون المدني. وعليه فإن وفاء المستأجر المدعي للأجور للعاقد أو ورثته أو خلفه العام إنما يكون وفاءً صحيحاً إن ثبت صحة هذا الوفاء، وأنه يتوجب على المالك الجديد للعقار إشعار المستأجر عدلياً بأن ملكية المأجور قد آلت اليه حتى يقوم بدفعها له.

ويتوقف المستأجر عن الوفاء بالأجرة إلى المؤجر وفق ما ورد في المادة (٢/٧٨٨) من القانون المدني العراقي, والمادة (٦٠٦) من القانون المدني المصري من وقت علم المستأجر بانتقال ملكية المأجور، أما في قانون إيجار العقار العراقي فيجب على المستأجر أن يتوقف عن الوفاء بالأجرة إلى المؤجر من تاريخ تبليغه بانتقال ملكية المأجور عن طريق الكاتب العدل، لأنه منذ هذا التاريخ تبدأ العلاقة الإيجارية بين المالك الجديد والمستأجر، في حين أن المشرع المصري في قانون إيجار الأماكن والمشرع الأردني لم ينصا على مثل الشرط

956) السنهوري، أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية، الجزء السادس، ط4، دار الشروق، مصر، 2010، ص1487.

957) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، مرجع سابق، ص838، هامش1.

958) قرار محكمة التمييز/إيجارات/ تمييز حقوق 1998/1373 و1999/1306، منشورات مركز عدالة. قرار محكمة التمييز/ تمييز حقوق 2007/3570، منشورات مركز عدالة.

الذي نص عليه المشرع العراقي لبدء سريان العلاقة بين المالك الجديد والمستأجر لذلك يتم الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني المصري والأردني لتنظيم كل حالة لم ينظمها القانون الخاص.

أما إذا لم يقم المالك الجديد بإشعار المستأجر عدلياً بأن الملكية آلت إليه فهو من يتحمل مسؤولية ذلك وليس المستأجر لأنه مقصر والمقصر أولى بالخسارة، فقضي بما يلي: "بما أن المالك الجديد للمأجور لم يعلم المدعى عليه بطريق قانوني قبل استحقاق الأجرة بأنه أصبح المالك الجديد للعقار بل قام بذلك عن طريق توجيه الانذار العدلي رقم (8652) تاريخ 1996/5/6 والذي تبلغه المدعى عليه في 1996/5/11 وبعد أن كان قد دفع الأجور. وبما المدعي قد قصّر في إعلام المدعى عليه بأنه أصبح المالك للعقار قبل استحقاق الأجرة ودفعها بوسيلة أصولية ولمرجع رسمي منصوص عليه بقانون المالكين والمستأجرين فإن هذا الوفاء هو وفاء قانوني، وإن القواعد العامة تلزم المالك الجديد بإعلام المستأجر بأنه أصبح المالك الجديد للعقار وبأن تدفع الأجور إليه وذلك بالوسيلة القانونية التي تحقق ذلك"[959].

أما إذا أثبت المالك الجديد أن المستأجر كان يعلم أو من المفروض عليه أن يعلم بانتقال ملكية العين المؤجرة وقت دفع الاجرة الى المؤجر القديم؛ فهنا لا يمكن الاحتجاج بتعجيل الوفاء بالأجر في مواجهة المالك الجديد, وعلى ذلك للمالك الجديد أن يطالب المستأجر بالأجرة مرة ثانية ولا يبقى أمام المستأجر سوى الوفاء بالأجرة المتفق عليها بينه وبين المؤجر للمالك الجديد والرجوع على المؤجر بهذه الأجرة سواء كان الاتفاق على هذه الأجرة أثناء سريان مدة الإيجار أو أثناء مدة التمديد القانوني للإيجار وحتى لو كانت تقل عن الأجرة القانونية على أن لا يمضي على الوفاء بالأجرة مدة ثلاث سنوات من تاريخ علم المستأجر بحقه في الرجوع أو إذا مضى عليها خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه حقه بالرجوع على المؤجر لأن دعوى الكسب دون سبب تسقط عن المؤجر بالتقادم بمضي هذه المدة[960].

ويجب التأكيد هنا أن المالك الجديد لا يستحق الأجرة من المستأجر إلا عن المدة التي تلي تاريخ تسجيل الملك على اسمه وينحصر حقه في المطالبة بالتخلية بسبب تخلف المستأجر عن دفع الأجور عن المدة التي تلي تسجيل الملك على اسمه. والأجور السابقة هي من حق المالك السابق وهي دين مترتب له بذمة المستأجر ولا ينتقل هذا الدين إلى المالك الجديد تبعاً لانتقال المأجور. كما أن المالك الجديد لا يتحمل مسؤولية ما قبضه المالك السابق من مبالغ تزيد على مقدار الأجرة المستحقة له. فلا يجوز إجراء المقاصه بين ما دفع إلى المالك السابق من مبالغ تزيد على مقدار الأجرة القانونية وبين بدل الإيجار المستحق للمالك الجديد الذي انتقل إليه العقار بطريق الشراء[961].

ثانياً: إنقاص الأجرة كأثر لإخلال المالك الجديد بالتزاماته

يحق للمستأجر الطلب من المؤجر إنقاص الأجرة في حال إخلاله بالتزاماته ، أهمها العيب الخفي وعدم ضمانه من قبل المالك الجديد، فقد يفضل المستأجر حينها الاستمرار بالانتفاع بالمأجور من دون طلب التنفيذ العيني، لأسباب يراها مهمة، إذ قد يكون المأجور له مميزات لا يمكن الحصول عليها في مأجور آخر، كأن يكون أفضل ما في الأسواق أو كأن يكون المأجور عقاراً لا يمكن تركه لاعتبارات شخصية خاصة بالمستأجر، وقد يكون السبب في بقائه قلة أجرته بالمقارنة مع مثيلاته، كل هذه الأسباب تؤدي إلى استمرار المستأجر بالانتفاع بالمأجور وطلب إنقاص الأجرة[962].

وعليه فإن قيام المستأجر بطلب إنقاص الأجرة وبقاء العقد يؤدي إلى تفعيل مبدأ استقرار المعاملات في عقده، إذ أن فسخ عقد الإيجار المبرم مع المؤجر يؤدي إلى نتائج ضارة من بينها حرمان المؤجر من الأجرة التي قد تكون مصدراً معيشياً له، وحرمان

---

959) محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق 1998/2449، منشورات مركز عدالة.

960) الشكري، إيمان طارق مكي، والخمايسي، مروان كريم جاسم، أحكام نفاذ عقد الإيجار في مواجهة المالك الجديد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الثانية عشرة، 2020، ص37-38.

961) محكمة التمييز الأردنية، (تمييز حقوق 1952/47). منشورات مركز عدالة.

962) سليم، عصام أنور، الوجيز في عقد الإيجار، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط2، 2010، ص314.

المستأجر من الانتفاع بالمأجور وإرهاقه نتيجة لعدم استفادته من الماجور مما يؤدي إلى تعويض المؤجر له في بعض الأحيان، إذ قد يكون المأجور عقاراً، وقام المستأجر بنقل الأثاث إليه، ففي هذه الحالة يتضرر المستأجر من ذلك، نتيجة لصعوبة نقل الأثاث من جهة ولاحتمال تلف بعضه نتيجة النقل من جهة أخرى[963].

إذن يجوز للمستأجر في حال لم يحصل على التنفيذ العيني سواءً لم يتفقوا عليه أم كان التنفيذ غير ممكن أو مرهق، أم كان التنفيذ العيني مكلفاً يجوز حينها طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، وطلب إنقاص الأجرة يكون بالاتفاق مع المؤجر، أو نتيجة السلطة التقديرية التي تمتلكها المحكمة التي قد ترى أن نقصان الانتفاع بالمأجور لا يجيز فسخ العقد نتيجة لعدم جسامته ولا يجيز التنفيذ العيني لذلك تقرر إنقاص الأجرة إن ثبت المستأجر انه لا يستطيع أن ينتفع بالمأجور انتفاعاً كاملاً وإنما انتفاعاً جزئياً. وإن تخفيض أو إنقاص الأجرة يكون بحسب نسبة نقصان المنفعة بالمأجور وإنقاص الأجرة يكون ممكناً طالما أن العيب لم ينقص من الانتفاع نقصاً محسوساً أو يجعل الانتفاع بالمأجور غير ممكن[964]. والتخفيض يمثل تعويضاً للمستأجر عما أصابه من ضرر نتيجة عدم الانتفاع بالمأجور انتفاعاً كاملاً، لذلك من الممكن أن يكون تعويضاً للماضي، إذا كان العيب موجوداً من وقت استلام المأجور او في المستقبل[965].

وإن تاريخ إنقاص الأجرة ممكن ان يكون بأثر رجعي، فالمحكمة تحكم بإنقاص الأجرة من تاريخ حدوث العيب أو الخلل الذي ينقص بالانتفاع بالمأجور، لا من تاريخ المطالبة القضائية، ولا من تاريخ إخطار المستأجر للمؤجر بالعيب، فإذا كان العيب الذي ينقص الانتفاع موجوداً من تاريخ الاستلام، فتخفض الأجرة من تاريخ الاستلام، أما إذا حدث العيب خلال الانتفاع بالمأجور، فتخفض الأجرة من وقت حدوث العيب لا من وقت الاستلام، والسبب في ذلك لأن الأجرة تكون مقابل المنفعة، فإذا نقصت المنفعة نقصت الأجرة[966]، ويشترط في إنقاص الأجرة أن تكون شروط العيب متحققة، مما يجيز قيام الضمان ومطالبة المستأجر للمؤجر بإنقاص الأجرة، ويعني هذا أن المؤجر غير مجبر على إنقاص الأجرة إلا إذا كان في المأجور عيب حقيقي[967].

كما إن حق المستأجر في طلب إنقاص الأجرة يكون عند اكتشاف العيب الخفي او بعده ولكن بمدة قصيرة، وإن التهاون في ذلك يحرمه من طلب إنقاص الأجرة، وفي ذلك تقرر محكمة التمييز العراقية بقولها: "أن طلب إنقاص الأجرة يكون عند اكتشاف العيب وعلى المستأجر ألا يتراخى إلى ما قبل انتهاء العقد بمدة وجيزة، لأنه يعد عندئذ قد أسقط حقه في الفسخ أو إنقاص الأجرة"[968]. لذلك فإن المستأجر يُحرمُ من إنقاص الأجرة للمدة السابقة إذا تهاون أو تأخر في إخطار المؤجر[969].

وتجدر الملاحظة أن المشرع العراقي نص في المادة (9) من قانون إيجار العقار رقم (56) لسنة 2000 على إنقاص الأجرة اذا نقصت المنفعة، بقوله "لمالك العقار بناء مسكن في طابق أو أكثر في المأجور إذا كان يتسع لذلك، على ألا يخالف أنظمة البناء المعمول بها ولا يخل إخلالاً جسمياً بمنفعة المستأجر، وإذا لم يكن الإخلال جسيماً جاز للمستأجر أن يطلب تخفيض الأجرة بما يناسب نقص المنفعة".

ومن نص المادة السابق يظهر أن المشرع العراقي في قانون إيجار العقار سار على ما سار عليه في القانون المدني بخصوص نقص المنفعة بسبب العيب الخفي، ومن الأمثلة العملية التي يحق من ورائها للمستأجر تخفيض الأجرة كحرمان المستأجر من الانتفاع من مصعد البناية نتيجة لعدم صيانته أو حرمان المستأجر من الانتفاع من الحديقة المخصصة للمأجور بسبب تشييد بناءٍ فيها

963) نص المشرع العراقي على إنقاص الأجرة في المادة (758) من القانون المدني العراقي، وفي المقابل نصت المادة (685)و(687) من القانون المدني الأردني.

964) عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المسماة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص467.

965) فرج، توفيق حسن، عقد الإيجار، دراسة لأحكام قوانين الإيجارات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1994، ص704.

966) السنهوري، عبد الرزاق، الايجار، الجزء السادس، مرجع سابق، ص449.

967) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 2967، 2007/2/27، أشير له لدى: بكر، عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص247.

968) قرار محكمة التمييز العراقية الاتحادية رقم 1717، 2006/7/16، مشار إليه لدى: بكر، حكمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص467.

969) عبد الرحمن، حمدي، ومنتصر، سمير، دروس في عقدي الإيجار والتأمين، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مؤسسة النجاح للطباعة، مصر، 2001، ص82.

من قبل المالك الجديد، مما يؤدي إلى إنقاص المنفعة المقصودة من المأجور، أو حرمانه من استعمال شبكة الانترنت الموجودة في المنزل، كل هذه الأمثلة تكون مسوغاً لطلب إنقاص الأجرة. كما تجدر الإشارة إلى أن المحكمة المختصة بالدعوى لا تقرر إنقاص الأجرة إلا إذا رأت أن نقصان المنفعة المتفق عليها حقيقي، ولذلك إذا قام المستأجر بإصلاح المأجور وأزال العيب وعادت المنفعة المقررة في اول مرة تقوم المحكمة حينها بإرجاع الأجرة المتفق عليها حين إبرام عقد الإيجار أول مرة، على أن يشترط لإرجاع الأجرة السابقة أن تكون ضمن المدة التي تحددها المحكمة وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي[970].

أما المشرع الأردني فقد نص في المادة (687) من القانون المدني على انه: "إذا ترتب على العيب حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور جاز له أن يطلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع ضمان ما يلحقه من ضرر". وفي ضوء ما تقدم إذا قررت المحكمة انقاص الأجرة فيتم تحديد النقص على ضوء المادة أعلاه، وذلك بتقدير أجرة المأجور في وقت العقد أي الوقت الذي لم يكن فيه عيب ومقارنته في الحالة الحاضرة أي بعد أن عيب المأجور وإيجاد الفرق بين القيمتين أي قيمة حالته في وقت السلامة، ووقت العيب.

المطلب الثاني: التوزان القانوني بين مصلحة المستأجروالمالك الجديد بخصوص التخلية

الأصل أن ينتهي عقد الإيجار بانتهاء مدته وقد ينتهي قبل ذلك كما في حالة انتقال ملكية المأجور أو توفر العذر الطارئ كموت المؤجر أو إعساره أو نقله إذا كان موظفاً أو مستخدماً واقتضت ظروف عمله تغيير موطنه. إلا أن صدور قوانين الإيجار الخاصة قد أثرت على هذه الأسباب إلى حد بعيد فقد أقرت هذه القوانين وكان آخرها قانون إيجار العقار رقم (78) لسنة 1979 وتعديلاته في العراق الامتداد القانوني لعقود الإيجار حيث ألغت انتهاء عقد الإيجار بانتهاء مدته كما عدلت هذه القوانين انتهاء عقد الإيجار لعدم وفاء المستأجر بالأجرة المستحقة وإيجاره من الباطن أو إحداثه ضرراً جسيماً عمداً أو إهمالاً سواء حصل ذلك قبل انتقال ملكية العين المؤجرة أو بعدها.

ولتحقيق التوازن القانوني بين مصلحة المستأجر والمالك القديم أو المالك الجديد بخصوص التخلية نجد أن قانون ايجار العقار المرقم (87) لسنة 1979 بالرغم من نصه على الامتداد القانوني لعقود الإيجار تحديداً نص المادة الثالثة الذي نص على أسباب قانونية للتخلية لا يجوز للمؤجر أو المالك الجديد أن يطلب من المستأجر إخلاء المأجور إلا بتوفرها، والتي تعود إلى إخلال المستأجر بالتزاماته، وهناك أسباب تخليه قانونية تعود إلى حق المؤجر أو المالك الجديد في استعادة المأجور فهي وجود ضرورة ملجئة تلجأ المؤجر وقد تكون التخلية بسبب المأجور كما في حال إرادة المالك الجديد هدم المأجور لإعادة تشييده بشكل أوسع أو إضافة طوابق جديدة أو أيلولة المأجور للانهدام[971].

وقد أجاز المشرع العراقي إنهاء حق المستأجر من الامتداد القانوني في حالة توفر ضرورة لديه تلجئه للسكن في المأجور ونصت الفقرة الثانية عشرة من المادة السابعة عشرة من قانون إيجار العقار المرقم (87) لسنة 1979 المعدل على القاعدة العامة للضرورة الملجئة وحددت بعض الحالات كتطبيقات تشريعية وهي حالات وردت على سبيل المثال لا الحصر يجوز القياس عليها. ويرى البعض [972] أنه يصح إقامة دعوى الإخلاء للضرورة خلال مدة العقد الأصلي أو الممتدة في حين يجب حصر دعوى الإخلاء للضرورة خلال مدة العقد الممتد بالرغم من أن نص الفقرة الثانية عشرة جاء مطلقا "إذا استجدت بعد العقد ضرورة تلجئه..".

أما المشرع الأردني فقد اعطى المؤجر (المالك القديم أو الجديد) الحق في إقامة دعوى إخلاء المأجور وفق ما ورد في قانون المالكين والمستأجرين في حالة توفر أحد أسباب الإخلاء المنصوص عليها في القانون، وذلك في حالة الإخلال الذي يصدر من المستأجر بعد السنة العقدية الأولى، فإذا امتنع المستأجر عن دفع الأجرة لثلاث مرات على سبيل المثال، يعتبر ذلك سبباً من الأسباب التي أجاز

970) الراضي، سعد خليل، الضرورة الملجئة وبعض تطبيقاتها القضائية، مطبعة الجامعة، بغداد، العراق، 1998، ص27.

971) الفضلي، جعفر محمد جواد، مرجع سابق، ص161.

972) جاسم، كاظم الشيخ، قواعد إيجار العقار، ص 27. وانظر كذلك: فاضل، شروق عباس، وموسى، قحطان سلطان، الأحكام القانونية لتخلية العقار لإضافة بناء والآثار المترتبة على ذلك في إطار القانون العراقي والقوانين المقارنة، بحث منشور، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة النهرين، المجلد9، العدد1، 2021، ص50 وما بعدها.

القانون من خلالها للمالك الجديد أو القديم توجيه إنذار للمستأجر طالباً فيه إخلاء المأجور ومتضمن للأجرة المطلوبة[973]، وكان هذا الإخلال بعد السنة العقدية الأولى فإنه يحق للمؤجر إقامة دعوى إخلاء المأجور ضد المستأجر باعتباره مقصراً بالتزاماته وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية[974].

لأن الحكمة من إعطاء المؤجر والمالك الجديد هذا الحق هو التخفيف من الامتداد القانوني لعقد الإيجار.

وتعرف الضرورة بأنها الحاجة الشديدة لشغل العين المؤجرة[975]. وذهبت محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية إلى أنه ليس للضرورة الملجئة تعريف شامل وضوابط عامة بل أنها مسألة نسبية تختلف وتقاس بحسب معاييرها وتتغير بتغير الظروف والملابسات التي تحيطها[976]. ولكن بالرغم من ذلك يمكن القول بأن الضرورة الملجئة هي الضرورة المتحكمة التي فرضت على المؤجر كرها وليس اختيارا كما يجب أن تكون خارجة عن إرادة طالب التخلية لا مجرد رغبة يروم تحقيقها المؤجر.

وهكذا فإن المحكمة تستقل في تقدير الضرورة الملجئة من عدمها ولا تستعين فيه برأي أحد لأن ذلك من المسائل القانونية فتقوم المحكمة بالتحقيق في ظروف الطرفين وحالتها الاجتماعية والمادية ومعرفة عدد أفراد عائلتها وأعمارهم، بعد ذلك تصدر قرارها حسب قناعتها، فالمحكمة إذن توازن بين المصالح المتعارضة وتختار الأولى بالرعاية تحقيقاً للعدالة، وعلى ذلك فإن ترك مسألة تقدير الضرورة الملجئة لقاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة الاستئناف بصفتها التمييزية عليها لأن قاضي الموضوع هو أدرى بحالة الطرفين، ويقع أثبات قيام الضرورة الملجئة على المالك الجديد حيث يستطيع أثباتها بجميع طرق الأثبات لكونها واقعة مادية كما أن للمستأجر دفع الأدلة المقدمة بكل الطرق ومنها البينة والقرائن[977].

ولكن السؤال الذي يثور هنا، هل هناك شروط للضرورة الملجئة للسكن التي يتذرع بها المالك الجديد لإخلاء المستأجر؟

تنص الفقرة الثانية من المادة السابعة عشرة من قانون إيجار العقار المعدل على انه "إذا استجدت بعد العقد ضرورة تلجئه هو أو أحد أولاده المتزوجين الى سكن العقار المأجور ولم يكن لأي منهم أو لزوجه أو أحد أولاده القاصرين عقار سكن على وجه الاستقلال يستطيع أن يسكنه في حدود (المدينة التي يقيم فيها عادة...)". يتضح من النص أعلاه أنه يشترط في الضرورة الملجئة ما يلي:

1. أن يكون هناك ضرورة ملجئه مستجدة بعد الإيجار وأن تستمر هذه الضرورة إلى حين إصدار القرار.
2. أن تلجئ الضرورة المؤجر أو أحد أولاده المتزوجين إلى سكن الدار المأجورة.
3. عدم امتلاك طالب التخلية أو زوجه أو أحد أولاده القاصرين عقار سكن على وجه الاستقلال يستطيع أن يسكنه في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة.

ويلاحظ أن الفقرة الثانية عشرة من المادة السابعة عشرة من قانون إيجار العقار النافذ أوردت القاعدة العامة للضرورة الملجئة ونصت على التطبيقات التشريعية لها وهي تطبيقات وردت على سبيل المثال لا الحصر يجوز القياس عليها إذ نصت في نهايتها على أنه "يعتبر من قبيل الضرورات الملجئة بوجه خاص". كما اعتبرت الفقرة الثانية عشرة من المادة (17) من قانون ايجار العقار المعدل حالات ستة على سبيل المثال من قبيل الضرورة الملجئة وردت في التعديل الأخير في القانون المرقم (56) لسنة 2000.

أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم يكن أكثر تفصيلاً من المشرع العراقي بل أشار إلى حالة من الحالات الضرورة الملجئة التي أوردها المشرع العراقي وفق ما ورد في المادة (9/5) من قانون المالكين والمستأجرين والتي جاء فيها: "....9- إذا لم يكن المالك مقيماً في المنطقة

---

973)الشطناوي، نبيل فرحان، والزبن، زبن محمود، مدى كفاية القواعد التشريعية في حماية المستأجر عند إخلاء العين المأجورة للتغيير أو التعمير أو الهدم في ضوء أحكام قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم (11) لسنة 1994 وتعديلاته، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، عمادة البحث العلمي، مجلد3، العدد1، 2010، ص53-81.

974) محكمة التمييز الأردنية قرار رقم (366) لسنة 2013 منشورات قسطاس

975)عبد المجيد، عصمت، أحكام تخلية المأجور، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1988، ص 98 وما بعدها.

976) قرار محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية المرقم 266/ج / 981 في 26/ 10/ 81 غير منشور.

977) الفضلي، جعفر محمد، مرجع سابق، ص166.

التي يقع فيها عقاره المؤجر ولم يكن يملك عقاراً غيره، فيحق له تخليته ليسكن فيه عند عودته إلى تلك المنطقة إذا اشترط ذلك في العقد ووفقاً لأحكامه"[978].

كما أن قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1981 اعتبر الاستملاك من قبيل الضرورة الملجئة ثم صدرت قرارات لمجلس قيادة الثورة تتعلق ببعض الحالات منها حالات الضرورة الملجئة الواردة في الفقرة (12) من المادة (17) من قانون إيجار العقار النقل لمقتضيات المصلحة العامة أو إنهاء الخدمة، حيث ينص البند "أ" من الفقرة (12) من المادة (17) على أنه "إذا كان المؤجر من منتسبي دوائر الدولة أو القطاع الاشتراكي سواء داخل العراق أو خارجه ونقل الى المدينة التي يقع فيها عقاره السكني بناءً على مقتضيات المصلحة العامة أو انتهت خدمته لأي سبب كان"، ويشترط للحكم بالتخلية استنادا الى البند (أ) من الفقرة (12)[979].

وهناك حالة ثانية هي عودة المؤجر من الخارج بعد انتهاء دراسته أو تدريبه، حيث ينص البند (ب) من الفقرة (12) من المادة (17) من قانون إيجار العقار، ويشترط للحكم بالتخلية استناداً للنص أعلاه ما يلي:

أ. أن يكون المؤجر من العاملين في دوائر الدولة أو القطاع الاشتراكي (عسكريين أو رجال شرطة أو مدنيين).

ب. أن يكون هذا المؤجر قد أرسل للخارج للدراسة أو التدريب ثم أنهى خدمته.

ج. أن يعود المؤجر إلى المدينة التي يقع فيها داره المؤجر تمهيداً لمباشرة أعمال وظيفته فيها.

من خلال استقرائنا للقرارات القضائية الصادرة من محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية تبين لنا أن الحالات التي تعتبر من قبيل الضرورات الملجئة هي كالآتي: "1- الزواج. 2- الطلاق. 3- الوفاة. 4- المرض. 5- تغيير تكوين أسرة المؤجر. 6- تعذر معيشة المؤجر في مسكنه. 7- اضطرار المؤجر للانتقال إلى المدينة التي تقع فيها داره. 8- عدم صلاحية العقار".

كما أن المالك الجديد يستطيع تخلية العين المؤجرة في حالات انتفاء حاجة المستأجر للمأجور، فانتفاء حاجة المستأجر للمأجور يكون في حالتين هما خلو المأجور بسبب عدم الاستعمال والحالة الثانية هي بناء المستأجر أو تملك عقار للسكن وسنبحث هاتين الحالتين على النحو الآتي:

أولا: خلو المأجور بسبب عدم الاستعمال: من المعروف أن الامتداد القانوني الذي أقره قانون إيجار العقار النافذ لم يكن مبرراً لإسباغ الحماية للمستأجر للبقاء في المأجور من هنا فإن هذه الحماية للامتداد القانوني تنسحب عنه إذا لم يبق في المأجور أحد ممن ذكرهم المشرع العراقي في الفقرة (2) من المادة (13) من قانون إيجار العقار وهم: "- الأصول وأزواجهم. - الفروع وأزواجهم. - الأخوة غير المتزوجين. - الأخوات غير المتزوجات. - الأخوات الأرامل. - الأخوات المطلقات".

وتسحب الحماية عن المستأجر إذا أصبح المأجور خالياً بعدم الاستعمال لمدة تزيد عن (45) يوماً دون عذر مشروع وهذا ما نصت عليه الفقرة (7) من المادة (17) المعدلة من قانون إيجار العقار المعدل "إذا أصبح العقار المأجور غير مسكون لمدة تزيد على (45) خمس وأربعين يوماً دون عذر مشروع"[980]. بينما المشرع الأردني نص على هذه الحالة بشكل مختلف وفق ما ورد في المادة (5/ج/5) التي ورد فيها: "ج- على انه يجوز إخلاء المأجور في أي من الحالات التالية: .....5- إذا ترك المستأجر المأجور الذي أستأجره قبل تاريخ 2000/8/13 بلا اشغال دون سبب مشروع لمدة سنة أو أكثر في العقارات المؤجرة لغايات السكن ولمدة ستة أشهر أو أكثر في العقارات المؤجرة لغاية أخرى....".

ولعل ترك المأجور لمثل هذه المدة المنصوص عليها أعلاه يدل دون شك على انتفاء حاجة المستأجر للمأجور وبالتالي فإن الحكم بالإخلاء يتفق ومفهوم العدالة.

ثانيا: بناء المستأجر أو تملكه عقاراً للسكن: تنص الفقرة (8) من المادة (17) من قانون إيجار العقار المعدل على أنه "إذا بنى المستأجر أو زوجه أو أحد أولاده القاصرين عقاراً للسكن في حدود المدينة التي يقيمون فيها عادةً. كما تنص الفقرة (9) من المادة

978) العقايلة، زيد محمود، مرجع سابق، ص221-262.

979) عبد المجيد، حكمت، أحكام تخلية المأجور، مرجع سابق، ص 136.

980) كانت المادة السابقة قبل تعديلها (90) تسعون يوماً ولكن القانون رقم 56 لسنة 2000 جعلها (45) خمس وأربعون يوما.

(17) من قانون إيجار العقار المعدل على أنه "إذا تملك المستأجر أو زوجه أو أحد أولاده القاصرين أو كان يملك أي منهم في حدود المدينة التي يقيمون فيها عادة عقاراً صالحاً للسكن يمكن تخليته قانوناً أو كان خالياً أو أخلي ولو أجره للغير بعد خلوه".

يتضح من النصوص المذكورة أعلاه أن المشرع العراقي يستهدف في الفقرات الثامنة والتاسعة من المادة (17) من قانون الإيجار أن ينتقل المستأجر إلى داره المشيدة حديثاً أو داره التي تملكها أو دار زوجته التي شيدتها أو تملكتها نظراً لانتفاء حاجته الحقيقية للدار التي يشغلها وقد اعتبر القانون الزوج والزوجة أسرة واحدة لعدم إمكان تخلى أحدهما عن الآخر ما دامت الحياة الزوجية قائمة.

وقد يتم تخلية المستأجر من قبل المالك الجديد في حال كان المأجور مائلاً للانهدام وخوفاً من انهدامه وأصابه المستأجر أو الآخرين بالأضرار أجاز المشرع العراقي للمؤجر طلب تخلية المأجور كما أجاز تخلية المأجور بغية هدمه وإعادة بنائه بشكل أوسع أو إضافة طوابق جديدة، حيث أجازت الفقرة الثالثة عشرة من المادة السابعة عشرة من قانون إيجار العقار المعدل "للمؤجر طلب تخلية العقار إذا أصبح المأجور آيلاً للسقوط". يتضح من النص أعلاه أن المشرع العراقي أجاز للمؤجر تخلية عقاره إذا أصبح آيلاً للسقوط. وعلى المؤجر إثبات السقوط بوثيقة رسمية صادرة من جهة مختصة وهذه الجهة هي البلدية التي تصدر بذلك استشهاداً بناءً على تقرير مهندسيها[981].

وإذا كان المأجور مملوكاً لعدة أشخاص فإن طلب الإخلاء لاحتياج العقار الى الترميم يعتبر من أعمال الحفظ التي يجوز لكل شريك في الشيوع أن يتخذها ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء. كما أن أيلولة المأجور للسقوط من الحالات التي تتعرض فيها صحة وسلامة المستأجر وأتباعه إلى خطر جسيم.

وأجازت أيضاً الفقرة العاشرة من المادة السابعة عشرة من قانون إيجار العقار المعدل للمؤجر أو المالك الجديد بتخلية العقار وذلك بنصها على أنه "إذا أراد المالك هدم العقار لإعادة بنائه بشكل يشتمل على وحدتين سكنيتين فأكثر أو بشكل عمارة وفق التصميم الأساسي للمنطقة التي يقع فيها العقار". يتضح من النص أعلاه استنادا للفقرة العاشرة من المادة (17) من قانون إيجار العقار المعدل أنه يشترط ما يلي:

أ. أن يريد المالك هدم العقار لإعادة بنائه بشكل يشتمل على وحدتين سكنيتين فأكثر أو بشكل عمارة وفق التصميم الأساسي للمنطقة التي يقع فيها العقار ولكن المشرع لم يحدد عدد الطوابق.

ب. أن يوجه المالك إنذاراً إلى المستأجر مرفقاً به صورة مصدقة من إجازة البناء قبل مدة لا تقل عن 90 يوما من تاريخ طلب التخلية.

ج. أن يشرع بالهدم والبناء خلال مدة لا تزيد على 90 يوماً من تاريخ التخلية الفعلية[982].

ويلاحظ أن المشرع العراقي قد نص على حالة عدم مباشرة الهدم والبناء في العقار الذي أخلي بمقتضى الفقرة (10) من المادة (17) بدون عذر مشروع فللمستأجر الحق في شغل المأجور بالشروط السابقة الواردة في عقد الإيجار أو طلب التعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب التخلية[983].

أما المشرع الأردني ففي المادة (10) من قانون المالكين والمستأجرين نصت على انه: "إخلاء المأجور الآيل للسقوط بأنه: يجوز إخلاء المأجور دون تعويض إذا كان آيلاً للسقوط أو معرضاً سلامة الآخرين أو ممتلكاتهم للخطر".

كما أجازت الفقرة (11) من المادة (17) من قانون إيجار العقار للمؤجر إضافة طوابق جديدة إلى بناء قائم وذلك بنصها على أنه "إذا أراد المالك إضافة طوابق جديدة إلى بناء قائم وكانت تخلية المأجور كلاً أو جزءاً ضرورة بالقدر الذي تقتضيه طبيعة العمل".

---

981) قضت محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية في قرارها المرقم 86/3/419 غير منشور حيث أن المدعي المميز أسس دعواه في طلب تخلية المأجور على كونه آيلا للسقوط ويشكل خطرا على ساكنيه وحيث لم يتأيد هذا الوضع حسبما ورد بكتاب أمانة العاصمة (بغداد) المتضمن إجراء الكشف الموقعي على العقار وتبين عدم وجود خطورة في المالك ما عدا وجود تشققات من بعض الجدران وهي لا تؤثر على هيكل البناء في الوقت الحاضر لذا فإن أحكام الفقرة (ك) قبل التعديل الأخير أصبحت غير متوافرة، متوفر على الرابط الإلكتروني: https://www.hjc.iq/ .

982) وهذا ما نصت عليه المادة (19/ الفقرة الأولى) من قانون إيجار العقار العراقي.

983) الفقرة الثانية من المادة (19) من قانون إيجار العقار المعدل.

وإذا لم يباشر المالك بالهدم والبناء في العقار الذي أخلى بمقتضى الفقرة المتقدمة بدون عذر مشروع فللمستأجر الحق في شغل المأجور بالشروط السابقة الواردة في عقد الإيجار أو طلب التعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب التخلية.

ويلاحظ أن قانون إيجار العقار أجاز من ناحية أخرى لمالك العقار بناء مسكن في طابق أو أكثر في المأجور إذا كان يتسع لذلك على ألا يخالف أنظمة البناء المعمول بها ولا يخل إخلالاً جسيماً بمنفعة المستأجر وإذا لم يكن الإخلال جسيماً جاز للمستأجر أن يطلب تخفيض الأجرة بما يناسب نقص المنفعة وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة من قانون إيجار العقار.

أما المشرع الأردني فلم يسمح في القانون المدني بإحداث أي تغيير في العين المؤجرة من شأنه أن يخل بانتفاع المستأجر، فقد نصت المادة (1/684) منه على أنه "لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر بما يزعجه في استيفاء المنفعة مدة الإيجار ولا أن يحدث في المأجور تغييراً يمنع من الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المعقود عليها وإلا كان ضامناً". لكن استثناءً من ذلك فقد سمح قانون المالكين والمستأجرين الأردني باعتباره قانون خاص بالتغيير أو التعمير أو الهدم في العقار المؤجر، وذلك وفق ما ورد في المادة السادسة[984] والمادة التاسعة[985] من قانون المالكين والمستأجرين إجراء تعديل أو تغيير أو تعمير أو هدم في العين المؤجرة.

والواقع أن هذه الحالة التي أوردها المشرع الأردني تعد بحق نموذجاً للحل الذي يستحق النظر عندما ربط بين المصالح والرغبات المتعارضة لكل من المالك والمستأجر، فالأول يرى عقاره قديماً ويستوجب إجراء تغيير به أو هدمه وإعادة تعميره مجدداً، وأما الثاني (المستأجر) فهو يشغل هذا العقار أو جزء منه وبأجره وبشروط متفق عليها منذ فترة ومقبولة بالنسبة له توفر له شيئاً من الاستقرار، وعلى هذا فإنه تماشياً مع رغبة المالك أعطاه المشرع الحق بالتغيير أو الهدم والتعمير في عقاره المؤجر، ومراعاة لحقوق المستأجر أعطاه الحق بأن يختار ما بين قبول تعويض من المالك مقرر قانوناً وبين العودة إلى المأجور بعد إعادة بنائه بأجر المثل[986].

الخاتمة

وفي خاتمة هذه الدراسة الموسومة بـ" أثر التصرف الناقل لملكية العين المؤجرة على المستأجر في القانون المدني: دراسة مقارنة" والتي تم من خلالها بيان أوجه الموازنة القانونية بين مصلحة المستأجر ومصلحة المالك القديم والمالك الجديد، إضافة الى توضيح طبيعة عقد الإيجار وحقوق المستأجر ومالك العين المؤجرة، إضافة لبيان المقصود بالموازنة القانونية بين مصلحة المستأجر ومالك العقار المؤجر الجديد، وتأسيساً على ما سبق توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات والتي يمكن تلخيصها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1- إن مصدر التزامات مستأجر العقار في القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني تنبثق من عقد الإيجار طبقًا للأحكام التي نص عليها القانون المدني وقانون المالكين والمستأجرين وقانون إيجار العقار العراقي.

2- أن التعرض الشخصي (التعرض القانوني) قد يصدر من المستأجر نفسه ومع ذلك يضمنه المؤجر(المالك القديم والمالك الجديد) كما لو أصبح المستأجر مالكاً للعين المؤجرة عن طريق الإرث مثلاً.

3- يترتب على اكتساب المالك الجديد صفة المستأجر عند عدم إمكانية المستأجر أو المالك القديم الرجوع على بعضهما باستثناء بعض الحقوق والالتزامات التي نشأت قبل انتقال ملكية العين المأجورة.

4- إن التزام المستأجر بدفع أجرة العقار والمحافظة على المأجور يتقرر نتيجة الانتفاع بالمأجور.

5- أجاز المشرع للمؤجر طلب فسخ العقد أو إخلاء المأجور عند إخلال المستأجر بتنفيذ الالتزامات المطلوبة.

---

984) نص المادة السادسة من قانون المالكين والمستأجرين الأردني.

985) نصت المادة التاسعة من قانون المالكين والمستأجرين الأردني.

986) العبابنة، محمود محمد سلامة، إخلاء الأماكن المستأجرة في القانون الأردني: دراسة تحليلية ومقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1993، ص134.

6- تخلية العقار المستأجر من حق مالك العقار حصراً فليس للمؤجر غير المالك طلب تخلية العقار المستأجر ولا يحق لمن انتقلت إليه ملكية العقار بموجب مقاولة بيع خارجي طلب تخلية العقار المستأجر دون تسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري.

7- في قانون إيجار العقار العراقي سمح للمالك تخلية العقار في حالة إضافة بناء إذا كانت الإضافة بطريقة عمودية وليست أفقية، أما في القوانين المقارنة فقد أجاز المشرع للمالك التخلية العقار سواء أكانت أفقية الإضافية أم بطريقة عمودية.

8- أن العقود الخاضعة للامتداد القانوني هي العقود المبرمة قبل تاريخ 2000/8/31 فقط في القانون الأردني بينما تخضع العقود المبرمة بعد التاريخ المذكور لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، بينما تطبق على العقود المبرمة قبل تاريخ 2000/8/31 مبدأ الإلزام القانوني.

ثانياً: التوصيات

1- ضرورة النص على إعطاء قاضي الموضوع السلطة التقديرية للحد من حالات فسخ العقد وذلك عن طريق تفعيل دوره في إجراء الموازنة بين علاقة المؤجر (المالك القديم أو المالك الجديد) والمستأجر، وذلك للكف من الحالات السلبية التي تؤدي إلى فسخ عقد الإيجار.

2- تخصيص نص خاص يبين الحكم بالنسبة لحالة الوفاء الجزئي للأجرة.

3- نأمل من المشرع العراقي والأردني النص في القوانين الخاصة بإيجار العقارات على إضافة شرط لتخلية العقار المستأجر وهو توفير عقار ملائم للمستأجر قبل طلب تخلية العقار المستأجر لإضافة البناء.

4- يقتضي أن ينص المشرع العراقي والأردني في قانون إيجار العقار وقانون المالكين والمستأجرين على منح حق الأسبقية في العودة إلى العين المأجورة للمستأجر القديم الذي سبق أن أخلاه، وهذا يعد صورة من صور الإجبار القانوني على المعاوضة، وعدم إيجاره للغير إلا في حالة عدم الاتفاق بينهما على عقد الإيجار الجديد من حيث الشروط.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- أبو السعود، رمضان، العقود المسماة، عقد الايجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- الراضي، سعد خليل، الضرورة الملجئة وبعض تطبيقاتها القضائية، مطبعة الجامعة، بغداد، العراق، 1998.
- الربيعي، جمعة سعدون، أحكام إيجار العقار في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2011.
- سرحان، عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني (العقود المسماة)، دون طبعة، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009.
- سليم، عصام أنور، الوجيز في عقد الإيجار، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط2، 2010.
- السنهوري، أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية، الجزء السادس، ط4، دار الشروق، مصر، 2010.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على ملكية البيع، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964.
- عبد المجيد، عصمت، أحكام تخلية المأجور، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1988.
- العبودي، عباس، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني: البيع والإيجار، ط1، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، الأردن، 2009.
- عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المسماة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
- فرج، توفيق حسن، عقد الإيجار، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1984.
- القاسم، محمد هاشم، القانون المدني عقد الإيجار، دون دار نشر، 1980.

- مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماه، المجلد الثاني، عقد الايجار، دون دار نشر، 1993.
- ناصر، جاسم، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1990.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- إسماعيل، إخلاص محمد، التزام المؤجر بتمكين المستأجر من استيفاء منفعة العين المؤجرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2000.
- العبابنة، محمود محمد سلامة، إخلاء الأماكن المستأجرة في القانون الأردني: دراسة تحليلية ومقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1993.
- غضية، صالح محمد يونس، التزام المؤجر بضمان التعرض في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1997.
- قلندر، منهل عبد الغني، الالتزام بالمحافظة على العقار المأجور، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2005.

ثالثاً: المجلات والأبحاث

- البلعاوي، نصر محمد سعيد، وجود العيب الخفي في المأجور والجزاء المترتب عليه في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، المجلد3، العدد1/1، العراق، 2018.
- الشطناوي، نبيل فرحان، والزبن، زبن محمود، مدى كفاية القواعد التشريعية في حماية المستأجر عند إخلاء العين المأجورة للتغيير أو التعمير أو الهدم في ضوء أحكام قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم (11) لسنة 1994 وتعديلاته، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، عمادة البحث العلمي، مجلد3، العدد1، 2010.
- الشكري، إيمان طارق مكي، والخمايسي، مروان كريم جاسم، أحكام نفاذ عقد الإيجار في مواجهة المالك الجديد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الثانية عشرة، 2020.
- طوايبية، حسن، أثر التصرف الناقل لملكية العين المؤجرة على المستأجر في القانون المدني الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلد13، عدد1، 2021.
- العجمي، عبد الله إبداح، حكم انتقال ملكية العين المؤجرة بالبيع وأثره على عقد الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي وقانون إيجار العقارات في الكويت، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلد28، العدد 92، 2013.
- عز الدين، سيار، التعرض الموجب للضمان في عقد الإيجار، بحث منشور، مجلة المفكر، العدد السابع عشر، الجزائر، 2018.
- فاضل، شروق عباس، وموسى، قحطان سلطان، الأحكام القانونية لتخلية العقار لإضافة بناء والآثار المترتبة على ذلك في إطار القانون العراقي والقوانين المقارنة، بحث منشور، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة النهرين، المجلد9، العدد1، 2021.

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

استغلال القطاع العقاري في عمليات غسل الأموال، أي دور للمهن القانونية والقضائية؟

Exploiting the real estate sector for money laundering,What role for the legal and judicial professions ?

الباحث : محمد الذهبي
باحث بسلك الدكتوراه -مختبر الشريعة والقانون والمجتمع
إشراف الدكتور: عمر الدريسي
كلية الشريعة – جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

ملخص:
يهدف هذا المقال إلى إبراز دور المهن القانونية والقضائية في منظومة مكافحة غسل الأموال، من خلال الكشف عن المعاملات والأنشطة المشبوهة المرتبطة بالقطاع العقاري، نظرا لما تتيحه المعاملات العقارية التي يتم إبرامها بمبالغ جد مهمة من إمكانية لإخفاء عائدات النشاطات غير المشروعة عبر تحويل المتحصلات النقدية إلى أموال عينية ذات قيمة عقارية مشروعة، حيث لم تعد المؤسسات والأعمال المالية فقط هي المعنية، وإنما أصبحت الأعمال والمهن غير المالية هدفا لإرتكاب جرائم غسل الأموال وتمويه مصادرها الجرمية.
حيث يستعرض العلاقة المحتملة التي تجمع بين المهن القانونية والقضائية وجريمة غسل الأموال، وكيفية استغلال هذه المهن في عمليات غسل المتحصلات الجرمية، مع إبراز الإلتزامات القانونية المفروضة عليها وكيفية الإبلاغ عن المعاملات المشتبه فيها من خلال بسط لبعض المخاطر والمؤشرا ت التي يمكن من خلالها استغلال القطاع العقاري في جريمة غسل الأموال.
الكلمات المفتاحية: غسل الأموال – منظومة المكافحة – المهن القضائية – القطاع العقاري – مجموعة العمل المالي.

Abstract
This article aims to highlight the role of legal and judicial professions in the anti-money laundering system by revealing suspicious transactions and activities linked to the real estate sector. Given the significant amounts involved in real estate transactions, there is an opportunity to conceal the proceeds of illegal activities by converting cash gains into legitimate real estate assets. Consequently, not only financial institutions and businesses are concerned, but non-financial businesses and professions have also become targets for committing money laundering crimes and disguising their criminal sources.
It examines the potential relationship between legal and judicial professions and money laundering, and how these professions can be exploited in the laundering of criminal proceeds. It highlights the legal obligations imposed on them and how to report suspicious transactions by outlining some of the risks and indicators through which the real estate sector can be exploited in money laundering crimes.
Keywords: money laundering – anti-money laundering system – judicial professions – real estate sector – Financial Action Task Force

مقدمة:

بالموازاة مع تأثيرات العولمة التي اجتاحت العالم وما صاحبها من تحرير للتجارة العالمية وانفتاح للأسواق وتطور وسائل النقل، وكذا الثورة الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصال، عرفت الجريمة تطورا وتناميا غير مسبوق وأصبحت أكثر خطورة وتحديا وتعقيدا وامتدادا من أي وقت مضى، ومثال ذلك؛ الجريمة العابرة للحدود والتي تتحكم فيها منظمات وشبكات إجرامية تمتلك الإمكانيات والوسائل المتطورة التي تمكنها من اختراق حدود الدول، مسخرة في ذلك التقنيات الحديثة في التواصل التي يسرت على أعضائها عملية التنسيق فيما بينهم[987].

وبحكم الموقع الاستراتيجي للمغرب، كان لزاما على المشرع سن قواعد قانونية ذات طابع تقني وفني تواكب التحولات المستجدة للجريمة، كالجريمة الالكترونية وجريمة غسل الأموال، حيث تعتبر هذه الأخيرة من بين أخطر جرائم العصر الرقمي والتي تشكل تحديا وامتحانا عسيرا للقواعد القانونية على تحقيق الفعالية لمواجهة الأنشطة الاجرامية باختلاف أنواعها ومستجداتها.

فجريمة غسل الأموال أو كما يعبر عنها جرائم ذوي الياقات البيضاء، لأنها تبقى محدودة ومحصورة في فئات راقية من الأشخاص الذين لا يحملون سمة الجريمة كما حددها علم الاجرام، لا تشكل ممارسة حديثة، بل قديمة اقترن وجودها باضطرار كل من حصل على أموال بطريقة غير مشروعة، إلى إخفاء مصدرها وابتكار سبل التمويه لإضفاء المشروعية عليها، وعلى مر العصور، رسخت وقائع معينة هذه الممارسة من خلال تقنيات احتيالية مختلفة في شكلها، إنما جوهرها يصب في خانة واحدة تشكل غسل الأموال القذرة.[988]

وتعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية الموقعة بفيينا[989]، أول خارطة طريق أرست الإطار القانوني لجريمة غسل الأموال، بتضمنها المبادئ والأحكام العامة للتجريم، التي توجه كل دولة لاعتماد منظومة قانونية وطنية، بهدف حرمان المجرمين من المتحصلات المادية لجرائمهم، التي تمثل الحافز والمحرك الأساسي لنشاطهم الإجرامي، وتركت لها حرية تنزيلها بتناسق مع قانونها الداخلي ومبادئها الدستورية، وذلك بهدف اجتناب التعارض بينها.[990]

ففي خضم المتغيرات والتطورات التي عرفتها العمليات الاجرامية المتعلقة بغسل الأموال، تم توسيع المجالات أو القطاعات التي ترتبط بهذه الأعمال والتي من الممكن أن يتم استغلالها من أجل ممارسة الأعمال الإجرامية، حيث لم تعد المؤسسات والأعمال

987- نور الدين العمراني، القانون الجنائي المغربي وتحديات الاجرام المنظم العابر للحدود أية مواكبة، مقال منشور بالمجلة الدولية للأبحاث الجنائية والحكامة الأمنية "القانون الجنائي المغربي بين الثبات والتطور"، العدد الثالث 2020، ص 186.

988- في العصور الوسطى كان المرابون يقدمون قروضا بفوائد، محققين من وراء هذه العمليات أرباحا طائلة، ويظهرون المبالغ المحصل عليها من الفوائد في صور مختلفة، مستعينين بادعاءات كاذبة للتحايل على الكنيسة التي كانت تعتبر القرض بفائدة ربا وخطيئة أخلاقية، لذلك تحرمه وتجرمه، كما كان التجار الصينيون والهنود قبل ثلاث قرون، يقومون بغسل أموالهم الناتجة عن أفعال إجرامية عبر شراء المعادن النفسية كالذهب والماس، للمزيد من المعلومات أنظر:

- د هاني السبكي، عمليات غسل الأموال، دراسة موجزة وفقا للمنظور الإسلامي وبعض التشريعات الدولية والوطنية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، مصر، ط 2008، ص 31.

- في نفس السياق، قام شخص يسمى **"مايير لانسكي Meyer Lansky"**، بصفته حلقة الوصل بين المافيا الأمريكية والايطالية خلال الحرب العالمية الثانية بعمليات لغسل الأموال، حيث استعان بطريقة منتظمة عبارة عن قروض وهمية بالبنوك السويسرية، لإخراج الأموال من الولايات المتحدة الأمريكية وإيداعها في البنوك السويسرية، وجزء من هذه الأموال أقام به المعني مدينة لألعاب القمار بلاس فيغاس الأمريكية، أنظر:

- د إبراهيم حامد طنطاوي، المواجهة التشريعية لغسيل الأموال في مصر، دار النهضة العربية بالقاهرة مصر، ط 2003، ص 5.

- د محمود كبيش، السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال، دار النهضة العربية بالقاهرة مصر، ط 2001، ص8.

- كما أن غسل الأموال ارتبط بمردود القرصنة البحرية، وأشهر نموذج جسده القرصان **"هنري أنري Henry Enry"** الذي ركز نشاطه على رأس عصابته في المحيط الأطلسي والمحيط الهندي، وغنم منه أطنانا من الذهب والمجوهرات، وعمد بعد اعتزاله إلى استثمار أمواله في أعمال تجارية، إلا أن أسلوبه في غسلها باء بالفشل بعد رفض المتعاملين معه سداد مستحقاته من الديون، وعدم استطاعته اللجوء إلى المصالح المختصة خوفا من المتابعة القضائية، أنظر:

- د محمد الأمين البشري، التحقيق في جرائم غسيل الأموال، مجلة الشرطة بالإمارات العربية المتحدة، عدد 383 لشهر نوفمبر 2002، ص 38.

989- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، أبرمت إبان المؤتمر المنعقد بقصر "نوي هوفبورغ" الكائن بمدينة فيينا بدولة النمسا من 25 نوفمبر إلى 20 ديسمبر 1988، واعتمدت في 19 ديسمبر 1988، وفتح باب التوقيع عليها في 20 ديسمبر 1988، ثم دخلت حيز التنفيذ في 11 نوفمبر 1990، وتجدر الإشارة أن وثائق المصادقة على هذه الاتفاقية من طرف المملكة المغربية تم إيداعها بنيويورك بمحضر موقع في 5 نوفمبر 1992، وبناء عليه نشرت بواسطة ظهير شريف رقم 1.92.283 صادر في 15 ذي القعدة 1422 الموافق 29 يناير 2002 بالجريدة الرسمية عدد 4999 بتاريخ 15 صفر 1423 الموافق 29 أبريل 2002.

990- د خالد حامد مصطفى، جريمة غسل الأموال، دراسة مقارنة، مطبعة نور الإسلام بالإسكندرية، مصر، ط 2008، ص 44.

المالية فقط هدفا للمجرمين ولأعمالهم المخالفة للقانون، وإنما أصبح اللجوء الى الأعمال والمهن غير المالية المحددة أحد أبرز الممارسات التي يقوم بها مخالفو القانون من أجل إخفاء المصادر غير المشروعة للمتحصلات والعائدات المالية، حيث تعتبر أندية القمار، الوكلاء العقاريون، تجار المعادن النفيسة والأحجار الكريمة، وأصحاب المهن القانونية والقضائية[991]، من المهن التي يتم استغلالها لغسل الأموال وتمويه حقيقتها غير المشروعة.[992]

وإذا كانت المهن القانونية والقضائية تهدف الى تحقيق الأمن التعاقدي والعمومي والتخفيف من حدة النزاعات وتضارب المصالح المشتركة للمتعاقدين، وحفظ المعاملات بجميع أنواعها ومساهمتها في ضمان استقرار الحقوق وإقرار التوازن بينها وبين الواجبات وحماية التصرفات القانونية، فإنها أضحت وسيلة يعتمد عليها المجرمون لارتكاب جرائم غسل الأموال عن طريق تحويل متحصلاتهم من أموال نقدية إلى أموال عينية ذات قيمة عقارية مشروعة، الأمر الذي دفع المشرع في معظم الدول الى سن مقتضيات قانونية تلزم مزاولي هذه المهن باعتماد واتباع إجراءات قانونية من شأنها تقليص هامش جرائم غسل الأموال، وأيضا توجيههم نحو الانخراط في الجهود الدولية والوطنية الرامية الى مكافحة هذا النوع من الجرائم.

إشكالية الدراسة:

انطلاقا مما سبق، ولدراسة الموضوع، نطرح للنقاش الإشكالية التالية:

مدى انخراط المهن القانونية والقضائية في منظومة مكافحة غسل الأموال من خلال الكشف عن المعاملات والأنشطة المشبوهة المرتبطة بالقطاع العقاري؟

أسئلة الدراسة:

تتفرع عن إشكالية موضوع الدراسة مجموعة من التساؤلات الفرعية والتي يمكن تحديدها كما يلي:

1- ما هي العلاقة المحتملة التي تجمع بين المهن القانونية والقضائية وجريمة غسل الأموال؟
2- أين تكمن أوجه استغلال المهن القانونية والقضائية في جريمة غسل الأموال؟
3- ما هي مخاطر غسل الأموال المرتبطة بالقطاع العقاري؟
4- مدى فهم المهن القانونية والقضائية للدور المنوط بها في مجال مكافحة جريمة غسل الأموال؟
5- ما هي مؤشرات المخاطر المختلفة المرتبطة بالقطاع العقاري؟

أهمية الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحقيق:

1- معرفة المرجعية الدولية وكذلك الضوابط القانونية التي تنظم المهن القضائية في مجال مكافحة جريمة غسل الأموال؛
2- توعية ممارسي المهن القانونية والقضائية حول إساءة استخدام القطاع العقاري في غسل المتحصلات الجرمية؛
3- دراسة المخاطر المحتملة المرتبطة بالقطاع العقاري؛
4- فهم تطبيقات استغلال القطاع العقاري في الأنشطة غير المشروعة؛
5- معرفة بعض مؤشرات المخاطر المرتبطة بالقطاع العقاري لتوجيه المهن القانونية والقضائية للكشف عن المعاملات والأنشطة المشبوهة.

991- حسب مقتضيات المادة 2 من القانون رقم 43.05 (الظهير الشريف رقم 1.07.79 صادر في 28 من ربيع الأول 1428 (17 أبريل 2007) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5522 بتاريخ 14 ربيع الآخر 1428 (3 ماي 2007)، ص 1359) بتنفيذ القانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال): "تطبق أحكام هذا الباب على الأشخاص الذاتيين والاعتباريين التالي بيانهم ويشار إليهم في مواده بالأشخاص الخاضعين:

– المحامون والموثقون والعدول.

992- د محمد هادي النجداوي، الالتزامات القانونية للمحامي في منظومة غسل الأموال وتمويل الإرهاب –دراسة مقارنة في التشريع الإماراتي والمغربي، بحث منشور بموقع وزارة العدل لدولة الإمارات العربية المتحدة الدراسات والأبحاث | المركز الإعلامي | وزارة العدل -الإمارات العربية المتحدة(moj.gov.ae)، ص 4، اطلع عليه بتاريخ 2022/12/27 على الساعة 11H00صباحا.

منهج الدراسة:

قصد الإجابة عن إشكالية موضوع الدراسة والأسئلة المتفرعة عنها، سنحاول اعتماد المناهج العلمية التالية:

1- **المنهج الاستقرائي:** وذلك لقراءة النصوص والمقتضيات القانونية وتحليلها، خاصة ما يتعلق بتوصيات مجموعة العمل المالي وكذلك القوانين الخاصة المنظمة للمهن القضائية وقانون مكافحة غسل الأموال؛

2- **المنهج الوصفي التحليلي:** عبر وصف وتحليل الفرضيات المختلفة حول كيفية إساءة استخدام واستغلال العاملين في القطاع العقاري في عمليات غسل متحصلات الجرائم الأصلية المختلفة؛

3- **المنهج النسقي:** للكشف عن العلاقة المحتملة التي تجمع بين المهن القانونية والقضائية وجريمة غسل الأموال.

خطة الدراسة:

- المبحث الأول: دور المهن القانونية والقضائية في مجال مكافحة غسل الأموال المرتبط بالقطاع العقاري
  - المطلب الأول: المهن القانونية والقضائية وعلاقتها بجريمة غسل الأموال
  - المطلب الثاني: إلتزامات المهن القانونية والقضائية في مجال مكافحة غسل الأموال
- المبحث الثاني: المخاطر المرتبطة بالقطاع العقاري وكيفية الإبلاغ عنها
  - المطلب الأول: الإبلاغ عن العمليات المشبوهة المرتبطة بالقطاع العقاري
  - المطلب الثاني: مؤشرات استغلال القطاع العقاري في جريمة غسل الأموال

المبحث الأول: دور المهن القانونية والقضائية في مجال مكافحة غسل الأموال المرتبط بالقطاع العقاري

نظرا لخطورة جريمة غسل الأموال، سارع المشرع المغربي الى وضع العديد من الأدوات القانونية والمؤسساتية اللازمة منذ ما يقارب عقد ونصف من الزمن، تعبيرا عن إرادته القوية في مجال مكافحة الجريمة، وتنفيذا لالتزامات المغرب الدولية في هذا الإطار، بادر المشرع المغربي الى تقوية منظومته القانونية من خلال إصدار القانون رقم 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال سنة 2007 ومراجعته بين الفينة والأخرى، كان آخرها بمقتضى القانون رقم 18-12 الصادر بتاريخ 14 يونيو 2021، بهدف ملاءمته مع التوصيات المتجددة لمجموعة العمل المالي.

ولتطويق المجالات التي يحتمل أن تتم فيها عمليات غسل الأموال، استهدف المشرع مجموعة من الأشخاص الذاتيين والاعتباريين وجعلهم أشخاصا خاضعين لقانون مكافحة غسل الأموال، قصد الزامهم بالانخراط في منظومة المكافحة، ووضع ضوابط تنسجم مع تنظيم كل فئة من الأشخاص الخاضعين، توازن بين العمل الوقائي والإجراءات الزجرية تحت اشراف ومراقبة موكولة الى جهات مختصة.

وهذا ما يجعلنا نتساءل عن المرجعية الدولية والقانونية المعتمدة من قبل المشرع المغربي المنظمة للمهن القانونية والقضائية وعلاقتها بجريمة غسل الأموال **(المطلب الأول)**، وكذا دور هذه المهن والتزاماتها داخل منظومة مكافحة غسل الأموال **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: المهن القانونية والقضائية وعلاقتها بجريمة غسل الأموال

بما أن التشريعات والقوانين يتم وضعها من أجل تنظيم الحياة المجتمعية وضبطها وحماية الحقوق والحريات فيها، فإن القواعد القانونية بهذا المدلول تستمد وجودها من الحاجة المجتمعية إلى تنظيم قطاع أو مجال ما، أو منع أو الحد أو محاربة ظاهرة ما شاذة على المجتمع، ومن ثم جاء الإطار القانوني المنظم للمهن القضائية **(الفقرة الأولى)** من أجل تحديد شروط مزاولتها وحقوق وواجبات ممارسيها خاصة وأنها مهن قانونية حرة تخضع لإشراف ورقابة السلطة الحكومية المكلفة بالعدل.

وإذا كانت المهن القانونية والقضائية آلية أساسية لحفظ المعاملات بجميع أنواعها وضمان استقرار الحقوق وإقرار التوازن بينها وبين الواجبات، ونظرا للدور الهام الذي تقوم به في بلورة إرادة أطراف المعاملات التي تتلقاها والمحافظة عليها والحرص على

شفافيتها، وحمايتها من كل التهديدات التي قد تؤدي لوقوعها في خانة أفعال منافية للقانون، وتوثيق العقود وإنشاء الشركات وكذا حجم المعاملات المالية التي يعرفها القطاع العقاري والتي يمكن أن تستغل في عمليات غسل الأموال، الشي الذي يجعلنا نتساءل عن العلاقة الممكنة بين هذه المهن وجرائم غسل الأموال؟ **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: الإطار القانوني المنظم للمهن القضائية

تعتبر المهن القانونية والقضائية من ركائز الدولة الحديثة، فهي تساهم بشكل فعال في تحقيق العدالة وحفظ الحقوق والحريات، حيث تخضع هذه المهن لنظام تشريعي متكامل يهدف إلى ضمان كفاءة القائمين عليها واستقلاليتهم، كما تتميز هذه المهن بالتنوع، فكل مهنة لها دور محدد في النظام القضائي، حيث سنقتصر في هذا الموضوع على المبادئ المحددة لمهنة المحاماة **(أولا)**، وكذلك مهنة التوثيق العصري **(ثانيا)**.

أولا: المبادئ المحددة لمزاولة مهنة المحاماة

نظم المشرع المغربي مهنة المحاماة بمقتضى القانون رقم 08-28[993] واعتبر السادة المحامون جزءا من أسرة القضاء، حيث إنها مهنة حرة ومستقلة من جهة، وتساهم بشكل فعال في تحقيق العدالة وتطبيق القانون ومساعدة القضاء من جهة أخرى[994]، ويعتبر المحامون حلقة وصل بين الأفراد والنظام القضائي، إذ يقدمون المشورة القانونية، ويمثلون موكليهم أمام المحاكم، ويساهمون في حماية الحقوق والحريات.

ولذلك وضع القانون الخاص بالمهنة شروطا لمزاولتها، منها ما يتعلق بشرط السن والأهلية والسيرة الحسنة، وكذلك التمتع بالحقوق المدنية وحقوق المواطنة والإقامة، ومنها ما يرتبط بالجانب الدراسي والتعليمي كالحصول على شهادة الاجازة في العلوم القانونية أو شهادة من كلية للحقوق معترف بمعادلتها لها وأن يكون حاصلا على شهادة الأهلية لمزاولة مهنة المحاماة، ومنها ما يرتبط بجنسية الممارس للمهنة، حيث يجب أن يكون المترشح مغربيا أو من مواطني دولة تربطها بالمملكة المغربية اتفاقية تسمح لمواطني كل من الدولتين بممارسة مهنة المحاماة في الدولة الأخرى مع مراعاة مبدأ التعامل بالمثل مع هذه الدول.[995]

وضمانا لاستقلالية المحامي، فقد حدد المشرع المغربي حالات التنافي، حيث لا يجوز الجمع بين ممارسة مهنة المحاماة وممارسة أي نشاط من شأنه المساس باستقلال المحامي وبالطبيعة الحرة للمهنة، كما لا يجوز للمترشح للمحاماة الجمع بين المهنة والوظائف الإدارية والقضائية.[996]

وإلى جانب شروط ممارسة مهنة المحاماة وحالات التنافي، تطرق المشرع المغربي حسب مقتضيات المواد من 11 الى 29 من القانون رقم 08-28 لتحديد حقوق المحامين، وأيضا كيفية ممارسة مهنة المحاماة من أجل ضمان تحقيقها للهدف المتوخى منها وكفالة حق الدفاع، بينما خصصت المواد من 35 الى 39 من نفس القانون لجرد واجبات المحامين، في حين نصت المواد من 61 الى 79 على العقوبات والمسطرة التأديبية جراء مخالفة المحامي للمقتضيات القانونية المنظمة للمهنة وإخلاله بالالتزامات المفروضة عليه.

ثانيا: مهنة التوثيق العصري

نصت المادة الأولى من القانون رقم 09-32 على أن " التوثيق مهنة حرة تمارس وفق الشروط وحسب الاختصاصات المقررة في هذا القانون وفي النصوص الخاصة"، وبناء عليه يجب على الموثق أن يتقيد في سلوكه بمبادئ الأمانة والنزاهة والتجرد والشرف وما

993 - الظهير الشريف رقم 1-08-101 الصادر بتاريخ 20 شوال 1429 الموافق ل 20 أكتوبر 2008 بالجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذي القعدة 1429 الموافق ل 6 نوفمبر 2008.

994 - المادة 1 من القانون رقم 08-28.

995 - المادة 5 من القانون رقم 08-28.

996 - المادة 7 من القانون رقم 08-28.

تقتضيه الأخلاق الحميدة وأعراف وتقاليد المهنة، فالموثق يمارس مهامه بصفة مستقلة في إطار مهنة حرة خول له القانون الصلاحيات اللازمة لتلقي العقود، وإعطائها الطابع الرسمي بعد استكمال الشكليات المتطلبة قانونا.

وإذا كان التوثيق العصري كمهنة تصبوا إلى المساهمة في تحقيق الأمن التعاقدي وحماية حقوق الأطراف المتعاقدة واستقرار المعاملات، فإن القانون المنظم للمهنة وضع شروطا لممارستها، منها ما يتعلق بشروط الانخراط كالجنسية والسن والأهلية والسيرة الحسنة، والتمتع بالحقوق المدنية والوطنية والقدرة اللازمة لممارسة المهنة، ومنها ما يرتبط بالجانب الدراسي والتعليمي كالحصول على شهادة الإجازة في الحقوق من إحدى كليات الحقوق المغربية أو ما يعادلها.[997]

كما يشترط لممارسة مهنة التوثيق العصري أن يكون المترشح مغربيا مع مراعاة قيود الأهلية المشار إليها في قانون الجنسية المغربية، وأن يكون بالغا من العمر 23 سنة ميلادية كاملة على ألا يتجاوز 45 سنة باستثناء الفئات المذكورة في المادة 8 من القانون رقم 09-32.[998]

وكذلك يشترط في المترشح ألا يكون مدانا قضائيا أو تأديبيا بسبب ارتكابه جناية أو جنحة، باستثناء الجنح غير العمدية، ولو رد اعتباره، أو محكوم عليه بإحدى العقوبات المتخذة ضد مسيري المقاولة المنصوص عليها في مدونة التجارة ولو رد اعتباره، وألا يكون في حالة إخلال بالتزام صحيح يربطه بإدارة أو مؤسسة عمومية لمدة معينة، وغير صادرة في حقه في إطار الوظيفة العمومية أو المهن الحرة عقوبة نهائية تأديبية أو إدارية بالإقالة أو التشطيب أو العزل أو الإحالة على التقاعد أو سحب الإذن أو الرخصة، بالإضافة إلى ما سبق، على المترشح أن يجتاز مباراة الانخراط في مهنة التوثيق.

وضمانا لاستقلالية الموثق، فقد حدد المشرع لائحة بقائمة الأعمال والمهن التي لا يجوز الجمع بينها وبين مهنة التوثيق، كممارسة جميع الوظائف الإدارية والقضائية، وكذلك مهن المحامي والعدل والخبير المحاسب والمفوض القضائي ووكيل الأعمال والوكيل العقاري، وممارسة التجارة بكل أنواعها سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، كما يمنع عليه مزاولة مهنة التوثيق إذا أسندت إليه وظيفة عمومية، أو مهمة بمرتب أو بدونه باستثناء المهام الانتخابية على الصعيد المحلي أو الإقليمي أو الجهوي أو الوطني.

وإلى جانب شروط ممارسة مهنة التوثيق وحالات التنافي، تطرق المشرع المغربي لتحديد حقوق الموثقين وواجباتهم، وأيضا كيفية ممارسة مهنة التوثيق من أجل تحقيقها للهدف المتوخى منها، وفي هذا الاطار جاءت المواد من 10 إلى 14 من القانون رقم 09-32 المنظم لمهنة التوثيق لتحدد مجموعة من المقتضيات التي تنظم ممارسة المهنة، بينما خصصت المواد من 15 إلى 34 (الباب الثالث من القسم الأول) من نفس القانون لجرد حقوق وواجبات الموثق، بينما نصت المواد من 35 إلى 64 من ذات القانون إلى اختصاصات ومهام الموثق، في حين تطرقت المواد من 72 إلى 89 إلى العقوبات والمسطرة التأديبية التي يتم سلوكها في حالة مخالفة الموثق للمقتضيات القانونية المنظمة للمهنة أو ارتكابه ما يوجب الجزاء.

الفقرة الثانية: المهن القانونية والقضائية وجرائم غسل الأموال؛ أية علاقة؟

997- المادة 3 من القانون رقم 09-32.

998- تنص المادة 8 من القانون رقم 09-32 على أنه:" يعفى من المباراة:

- المحافظون على الأملاك العقارية الحاصلون على الإجازة في الحقوق والذين زاولوا مهامهم بهذه الصفة لمدة لا تقل عن عشرة سنوات، بعد قبول استقالتهم، أو إحالتهم على التقاعد ما لم يكن ذلك لسبب تأديبي.

- مفتشو إدارة الضرائب المكلفون بالتسجيل الحاصلون على الإجازة في الحقوق والذين زاولوا مهامهم بهذه الصفة لمدة لا تقل عن عشر سنوات بعد قبول استقالتهم، أو إحالتهم على التقاعد ما لم يكن ذلك لسبب تأديبي.

- قدماء القضاة من الدرجة الأولى على الأقل الحاصلون على الإجازة في الحقوق بعد قبول استقالتهم أو إحالتهم على التقاعد ما لم يكن ذلك لسبب تأديبي.

- قدماء المحامين المقبولون للترافع أمام محكمة النقض الحاصلون على الإجازة في الحقوق بعد قبول استقالتهم.

- أساتذة التعليم العالي الحاصلون على شهادة الدكتوراه في الحقوق والذين مارسوا بهذه الصفة لمدة لا تقل عن 15 سنة وذلك بعد قبول استقالتهم أو إحالتهم على التقاعد ما لم يكن ذلك لسبب تأديبي.

يشترط في كل المترشحين من الفئات المذكورة أعلاه ألا يتجاوز سنهم عند تقديم الطلب 55 سنة.

يقضي كل هؤلاء فترة تمرين تطبيقي بأحد مكاتب التوثيق سنة كاملة، وذلك بعد اجتيازهم اختبارا تحدد كيفيته بنص تنظيمي".

إن المقاربة المعتمدة بإشراك المهن القانونية والقضائية في منظومة مكافحة غسل الأموال، وضمها إلى لائحة الأشخاص الخاضعين لمقتضيات القانون رقم 05-43 هي مقاربة حمائية، تتأسس على تشديد مكافحة هذه الجريمة من جميع منابعها ولو على حساب مجموعة من المبادئ مثل مبدأ السرية بين المهن القانونية والقضائية والزبون وكذا مبدأ الثقة.

وذلك لكون جرائم غسل الأموال تتميز بشدة التعقيد والصعوبة، إذ أنها تتم وفق عمليات ومراحل وأساليب جد معقدة، يصعب على الأجهزة الأمنية تتبعها والإحاطة بها، فهي تستغل بذلك جميع الوسائل المتطورة وخصوصا التكنولوجيا الحديثة.

من هذا المنطلق بدأ المجتمع الدولي في البحث عن الطرق المناسبة لمكافحة عمليات غسل الأموال، واهتدى في ذلك إلى ضرورة إشراك مختلف الفاعلين في القطاع المالي وغير المالي والمهني من أجل إرساء مبدأ شمولية المكافحة ضد جرائم غسل الأموال، وقد تم التنصيص على هذا المقتضى في العديد من المواثيق الدولية، وخصوصا توصيات مجموعة العمل المالي GAFI999 التي أكدت على ضرورة إدراج الدول للمهن القانونية والقضائية باعتبارها مؤسسات غير مالية في قائمة الأشخاص الخاضعين لقانون مكافحة غسل الأموال.[1000]

أما على المستوى الوطني، فإن فلسفة تشريع قانون يحمل إلزامية المهن القانونية والقضائية لمقتضيات قانون مكافحة غسل الأموال لم يأتي جوابا عن الحاجة الوطنية فحسب، وإنما جاء وفاءا بالالتزامات الدولية للمملكة في إطار التعاون الدولي في مكافحة هذا النوع من الجرائم[1001]، حيث خضعت لجولتين من التقييم المتبادل، الجولة الأولى كانت سنة 2007 والجولة الثانية سنة

---

999 - مجموعة العمل المالي هي منظمة حكومية دولية، تم تأسيسها من طرف الدول الصناعية السبع بمؤتمر باريس سنة 1989، وتتمثل مهامها في وضع المعايير الدولية، وتعزيز ومتابعة التنفيذ الفعال للتدابير القانونية والتنظيمية والتطبيقية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتمويل انتشار أسلحة الدمار الشامل، وكذا التهديدات الأخرى المرتبطة بنجاعة ونزاهة النظام المصرفي الدولي، كما تشتغل مجموعة العمل المالي بالتعاون مع جهات دولية معنية، على تحديد مواطن الضعف على المستوى الوطني للدول، بهدف حماية النظام المالي الدولي من الاستغلال السيئ.

1000 - **التوصية 22: الأعمال والمهن غير المالية المحددة: العناية الواجبة تجاه العملاء**

تنطبق متطلبات العناية الواجبة تجاه العملاء والاحتفاظ بالسجلات الواردة في التوصيات 10 و11 و12 و15 و17 على الأعمال والمهن غير المالية المحددة في الحالات التالية:

(د) المحامون وكتاب العدل وغيرهم من أصحاب المهن القانونية والمحاسبين المستقلين عند قيامهم بإعداد عملية مالية أو تنفيذها نيابة عن عملائهم فيما يتعلق بالأنشطة التالية:

- شراء العقارات وبيعها؛
- إدارة الأموال أو الأوراق المالية أو غيرها من الأصول التي يمتلكها العميل؛
- إدارة الحسابات المصرفية أو حسابات التوفير أو حسابات الأوراق المالية؛
- تنظيم المساهمات بغرض إنشاء الشركات أو تشغيلها أو إدارتها؛
- إنشاء الشخصيات الاعتبارية أو الترتيبات القانونية أو تشغيلها أو إدارتها، وشراء الكيانات التجارية وبيعها.

- **التوصية 23: الأعمال والمهن غير المالية المحددة: تدابير أخرى**

تنطبق المتطلبات الواردة في التوصيات من 18 إلى 21 على جميع الأعمال والمهن غير المالية المحددة مع مراعاة الاستثناءات التالية :

أ- ينبغي أن يُطلب من المحامين وكتاب العدل وغيرهم من أصحاب المهن القانونية والمحاسبين المستقلين الإبلاغ عن المعاملات المشبوهة عند إبرامهم، نيابة عن العميل أو لصالحه، صفقة مالية تتعلق بالأنشطة المذكورة في الفقرة (د) من التوصية 22 وينبغي تشجيع الدول بقوة على توسيع نطاق متطلب الإبلاغ ليشمل بقية الأنشطة المهنية للمحاسبين بما في ذلك المدققين.

- توصيات مجموعة العمل المالي لسنة 2012، المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح، نسخة مستحدثة فبراير 2023، ص 17 و18.
منشورة بالموقع الإلكتروني لمجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال افريقيا المعايير والإجراءات MENAFATF Official Websites |

1001 - وفقًا لقواعد عضوية المجموعة، عند الانضمام إلى مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، تلتزم الدول الأعضاء بعملية مراجعات النظراء والتي تسمى بعملية التقييم المتبادل لتحديد مستويات الامتثال بالمعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب. تتم عملية التقييم المتبادل من قبل فريق يدعى بفريق التقييم المتبادل، والذي يشمل عدد محدد من الخبراء يتم اختيارهم من الدول الأعضاء في المجموعة (بحيث يكونوا خبراء مؤهلين ومدربين بشكل خاص على التعامل مع منهجية التقييم المتبادل الصادرة عن مجموعة العمل المالي). ويتكون فريق التقييم المتبادل من:

- خبراء قانونيون.
- خبراء ماليون وتنظيميون.
- خبراء إنفاذ القانون (بما في ذلك خبراء وحدة الاستخبارات المالية).

للمزيد من المعلومات، أنظر: التقييم المتبادل MENAFATF Official Websites |

ويذكر أن التقييم الأول للمغرب بهذا الخصوص كان سنة 2007، وفيه أنجزت المجموعة تقريرا يرسم صورة قاتمة للمغرب في مكافحته للجرائم موضوع الدراسة، نظرا لكون المغرب آنذاك لم يعتمد بعد القانون 05-43 لمكافحة غسل الأموال، وقد تم تنظيم التقييم المتبادل في البند 11-1 من مذكرة التفاهم، الذي يقضي بأن ينظم الاجتماع العام للمجموعة

2017، وكنتيجة لهذا التقييم المتبادل خلص خبراء مجموعة العمل المالي لمجموعة من الاستنتاجات والملاحظات، والتي يتعين على المملكة المغربية أن تأخذها بعين الاعتبار.[1002]

حيث تم تسجيل تطور ملحوظ للمنظومة الوطنية في مجال مكافحة غسل الأموال ما بين الجولة الأولى والجولة الثانية، لكن ورغم قيام المشرع المغربي بعدة تعديلات على مستوى الإطار القانوني، كانت هناك ملاحظات سلبية بخصوص القطاع غير المالي[1003]، وطرحت بعض التساؤلات تتعلق بمدى انخراط المهن القانونية والقضائية في المنظومة الوطنية لمكافحة غسل الأموال، حيث تعتبر هذه المهن بموجب القانون رقم 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال من بين الأشخاص الخاضعين، بمعنى الأشخاص الذين يجب عليهم الالتزام بمجموعة من التدابير المنصوص عليها في القانون، كالالتزام باليقظة والالتزام بالتصريح بالاشتباه بكل معاملة مشبوهة، ومساهمتهم بمقاربة وقائية في منظومة المكافحة.

فملاحظة الخبراء الدوليين وكذلك التقرير الوطني لهيئة المعلومات المالية، تعتبران بأن المهن القانونية والقضائية هي مهن معرضة لمخاطر جرائم غسل الأموال، المتمثلة في التحايلات والاختراقات المحتملة للشبكات الاجرامية المتطورة والمتشعبة، نظرا للصلاحيات والاختصاصات المهمة التي تشمل العديد من المجالات، فهي تمتد إلى تلقي وتحرير كل العقود ذات الطبيعة الاقتصادية والمالية والتجارية، كالعقود الخاصة بشراء أو بيع بعض العقارات أو تفويت بعض الأصول، والتي قد تكون منفذا مهما لتوظيف الأموال غير المشروعة المتحصلة من الجرائم لإضفاء الشرعية عليها، وبالتالي فإن هذه المهن القانونية والقضائية أصبحت معنية ومخاطبة بشكل مباشر من طرف المشرع الوطني والدولي من أجل مواجهة هذه الظواهر الإجرامية الخطيرة.[1004]

ولقد حدد القانون المغربي لمكافحة غسل الأموال، الأشخاص الذاتيين والاعتباريين الخاضعين لأحكامه، طبقا لمقتضيات المادة 2 من القانون رقم 05-43[1005] في فقرتها الثانية عشر، ومن ضمنهم المحامي والموثق، بمعنى أنهم ملزمون باتباع المقتضيات والقواعد الواردة في قانون مكافحة غسل الأموال والمبنية على التوصيات الأربعين لمجموعة العمل المالي[1006].

برنامجا مستمرا للتقييم المتبادل، بالتعاون مع سكرتارية المجموعة، ويوافق جميع الأعضاء على الاشتراك في هذا البرنامج، للمزيد من المعلومات، أنظر: مذكرة التفاهم MENAFATF | Official Websites

1002 - تقرير التقييم المتبادل المملكة المغربية، تدابير مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، أبريل 2019. منشور بالموقع الالكتروني لمجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال افريقيا الجولة الثانية من التقييم MENAFATF Official Websites |

1003 - يعاني قطاع الأعمال والمهن غير المالية المحددة من غياب الإجراءات الضرورية من قبل سلطات الرقابة والاشراف للتأكد من التزامها بمتطلبات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، حيث أن الأعمال والمهن غير المالية المحددة، عدا بعض الحالات القليلة جداً، لا تقوم بالإبلاغ عن العمليات المشبوهة لوحدة معالجة المعلومات المالية. وقد تبين عدم الفهم والوعي بمخاطر غسل الأموال وتمويل الإرهاب للعديد من هذه الجهات، بالإضافة إلى ضعف التواصل مع وحدة معالجة المعلومات المالية وعدم الالمام بمهامها ودورها في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

- تقرير التقييم المتبادل المملكة المغربية، تدابير مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، المرجع السابق، ص 27.

1004 - مثلا بالنسبة للقطاع العقاري: فحسب معطيات الإحصاء العام للسكان والسكنى لسنة 2014، أصدرت المندوبية السامية للتخطيط إحصائيات تتعلق بحظيرة السكن بالمغرب. وكشفت هذه الاحصائيات عن ارتفاع مستوى المساكن الفارغة بنسبة اجمالية بلغت 12.2%، في حين تشكل المساكن الثانوية والموسمية ما نسبته 8% وقد بينت ذات الدراسة بأكثر تفصيل بأن نسبة المساكن الفارغة بلغت ما يقارب ربع اجمالي المساكن في بعض المناطق الحضرية حيث بلغت 24.1 % بجهة الدار البيضاء. وعلى أساس ما تقدم ووفقا لمخرجات مستند التقييم الوطني ولما اظهرته الزيارة الميدانية، يتضح ان القطاع العقاري يمثل تهديدا لمنظومة المكافحة فضلاً على أنه من بين القطاعات التي قد تكون جاذبة للمتحصلات الجرمية لعمليات غسل الأموال.

- تقرير التقييم المتبادل المملكة المغربية، تدابير مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، أبريل 2019، ص 22.

للمزيد من المعلومات، أنظر: الجولة الثانية من التقييم MENAFATF Official Websites |

1005 - نصت المادة 2 من القانون رقم 05-43 على أنه: تطبق أحكام هذا الباب على الأشخاص الذاتيين والاعتباريين التالي بيانهم ويشار إليهم في مواده بالأشخاص الخاضعين:

"1- بنك المغرب؛

.....

12- المحامون والموثقون والعدول...".

1006 - توصيات مجموعة العمل المالي التي تم اعتمادها من قبل الاجتماع العام في فبراير 2012.

للمزيد من المعلومات، أنظر:

"النسخة العربية المترجمة لتوصيات مجموعة العمل المالي (فبراير 2012م) - نسخة محدثة (مارس 2022م) MENAFATF Official Websites | ".

كما تنص المادة 5 من القانون رقم 05-43 على أنه: " يطبق الأشخاص الخاضعون التالي بيانهم التدابير المنصوص عليها في المادتين 3 و4 أعلاه وفق الشروط التالية:

1- بالنسبة للمحامين والموثقين والعدول والخبراء المحاسبين والمحاسبين المعتمدين، كل فيما يخصه، عندما يقومون بإعداد أو إنجاز عمليات لفائدة زبنائهم، تتعلق بالأنشطة التالية:

-شراء أو بيع عقارات أو أصول تجارية أو أحد عناصرها؛

-تدبير الأموال أو السندات أو الحسابات البنكية أو الودائع أو غيرها من الأصول الأخرى التي يملكها الزبون؛

-تنظيم وتقييم الحصص اللازمة لتكوين رأسمال شركات أو تسييرها أو استغلالها؛

-تأسيس أشخاص اعتباريين أو تسييرهم أو استغلالهم؛

-بيع أو شراء حصص أو أسهم في شركات تجارية...".

المطلب الثاني: إلتزامات المهن القانونية والقضائية في مجال مكافحة غسل الأموال

تطبيقا لمقتضيات التوصيات الأربعين لمجموعة العمل المالي[1007]، وكذلك مقتضيات المادة 3 من القانون 05-43[1008]، تخضع المهن القانونية والقضائية لمجموعة من الالتزامات[1009] التي تضمنتها التوصيات الدولية والتشريعات الوطنية لمكافحة جرائم غسل الأموال كالإلتزام باليقظة **(الفقرة الأولى)**، والإلتزام بالمراقبة الداخلية **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: الإلتزام باليقظة

لقد انتبه المشرع المغربي إلى أهمية الالتزام باليقظة، فأفرد له المواد من 3 الى 8 من القانون رقم 05-43، بحيث ألزم على المهن القانونية والقضائية تطبيق مجموعة من إجراءات اليقظة، بالإضافة الى جمع كل المعلومات التي تمكن من تحديد هوية الزبناء المعتادين أو العرضيين والمستفيدين الفعليين والتحقق منها **(أولا)**، وحفظ الوثائق المتعلقة بالعمليات المنجزة من قبل الزبناء المعتادين أو العرضيين بما فيها تلك التي تثبت هويتهم **(ثانيا)**.

أولا: تحديد هوية الزبناء العاديين والمستفيدين الفعليين

حسب مقتضيات المادة 4 من القانون رقم 05-43، يجب على المهن القانونية والقضائية تطبيق إجراءات اليقظة بصفة تلقائية ومستمرة، وتشمل هذه الإجراءات:

-تحديد هوية الزبناء المعتادين أو العرضيين وأطراف علاقات الأعمال والآمرين بتنفيذ عمليات يكون الغير مستفيدا منها والأشخاص الذين يتصرفون باسم زبنائهم بموجب توكيل، وعلاقات الأعمال وكذا الآمرين بتنفيذ عمليات يكون الغير مستفيدا

1007- التوصية الثانية والعشرون حول الأعمال والمهن غير المالية المحددة والعناية الواجبة تجاه العملاء:

تنطبق متطلبات العناية الواجبة تجاه العملاء والاحتفاظ بالسجلات الواردة في التوصيات 10، 11، 12، 15 و17 على الأعمال والمهن غير المالية المحددة في الحالات التالية:

(د) المحامون وكتاب العدل وغيرهم من أصحاب المهن القانونية والمحاسبين المستقلين: عند قيامهم بإعداد عملية مالية أو تنفيذها نيابة عن عملائهم فيما يتعلق بالأنشطة التالية:

- شراء العقارات وبيعها؛
- إدارة الأموال أو الأوراق المالية أو غيرها من الأصول التي يمتلكها العميل؛
- إدارة الحسابات المصرفية أو حسابات التوفير أو حسابات الأوراق المالية؛
- تنظيم المساهمات بغرض إنشاء الشركات أو تشغيلها أو إدارتها؛
- إنشاء الشخصيات الاعتبارية أو الترتيبات القانونية أو تشغيلها أو إدارتها، وشراء الكيانات التجارية وبيعها.

1008- نصت المادة 3 من القانون رقم 05-43، على أنه: " يتعين على الأشخاص الخاضعين وضع سياسات وضوابط للمراقبة الداخلية وتدابير لليقظة والكشف ومساطر لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وفق النهج القائم على المخاطر، تتناسب مع طبيعة وحجم أنشطتهم والمخاطر المتعلقة بها، تمكن من:

التدبير المستمر للمخاطر عن طريق تحديدها وفهمها وتقييمها واتخاذ الإجراءات الكفيلة بخفضها...".

1009- يعرف الالتزام بأنه "حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل".

د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، طبعة أولى سنة 1952، ص 114.

منها، والتحقق من هويتهم ومن الصلاحيات المخولة لهم، سواء كان هؤلاء الزبناء أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين أو ترتيبات قانونية، والتحقق منها تطبيقا لمبدأ **"اعرف عميلك"**[1010].

ويستوي المهني في ذلك مع جميع الأشخاص الخاضعين، سواء المؤسسات المالية كالأبناك أو المؤسسات غير المالية كالأعمال والمهن غير المالية المحددة، حيث يجب عليهم اتخاذ مجموعة من الإجراءات للالتزام باليقظة تهم:

- جمع كل المعلومات التي تمكن من تحديد هوية الزبناء المعتادين أو العرضيين والمستفيدين الفعليين[1011] والتحقق منها؛
- اتخاذ الإجراءات والتدابير المناسبة لتحديد هوية المستفيد الفعلي والتحقق منها بما يضمن المعرفة التامة به، بما يشمل فهم بنية الملكية للأشخاص الاعتباريين والسيطرة عليهم؛
- فهم طبيعة علاقة الأعمال والغرض منها والحصول، عند الاقتضاء، على معلومات إضافية تتعلق بها؛
- التأكد من أن العمليات التي ينجزها الزبناء وعلاقات الأعمال مطابقة لما يعرفونه عنهم وعن أنشطتهم وكذا عن المخاطر التي يمثلونها؛
- التحقق من أن الوثائق والمعطيات والمعلومات التي تم الحصول عليها في إطار تنفيذ واجب اليقظة محينة والسهر على التحديث المنتظم لملفات الزبناء وأطراف علاقات الأعمال.

فعندما يتعذر على المهني تحديد هوية الزبناء أو المستفيدين الفعليين، والتحقق منها أو الحصول على معلومات تتعلق بطبيعة علاقات الأعمال والغرض منها أو تطبيق إجراءات اليقظة، يمنع عليه إقامة تلك العلاقة أو الاستمرار فيها بالنسبة للزبناء وعلاقات الأعمال الحاليين، مع تقديم التصريح بالاشتباه كلما اقتضى الأمر ذلك.

ويجب على المهني أن يطبق هذه التدابير عند قيامه بإعداد أو إنجاز عمليات لفائدة زبنائه تتعلق بالأنشطة التالية:

-شراء أو بيع عقارات أو أصول تجارية أو أحد عناصرها؛

-تدبير الأموال أو السندات أو الحسابات البنكية أو الودائع أو غيرها من الأصول الأخرى التي يملكها الزبون؛

1010 - **يشير مبدأ "اعرف عميلك" إلى الخطوات المتخذة بواسطة المنشأة لـ:**

أ- التعرف على هوية العميل والتحقق منها والاطمئنان بأن مصادر الأموال الخاصة به من مصادر مشروعة.

ب- التحقق من الأوضاع النظامية لكافة العملاء الطبيعيين الذين تعود إليهم الملكية أو السيطرة النهائية أو الذين يقومون بإجراء العمليات بالنيابة عنهم قبل بداية التعامل مع المنشأة.

ت- القيام بالتحقق بصفة مستمرة من هوية جميع المتعاملين الدائمين أو العرضيين مع المنشأة وذلك بالاطلاع على الوثائق الأصلية سارية المفعول المعتمدة نظاماً لإثبات الشخصية.

متى يجب على أصحاب الأعمال والمهن غير المالية المحددة تطبيق مبدأ "اعرف عميلك" وتدابير العناية الواجبة؟

يجب على أصحاب الأعمال والمهن غير المالية المحددة تطبيق مبدأ "اعرف عميلك" واتخاذ إجراءات العناية الواجبة تجاه العملاء عند:

أ- إنشاء علاقات عمل.

ب- إجراء عمليات نقدية تزيد على الحد المقرر من الوزارة (حاليا 50000 ريال) ويشمل هذا أيضاً الحالات التي تتم فيها العمليات في حركة واحدة أو حركات متعددة تبدو مرتبطة مع بعضها البعض.

ت- في حالة وجود اشتباه بحدوث غسل أموال أو تمويل إرهاب.

ث- في حالة وجود شكوك لدى التاجر حول صحة البيانات التي تم الحصول عليها مسبقاً بخصوص تحديد هوية العملاء أو مدى كفايتها.

-الدليل الارشادي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وزارة التجارة والاستثمار، المملكة العربية السعودية، ربيع الآخر 1437 الموافق ل يناير 2018، ص 9.

1011 - حسب مقتضيات القانون رقم 05-43 يمكن تعريف المستفيد الفعلي أو الحقيقي على أنه: "الشخص الذاتي الذي يمتلك أو يسيطر في النهاية على الزبون أو الشخص الذاتي الذي تتم العمليات لفائدته. ويسري هذا التعريف أيضا على الشخص الذاتي الذي يمارس على شخص اعتباري أو ترتيب قانوني سيطرة فعلية مباشرة أو غير مباشرة أو عبر سلسلة من السيطرة أو الملكية".

وحسب مقتضيات المادة L 561-2-2 من القانون النقدي والمالي الفرنسي، يمكن تعريف المستفيد الحقيقي بأنه: "الشخص الطبيعي الذي يسيطر بشكل مباشر أو غير مباشر على العميل، أو الشخص الذي يتم تنفيذ المعاملة أو النشاط لصالحه".

وبالتالي فإن المستفيد الحقيقي أو الفعلي، سواء كان شخصا ذاتيا أو اعتباريا، هو الذي تكون له السيطرة الفعلية في جميع الأوقات على الأصول المستخدمة في إنجاز العملية حتى تنفيذ الصفقة وإتمامها.

-تنظيم وتقييم الحصص اللازمة لتكوين رأسمال شركات أو تسييرها أو استغلالها؛

-تأسيس أشخاص اعتباريين أو تسييرهم أو استغلالهم؛

-بيع أو شراء حصص أو أسهم في شركات تجارية.

ويراعي عند قيامه بأحد هذه الأنشطة لفائدة الزبناء، تنفيذ مقتضيات المواد 7 و9 و10 و11 من القانون رقم 05-43.

يتعين على المحامي أو الموثق وضع عملية لتحديد هوية زبنائه، وتهدف هذه العملية، على الخصوص، جمع المعلومات الخاصة بالزبناء والتحقق منها والاحتفاظ بها وتحيينها، وإذا كان الزبون شخصا اعتباريا فيجب عليه التحقق من الوثائق والبيانات اللازمة من المعلومات، خاصة التسمية والشكل القانوني وطبيعة النشاط والعنوان والمقر الاجتماعي بالإضافة الى الرأسمال، وكذلك عليه التحقق من هوية المسيرين والسلط المخولة لهم كأشخاص مؤهلين أو مفوضين لتمثيله إزاء الغير أو التصرف بإسمه بموجب وكالة. كما يتعين عليه توثيق عمليات تحديد الهوية على شكل سياسات وإجراءات، تتمثل في وضع استمارة لتحديد هوية زبنائه، بمن فيهم الآمرين بتنفيذ عمليات لفائدة الغير، وذلك استنادا إلى الوثائق الرسمية لتحديد الهوية والتي يجب أن تكون أصلية ومحينة وسارية الصلاحية، ويجب عليه أيضا تحديد طبيعة والغرض من كل علاقة عمل والتحديث المنتظم لملفات الزبناء وأطراف علاقات الأعمال.[1012]

ويجب أن تشمل هذه الاستمارة فيما يخص الأشخاص الذاتيين العناصر التالية:

- الاسم الشخصي والعائلي للزبون؛
- رقم بطاقة التعريف الوطنية بالنسبة للمغاربة؛
- رقم بطاقة التسجيل والجنسية بالنسبة للأجانب المقيمين؛
- رقم جواز السفر والجنسية بالنسبة للأجانب غير المقيمين؛
- عنوان الإقامة بشكل دقيق؛
- رقم الهاتف وعنوان البريد الإلكتروني في حالة توفره؛
- المهنة.

كما أنه يجب تحديد هوية الزبناء قبل إنجاز أي عملية أو أن تتزامن مع إقامة علاقة الأعمال، ويجب أن تسمح بتكوين تعريف وتحديد كاملين لمخاطر غسل الأموال المحتملة والتي قد تترتب عن علاقة الأعمال المعنية.

ويجب أن تمتد عملية تحديد الهوية هذه إلى جميع أصناف الزبناء، وعلى وجه الخصوص:

- الزبناء الحاليون؛
- الزبناء الجدد، العرضيون والمحتملون؛
- المستفيدون الفعليون؛
- الوكلاء ومصدرو الأوامر؛
- الأشخاص المفوض لهم بتشغيل حسابات الأشخاص الاعتباريين.[1013]

ولتطبيق المنهج القائم على المخاطر ينبغي أن تكون المؤسسة المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة، متأكدة من هوية المستفيد الحقيقي أو أي شخص يسيطر على علاقة العمل، ولا يمكن للمستفيد الحقيقي أن يكون شخص اعتباريا، بل يجب أن يكون

1012- المادة 6 من المقرر رقم D1-ANRF-2021 المتعلق بالتزامات الأشخاص الخاضعين وكيفيات المراقبة، الصادر عن الهيئة الوطنية للمعلومات المالية سنة 2021، ص 9.
للمزيد من المعلومات، أنظر: النصوص الصادرة عن الهيئة(anrf.gov.ma)

1013- الدليل العملي الخاص بالمهن القانونية والقضائية في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، المملكة المغربية، وزارة العدل مديرية الشؤون الجنائية والعفو، يناير 2022، ص 38.

شخصا طبيعيا، يملك أو يسيطر على الشخص الاعتباري بصورة مباشرة أو غير مباشرة[1014]، فوحده الشخص الطبيعي فقط له الأحقية أن يكون المستفيد الحقيقي النهائي، ويمكن أن يكون أكثر من شخص طبيعي المستفيد الحقيقي النهائي للشخص الاعتباري أو ترتيب معين.[1015]

فعند تأخر الزبون أو مماطلته بشأن تقديم معلومات وأجوبة موثوقة وقابلة للتحقق فيما يخص تحديد هوية المستفيد الحقيقي، ينبغي أن يؤدي ذلك بالمهني إلى فحص السبب وراء هذا التردد، واتخاذ تدابير يقظة مناسبة.[1016]

وفي هذا السياق نصت المادة 3-13 من القانون رقم 05-43 على أنه: "يحدث لدى السلطة الحكومية المكلفة بالمالية سجل عمومي للمستفيدين الفعليين من الأشخاص الاعتباريين المنشئين بالمملكة المغربية والترتيبات القانونية.

ويمكن لها أن تعهد بتدبير هذا السجل لهيئة أو مؤسسة عمومية بموجب اتفاق مشترك.

تحدد بنص تنظيمي كيفية مسك هذا السجل والبيانات المضمنة به والتزامات الأشخاص المصرحين وشروط الولوج إلى المعلومات الممركزة".

وتجدر الإشارة الى أنه تم إطلاق منصة رسمية خاصة بالسجل العمومي للمستفيدين الفعليين من الشركات المنشأة في المغرب، يدبرها المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية، بشراكة مع كل من وزارة الاقتصاد والمالية ووزارة الصناعة والتجارة والهيئة الوطنية للمعلومات المالية، تطبيقا لمقتضيات المرسوم رقم 2.21.708[1017] المتعلق بالسجل العمومي للمستفيدين الفعليين من الشركات المنشأة بالمغرب ومن الترتيبات القانونية، ويندرج مرسوم السجل في إطار تطبيق أحكام القانون رقم 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال، بهدف مواءمة النظام الوطني لمكافحة غسل الأموال مع توصيات مجموعة العمل المالي.

حيث سيتم في هذا السجل جمع ومركزة وحفظ المعلومات المضبوطة والمحينة المتعلقة بالمستفيدين الفعليين من الشركات المنشأة في المغرب والشركات الأجنبية التي تمارس نشاطا تجاريا داخل التراب الوطني، والترتيبات القانونية المنشأة خارج التراب الوطني والتي أنجزت معاملات مالية أو عقارية أو أي شكل من تقديم الخدمات في المغرب.

ويفرض القانون على الشركات التصريح في السجل العمومي بعد شهر من القيد في السجل التجاري[1018]، أو التعديل في معلومات الشركة والمستفيدين منها.

ستكون المعلومات المتضمنة في السجل متاحة للسلطة القضائية وسلطات البحث والتحري والتحقيق والمتابعة الجنائية والهيئة الوطنية للمعلومات المالية واللجنة الوطنية المكلفة بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في قرارات مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة ذات الصلة بالإرهاب وانتشار التسلح وتمويلهما، وإدارة الضرائب والجمارك، وكذا سلطات الإشراف والمراقبة.[1019]

ثانيا: الالتزام بحفظ السجلات والمعلومات وتحيينها

1014 - دليل مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، إدارة مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، مؤسسة النقد العربي السعودي، نونبر 2019، ص 23.

1015- المستفيد الحقيقي النهائي هو دائمًا شخص طبيعي واحد أو أكثر، كما هو محدد في التوصية 10، في سياق إجراء التحقق من الهوية والأنشطة والعملاء، قد لا يكون من الممكن التحقق من هوية مثل هؤلاء الأشخاص من خلال تدابير معقولة، وعند وجود شك حول الشخصية التي تمتلك مصالح الملكية المسيطرة في الشخص المعنوي هو المالك النهائي أم لا، أو في حالة عدم تحكم أي شخص طبيعي في الشخص القانوني عبر مصالح الملكية، يجب تحديد هوية الأشخاص الطبيعيين (إن وجدوا الذين يمارسون التحكم في الشخص القانوني أو الاتفاقية عن طريق وسائل أخرى. في حالة عدم تحديد أي شخص طبيعي في هذا الدور، يجب تحديد الشخص الطبيعي الذي يشغل منصب مسؤول إداري كبير وتسجيله في ذلك المنصب.

- الدليل الارشادي حول المستفيد الحقيقي للشخصيات الاعتبارية، مجموعة العمل المالي، مارس 2023م، ص 17، للمزيد من المعلومات أنظر: Orientations sur la propriété effective des personnes morales (fatf-gafi.org)

1016- مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الدليل العملي للخبراء المحاسبين والمحاسبين المعتمدين، المملكة المغربية، وزارة الاقتصاد والمالية، مديرية المنشآت العامة والخوصصة، أبريل 2022، ص 35.

1017- المرسوم رقم 2.21.708 الصادر في 30 من محرم 1443 الموافق ل 8 شتنبر 2021، المتعلق بالسجل العمومي للمستفيدين الفعليين من الشركات المنشأة بالمغرب ومن الترتيبات القانونية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 7024، بتاريخ 15 صفر 1443ه الموافق ل 23 شتنبر 2021، ص 6937.

1018- المادة 12 من المرسوم رقم 2.21.708 المتعلق بالسجل العمومي للمستفيدين الفعليين من الشركات المنشأة بالمغرب ومن الترتيبات القانونية.

1019- المادة 14 من نفس المرسوم.

من التزامات المهن القانونية والقضائية كذلك في إطار واجب اليقظة، حفظ السجلات والوثائق المتعلقة بالعمليات المنجزة من قبل الزبناء المعتادين أو العرضيين بما فيها تلك التي تثبت هويتهم، وذلك لمدة عشر سنوات تبتدئ من تاريخ انتهاء علاقة العمل، أو من تاريخ تنفيذ العملية، وبصفة عامة، حفظ كل الوثائق التي تمكن من إعادة تشكيل العمليات وتلك المتعلقة بنتائج التحليلات التي تستهدف العمليات المنجزة.[1020]

يجب على المهني التنصيص على السياسات والإجراءات وكذلك الضوابط المناسبة المتعلقة بالاحتفاظ بالسجلات والمستندات والمعلومات التي يتم جمعها أثناء تحديد هوية الزبناء وفتح الحسابات أو إنجاز عمليات تجارية لصالحهم، وكذا تنظيمها وحفظها بشكل مناسب.

وتهم التزامات الحفاظ على السجلات والوثائق والمستندات أيضا، الفئات التالية[1021]:

- **سجلات المعاملات:** تتعلق هذه الفئة بالسجلات والوثائق والمعلومات التشغيلية والإحصائية المتعلقة بجميع المعاملات التجارية أو المالية التي نفذتها أو عالجتها المؤسسة غير المالية، سواء كانت محلية أو دولية، كالمراسلات مع العميل، إشعارات الدفع الخاصة بالعميل، والوصولات والفواتير، اتفاقات البيع والشراء والتأجير والدمج والحيازة...؛
- **سجلات العناية الواجبة تجاه العملاء:** تتعلق هذه الفئة بالسجلات والوثائق والمعلومات حول العملاء والعناية الواجبة والتحقيق في أنشطتهم وتحليلها، ويمكن تقسيمها إلى فئات فرعية تهم معلومات العميل أو الزبون بما في ذلك ملفات الحساب والمراسلات ونسخ من وثائق الهوية وملفات التعريف، ونتائج البحث والاستفسارات، معلومات الشركة؛ بما في ذلك تأسيس الشركة أو تسجيلها أو إلغاء تسجيلها أو تصفيتها أو حلها أو انتهاء صلاحيتها، وكذا التغييرات التي تطرأ عليها مثل الاسم ومقرها الاجتماعي والممثلين القانونيين، والمراقبة المستمرة لعلاقات العمل، وأيضا العناصر المتعلقة بالتصريح بالاشتباه، التحليلات والتقارير والمراسلات.[1022]

فبالرجوع الى القانون المقارن نجد على أن القانون الاماراتي[1023] وكذلك الفرنسي[1024] نص على أنه يجب الاحتفاظ بكافة السجلات والوثائق والمستندات لمدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ إتمام العملية أو انتهاء علاقة العمل مع العميل، عملا بمقتضيات التوصية 11 لمجموعة العمل المالي.

ويجب على المهني الاحتفاظ بالمعلومات في شكل مادي أو إلكتروني (رقمي) لتسهيل إعادة التشكيل المفصل للمعاملات والتمكين من:

- تقديم إذا لزم الأمر أدلة على أي تحقيق أو تحر تم القيام به؛
- السماح للمهني بالرد الفوري على طلبات المعلومات من وزارة العدل، والهيئة أو الجمعية المهنية المعنية أو الهيئة الوطنية للمعلومات المالية أو السلطات المختصة.[1025]

الفقرة الثانية: الإلتزام بالمراقبة الداخلية

1020- المادة 7 من القانون رقم 43.05.

1021- ارشادات للمهن والأعمال غير المالية المحددة حول مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والتنظيمات غير المشروعة، الامارات العربية المتحدة، وزارة العدل، مارس 2021، ص 103.

1022- ارشادات للمهن والأعمال غير المالية المحددة حول مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والتنظيمات غير المشروعة، الامارات العربية المتحدة، م س، ص 106.

1023 - المادة 24 من قرار مجلس الوزراء رقم (10) لسنة 2019 في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (20) لسنة 2018 في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة: "يجب على المنشآت المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة الاحتفاظ بجميع السجلات والمستندات والوثائق والبيانات لجميع العمليات المالية والصفقات التجارية والنقدية المحلية أو الدولية، لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ إتمام العملية أو انتهاء علاقة العمل مع العميل".

1024- Article L561-12 du CMF: Sous réserve de dispositions plus contraignantes, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 conservent pendant cinq ans à compter de la clôture de leurs comptes ou de la cessation de leurs relations avec eux les documents et informations, quel qu'en soit le support, relatifs à leurs relations d'affaires ou clients occasionnels, ainsi qu'aux mesures de vigilance mises en œuvre. Elles conservent également, dans la limite de leurs attributions, pendant cinq ans à compter de leur exécution, quel qu'en soit le support, les documents et informations relatifs aux opérations faites par ceux-ci, ainsi que les documents consignant les caractéristiques des opérations mentionnées à l'article L. 561-10-2.

1025- الدليل العملي الخاص بالمهن القانونية والقضائية في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، م س، ص 63.

ترسيخا للدور الوقائي ألزم المشرع المغربي المهن القانونية والقضائية على غرار باقي الأشخاص الخاضعين بوضع سياسات وضوابط للمراقبة الداخلية.[1026]

وعملا بمقتضيات توصيات مجموعة العمل المالي، من المفروض على المؤسسات والأعمال والمهن غير المالية المحددة، أن تطبق مقتضيات مكافحة غسل الأموال بفعالية، وعلى أساس ذلك ينبغي أن تخضع لتنظيم ورقابة كافيين من طرف سلطات الاشراف والمراقبة[1027]، التي يجب أن تسطر ضمن أولوياتها اتخاذ التدابير القانونية والرقابية اللازمة لمنع المجرمين أو من يرتبطون بهم من أن يتم استغلالهم مهنيا، أو من أن يحوزوا حصة كبيرة أو مسيطرة، أو أن يكونوا المستفيدين الحقيقيين منها، أو أن يضطلعوا بوظيفة إدارية، وذلك من خلال تقييم الأشخاص على أساس اختبار "الكفاءة والملائمة".[1028]

تبعا لذلك أوكل المشرع المغربي لسلطات الإشراف والمراقبة مهمتي السهر على احترام الأشخاص الخاضعين للمقتضيات المنصوص عليها في قانون مكافحة غسل الأموال، وتحديد شكليات تنفيذ مقتضيات المواد من 3 إلى 8 منه.

ولتفعيل المراقبة الداخلية، يجب على المهني إرساء نظام داخلي محكم ومحين بشكل دوري، تجاه علاقات العمل والعملاء العرضيين والمستفيدين الفعليين تمكن من قياس مخاطر غسل الأموال والتحكم فيها ومراقبتها[1029]، وإبلاغ الهيئة الوطنية للمعلومات المالية وسلطة الإشراف والمراقبة المختصة به دون تأخير[1030]، على أن يشمل هذه النظام سياسات وإجراءات مكتوبة للرقابة الداخلية، بما في ذلك مراقبة الالتزام، تكون معتمدة من قبل المسؤولين.

ويجب أن يتم وضع هذا النظام الداخلي وفق النهج القائم على المخاطر، وأن يكون ملائم لطبيعة وحجم الأنشطة والمخاطر المتعلقة به وهيكلة المهن القانونية والقضائية، وأن تخضع هذه السياسات والإجراءات للتقييم والتحيين بشكل دوري.[1031]

تجمع هذه الإجراءات على شكل دليل يصادق عليه من طرف جهاز إدارة المهن القانونية والقضائية، ويتعين تحيينه دوريا من أجل ملاءمته مع النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها ومواكبته لتطور الأنشطة.[1032]

كما يتعين على المحامي أو الموثق استعمال نظام معلوماتي للمراقبة، أما بالنسبة للمهنيين الذين لا تسمح لهم بنيتهم بوضع نظام معلوماتي للمراقبة، فإنه ينبغي عليهم تأمين اليقظة الداخلية بأية وسيلة فعالة أخرى على أن تتم موافاة الهيئة الوطنية للمعلومات المالية وسلطة الإشراف والمراقبة المختصة بأسرع وقت بوصف للآلية المعتمدة في هذا الصدد.[1033]

ومن أجل ضمان مكافحة فعالة لغسل الأموال، يقوم المحامي أو الموثق بإحداث وحدة إدارية مستقلة مخصصة لتدبير منظومة اليقظة والمراقبة الداخلية تتوفر على موارد كافية وتتمتع بكفاءة عالية في مجال مكافحة غسل الأموال، وتتولى هذه الوحدة بالخصوص ما يلي:

- مركزة ودراسة تقارير عن العمليات ذات الطابع غير الاعتيادي أو المعقد؛
- دراسة العمليات غير الاعتيادية أو المعقدة التي تم رصدها من طرف نظام المراقبة المعلوماتي، داخل أجل معقول؛
- إخبار جهاز تسيير المؤسسة باستمرار بشأن العملاء الذين يمثلون مخاطر مرتفعة؛

1026- المادة 3 من القانون رقم 05-43.

1027- المادة 1-13 من القانون رقم 05-43، تعدد سلطات الإشراف والمراقبة كالآتي:

- السلطة الحكومية المكلفة بالعدل بالنسبة للمحامين والموثقين والعدول؛

1028- التوصية 28 من التوصيات الأربعين لمجموعة العمل المالي، م س، ص 20.

1029- طبقا للمادة 13 من المقرر رقم D1-ANRF-2021 المتعلق بالتزامات الأشخاص الخاضعين وكيفيات المراقبة، م س، ص 14.

1030- "يتعين على الأشخاص الخاضعين موافاة الهيئة بوصف للمنظومة الداخلية لليقظة التي يعتمدونها بهدف ضمان التقيد بأحكام القانون".
المادة 14 من المقرر رقم D1-ANRF-2021 المتعلق بالتزامات الأشخاص الخاضعين وكيفيات المراقبة، م س، ص 14.

1031- المذكرة التوجيهية العامة رقم DG1-ANRF-2021 الموجهة للأشخاص الخاضعين للقانون المتعلق بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الصادرة عن الهيئة الوطنية للمعلومات المالية سنة 2021، ص 13.
للمزيد من المعلومات، أنظر: النصوص الصادرة عن الهيئة(anrf.gov.ma)

1032- المادة 16 من المقرر رقم D1-ANRF-2021 المتعلق بالتزامات الأشخاص الخاضعين وكيفيات المراقبة، م س، ص 15.

1033- المادة 19 من المقرر رقم D1-ANRF-2021 المتعلق بالتزامات الأشخاص الخاضعين وكيفيات المراقبة، م س، ص 17.

- التواصل مع الهيئة الوطنية للمعلومات المالية؛
- التحقق بصفة دائمة من احترام القواعد المتعلقة بواجب اليقظة.

يجب أن تتمكن هذه الوحدة الإدارية من الحصول، في الوقت المناسب، على جميع البيانات والوثائق اللازمة لإنجاز مهامها.[1034]

كما يجب على المحامي أو الموثق بصورة دائمة، العمل على رفع الوعي لدى مستخدميه بالمخاطر والتبعات التي قد تترتب عن استغلال مكتبه أو نشاطه لأغراض غسل الأموال[1035]، حيث يسهر على أن يستفيد مسيروه ومستخدموه، من برامج للتكوين المستمر، حول العناصر المكونة لمنظومة اليقظة والمراقبة الداخلية في إطار مكافحة غسل الأموال، وكذلك حول تقنيات رصد العمليات المشبوهة والوقاية منها، كما تخضع هذه البرامج التكوينية التي تم وضعها للتقييم بانتظام.[1036]

ولتقييم مدى فعالية النظام الداخلي للمراقبة، يجب على المهني القيام بصفة منتظمة على الأقل مرة كل سنتين بمراجعة داخلية لنظام المراقبة، تتم من طرف مراقب داخلي أو خارجي، تهدف إلى التحقق من:

- فعالية السياسات والتدابير الداخلية لمكافحة غسل الأموال؛
- فعالية تقييم المخاطر وكذا التأكد من نجاعة برنامج التكوين؛
- ملاءمة سياسات وإجراءات مكافحة غسل الأموال وأنظمة معلومات الموثق مع المخاطر التي يتعرض لها؛
- تطبيق المستخدمين للسياسات والإجراءات التي يضعها المهني؛
- وجود معايير كفاءة عالية مناسبة عند تعيين المستخدمين المعنيين بمكافحة غسل الأموال؛
- تقييم فعالية التكوين المقدم من طرف المهني للمسيرين والمستخدمين المعنيين.

ويتم موافاة الجهة المسؤولة المعنية بالمهن القانونية والقضائية وسلطة الاشراف والمراقبة المختصة والهيئة الوطنية للمعلومات المالية، بتقرير حول نتائج هذه المراقبات ومخططات العمل المرتبطة بها.[1037]

المبحث الثاني: المخاطر المرتبطة بالقطاع العقاري وكيفية الإبلاغ عنها

مرحلة الإبلاغ بواسطة التصريح بالاشتباه هي أخطر مرحلة في سياق مسلسل محاربة جرائم غسل الأموال، فهي تحدي حقيقي لعلاقة الثقة التي تحكم المهني بزبنائه، حيث يجب عليه، بحكم ممارسته لمهنته المعروفة بمهنة المعايير والثقة، المحافظة على سمعتها، لكيلا تدخل المهنة في خانة الشك والمساعدة على الأعمال غير القانونية من خلال استغلالها واستعمالها في عمليات غسل الأموال، وإنما يجب أن تكون المهنة في خانة الدعم والمكافحة ووضع الأنظمة ومتابعة العملاء.

فطبقا لمقتضيات التوصية رقم 23 من توصيات مجموعة العمل المالي[1038]، وبموجب الإطار القانوني والتنظيمي الوطني لمكافحة غسل الأموال، يتعين على المهني تقديم تصريح بالاشتباه إلى الهيئة الوطنية للمعلومات المالية[1039] **(المطلب الأول)**.

1034- المادة 21 من المقرر رقم D1-ANRF-2021 المتعلق بالتزامات الأشخاص الخاضعين وكيفيات المراقبة، م س، ص 19.

1035- المادة 23 من المقرر رقم D1-ANRF-2021 المتعلق بالتزامات الأشخاص الخاضعين وكيفيات المراقبة، م س، ص 19.

1036- المادة 22 من المقرر رقم D1-ANRF-2021 المتعلق بالتزامات الأشخاص الخاضعين وكيفيات المراقبة، م س، ص 19.

1037- المادة 27 من المقرر رقم D1-ANRF-2021 المتعلق بالتزامات الأشخاص الخاضعين وكيفيات المراقبة، م س، ص 20.

1038- التوصية رقم 23 من توصيات مجموعة العمل المالي التي تنص على أنه: "ينبغي أن يطلب من المحامين وكتاب العدل وغيرهم من أصحاب المهن القانونية والمحاسبين المستقلين الإبلاغ عن المعاملات المشبوهة عند إبرامهم، نيابة عن العميل أو لصالحه، صفقة مالية تتعلق بالأنشطة المذكورة في الفقرة (د) من التوصية 22".

- الفقرة (د) من التوصية رقم 22 تنص على أن: "المحامون وكتاب العدل وغيرهم من أصحاب المهن القانونية والمحاسبين المستقلين، عند قيامهم بإعداد عملية مالية أو تنفيذها نيابة عن عملائهم فيما يتعلق بالأنشطة التالية:

- شراء العقارات أو بيعها؛
- إدارة الأموال أو الأوراق المالية أو غيرها من الأصول التي يمتلكها العميل؛
- إدارة الحسابات المصرفية أو حسابات التوفير أو حسابات الأوراق المالية؛
- تنظيم المساهمات بغرض إنشاء الشركات أو تشغيلها أو إدارتها؛
- إنشاء الشخصيات الاعتبارية أو الترتيبات القانونية أو تشغيلها أو إدارتها، وشراء الكيانات التجارية وبيعها".

1039- المادة 9 من القانون رقم 05-43.

والمشرع المغربي لم يعرف التصريح بالاشتباه ولم يبين كيفية تحديد العمليات العقارية المشبوهة، نظرا لصعوبة حصر مؤشرات الاشتباه بنص قانوني جامد غير مواكب للتطورات الحاصلة، وهي مؤشرات يمكن استخلاصها سواء من القانون المغربي، القوانين المقارنة، الدراسات والأبحاث الأكاديمية، تقارير مجموعة العمل المالي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الإبلاغ عن العمليات المشبوهة المرتبطة بالقطاع العقاري

الاشتباه هو مرحلة الشك والريبة في أن المعاملة تنطوي على نشاط غير عادي أو ناتجة عن نشاط إجرامي[1040]، فالتصريح بالاشتباه يتعلق بالعمليات المشبوهة أو محاولة إنجازها من طرف عملاء اعتياديين أو عرضيين، يظهر من خلال معطياتها أو منفذيها أو المستفيدين منها بأنها مشتبه فيها حسب تقدير وتقييم الموثق أو توجد أسباب معقولة للاشتباه بارتباطها بغسل الأموال أو بجريمة أو عدة جرائم أصلية[1041]، وبغض النظر عن مقدار المبالغ المالية، كما ينصب التصريح بالاشتباه كذلك على جميع العمليات التي تكون فيها هوية الذي أصدر الأمر بشأنها أو المستفيد منها مشكوك فيها[1042].

فإذا كانت العمليات موضوع التصريح بالاشتباه لم تنفذ بعد، يجب على المهني توقيف أو تأجيل تنفيذها لمدة أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ توصل الهيئة بهذا التصريح، ويستطيع تنفيذها بعد انتهاء الأجل إذا لم يتوصل من الهيئة بأي اعتراض ولم يتم ابلاغه بعد انتهاء الأجل المحدد في حالة الاعتراض، بأي مقرر من رئيس المحكمة بتمديد مدة التعرض على التنفيذ لمدة إضافية لا تتعدى خمس عشرة يوما.[1043]

وينجز التصريح بالاشتباه حسب نموذج وضع لهذا الغرض من طرف الهيئة، بحيث يجب أن يحتوي على جميع المعطيات والعناصر الضرورية بصفة مفصلة والتي تم تحديدها من طرف الشخص الخاضع وتعزز الاشتباه، وخصوصا توضيح الوقائع والأسباب التي تبرر التصريح.

إضافة إلى ذلك يتضمن التصريح بالاشتباه وجوبا العناصر الآتية:

- هوية الشخص الخاضع وهوية المصرح (الشخص المؤهل)؛
- العمليات المشتبه بها التي لها علاقة بالتصريح مع تبيان عناصرها وظروف إنجازها؛
- تحديد هوية الأشخاص الذاتيين والهيئات المعنية الذين لهم علاقة بالعمليات المشبوهة؛
- التاريخ المتوقع لإنجاز العمليات التي لم يتم تنفيذها بعد؛
- أي معلومة من شأنها أن تمكن من فهم الوقائع التي تضمنها التصريح بالاشتباه بشكل أوضح.

وكل معلومة جديدة من شأنها تعزيز أو تغيير التقديرات التي بني عليها التصريح بالاشتباه، يجب أن تبلغ كتابة وبشكل فوري إلى الهيئة مع ذكر مرجع التصريح السابق، وتحفظ بعد ذلك المستندات ووثائق الاثبات في مكان آمن سهل الولوج في أي وقت بشكل يمكن من الاستجابة السريعة لأي طلب للمعلومات قد يصدر عن الهيئة.[1044]

وفي نفس السياق يجب على المهني موافاة الهيئة، تلقائيا أو بطلب منها، في الآجال التي تحددها، بكل الملفات أو المعلومات الضرورية لقيامها بمهامها، دون أن ترتبط بالضرورة بالتصريح بالاشتباه، ولا يمكن له الاحتجاج بالسر المهني أمام الهيئة.[1045]

ويقدم التصريح بالاشتباه أو أي معلومات أخرى للهيئة بإحدى الوسيلتين التاليتين:

1040- دليل الإبلاغ عن المعاملات المشبوهة، المركز الوطني للمعلومات المالية، سلطنة عمان، ص 12.

1041- طبقا لمقتضيات الفصلين 1-574 و2-574 من مجموعة القانون الجنائي.

1042- يعتبر التصريح بالاشتباه نتيجة لتحليل المعطيات التي تمكن، إذا اقتضى الأمر، من تحديد طابع الشبهة حول العملية أو العمليات المعنية، انظر المادة 4 من المقرر رقم D2-ANRF-2022 المتعلق بالتصريح بالاشتباه وتبليغ الهيئة بالمعلومات، م س، ص 4.

1043- أنظر: - المادة 17 من قانون مكافحة غسل الأموال رقم 05-43.

- وأيضا المادة 6 من المقرر رقم D2-ANRF-2022 المتعلق بالتصريح بالاشتباه وتبليغ الهيئة بالمعلومات، م س، ص 5.

1044- المادة 5 من المقرر رقم D2-ANRF-2022 المتعلق بالتصريح بالاشتباه وتبليغ الهيئة بالمعلومات، م س، ص 5.

1045- المادة 7 من المقرر رقم D2-ANRF-2022 المتعلق بالتصريح بالاشتباه وتبليغ الهيئة بالمعلومات، م س، ص 5.

1. عن طريق التصريح الالكتروني عبر نظام ANRFnet من خلال البوابة الالكترونية www.anrfnet.gov.ma؛
2. بأية وسيلة اتصال أخرى متفق عليها مع مصالح الهيئة.

كما يمكن للهيئة أن تحدد تدابير خاصة لبعض الأشخاص الخاضعين، على أساس أن يعمل الجميع على ضمان سرية المراسلات.[1046]

ويفرض القانون أن يبلغ التصريح بالاشتباه كتابة، وفي حالة الاستعجال يبلغ شفويا ويتم تأكيده كتابة بعد ذلك، ويعتبر الاشعار بالتوصل الذي تسلمه الهيئة للمصرح بمثابة تأكيد باستلام التصريح، غير أنه لا يسلم الاشعار بالتوصل عندما يكون التصريح بالاشتباه شفويا إلا بعد استلام الهيئة تأكيدا كتابيا للتصريح من الشخص المؤهل.[1047]

المطلب الثاني: مؤشرات استغلال القطاع العقاري في جريمة غسل الأموال

تعتبر مؤشرات الاشتباه من بين الوسائل المهمة والآنية لخلق التوازن والحفاظ على عنصر الثقة في العلاقة بين المهني والزبون وبين الالتزام باليقظة، فالمؤشرات ليست أدلة إثبات وإنما مجرد مقدمات تتطلب اليقظة والتحري، فالمادة 9 من القانون رقم 05-43 لم تحدد مؤشرات الاشتباه، نظرا لصعوبة حصرها بنص قانوني جامد غير مواكب للتطورات الحاصلة، وهي مؤشرات يمكن استخلاصها سواء من القانون المغربي، القوانين المقارنة، الدراسات والأبحاث الأكاديمية، التقارير السنوية لمجموعة العمل المالي GAFI ومجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال افريقيا GAFIMOAN، وكذلك من تقارير منتدى وحدات معالجة المعلومات المالية أو ما يعرف بمجموعة إيغمونت EGMONT الدورية.1048

فمؤشرات الاشتباه قد تساهم بشكل كبير في تقييم العمليات من خلال وجود أسس معقولة للاشتباه، سواء تمت هذه العمليات أو كانت مجرد محاولات، وتشمل مؤشرات تستند إلى خصائص معينة مرتبطة بأنشطة غسل الأموال، كما أن هذه المؤشرات التي سيتم ذكرها لا تنطوي على كافة الحالات، ولا يجب الأخذ بها فقط بمعزل عن غيرها، وكمثال لهذه المؤشرات التي تتعلق بالمعاملات العقارية نجد:

- شراء أو بيع عقار بقيمة لا تتناسب إطلاقا مع القيمة الفعلية له مقارنة بأسعار السوق أو أسعار العقارات المماثلة في ذات المنطقة، سواء بالزيادة أو النقصان؛
- تكرار شراء عقارات لا تتناسب أسعارها مع القدرة المعتادة للمشتري حسب ما هو معلوم عنه أو يتوقع منه (بحسب طبيعة مهنته أو عمله)، والشك في إنجاز هذه العمليات لحساب أشخاص آخرين؛
- تراجع الزبون عن إتمام العملية بشكل مفاجئ ودون مبرر معقول نظرا لصرامة الموثق؛
- قيام الزبون بشراء عقار مخصص للاستعمال الشخصي (كمنزل عائلي) على أن يتم تسجيله باسم شركة يملكها الزبون؛
- قيام الزبون بطلب إعادة تصميم العقار المنوي شراءه أو إجراء تحسينات كبيرة فيه، بحيث يقوم الزبون بدفع قيمة إعادة التصميم أو كلفة إجراء التحسينات نقدا لغايات بيع العقار بقيمة إضافية؛
- قيام الزبون بدفع قيمة عربون كبيرة للبائع نقدا ومن تم رفضه لإتمام عملية الشراء وحصوله على قيمة العربون من خلال شيك؛
- قيام الزبون بدفع قيمة العربون اللازم لشراء العقار بموجب شيك صادر عن شخص ثالث لا تربطه به علاقة واضحة أو محل شبهة أو من غير أصوله أو فروعه؛
- عدم اهتمام الزبون بمعاينة العقار والتأكد من حالته الإنشائية قبل إتمام عملية الشراء أو العملية التي يرغب بإتمامها؛

1046- المادة 8 من المقرر رقم D2-ANRF-2022 المتعلق بالتصريح بالاشتباه وتبليغ الهيئة بالمعلومات، م س، ص 5.

1047- المادة 9 من المقرر رقم D2-ANRF-2022 المتعلق بالتصريح بالاشتباه وتبليغ الهيئة بالمعلومات، م س، ص 6.

1048- ذة لبنى الوزاني (محامية عامة بمحكمة النقض- أستاذة بالمعهد العالي للقضاء)، "دور والتزامات الموثق في منظومة مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب"، لقاء دراسي يندرج ضمن التكوين المستمر لفائدة الموثقين منظم من طرف المجلس الجهوي للموثقين بالقنيطرة بتاريخ 26 يوليوز 2022.

- عدم اهتمام الزبون بالتأكد من الوضع القانوني أو الحالة القانونية للعقار الذي يرغب في شراءه أو العملية التي يرغب بإتمامها؛
- أن يقوم الزبون بشراء عدد من العقارات في مدة قصيرة، ولا يبدي أي اهتمام بخصوص موقعها وحالتها وتكاليف إصلاحها وغير ذلك؛
- انتقال ملكية العقار بين عدة أشخاص خلال مدة قصيرة ودون وجود مبرر معقول؛
- قيام الزبون بشراء عدد كبير من العقارات المنتجة للدخل، كالعقارات التي تخصص لغايات الإيجار أو يقوم ببيع عقارات في ملكيته دون الاهتمام بالثمن؛
- قيام الزبون بشراء عقار عن طريق القرض ورهن العقار المشترى وذلك رغم مقدرته المالية التي تمكنه من شراء العقار دون حاجة لأخذ قرض؛
- قيام الزبون بتسجيل الممتلكات و/ أو الرهن باسم شخص آخر لإخفاء ملكيته لها، وقد يكون هذا الشخص من الأقارب أو الأصدقاء أو شركاء العمل أو الشركات الوهمية أو القانونية أو الشراء المتكرر بموجب وكالات خاصة؛
- قيام الزبون ببيع العقار بأقل من قيمته الحقيقية وعلى أن يتم الاتفاق مع المشتري بدفع فرق القيمة خارج دائرة الأراضي والمساحة؛
- أن يقوم الزبون ببيع عقار بعد شراءه مباشرة بسعر أقل من سعر شراءه؛
- أداء ثمن العقار باسم الزبون في حساب الموثق من طرف مؤسسة مالية أو من طرف شركة أو شخص ذاتي إذا كان موطنه أو مقره الاجتماعي يوجد بأحد الدول المعروفة بالسر البنكي المطلق (سويرا مثلا)[1049]، أو المعروفة بارتفاع مستويات غسل الأموال أو المعروفة بالإتجار في المخدرات (لائحة الدول الغير متعاونة المنشورة من طرف مجموعة العمل المالي)[1050]؛
- قيام الزبون بدفع ثمن العقار المشترى من أموال مصدرها دول ذات مخاطر عالية؛
- قيام الزبون بالطلب من الموثق تحويل ثمن العقار الى دول ذات مخاطر عالية؛
- عندما يظهر بأن الزبون ليس لديه المعرفة الكافية عن الغاية أو استخدامات العقار؛
- قيام الزبون بإجراء عمليات معقدة تخص مجموعة من العقارات وذلك بالشراء ومن تم إعادة البيع والمبادلة والمقايضة؛
- عدم رغبة الزبون في وضع اسمه على أي ملفات يمكن أن تربطه بملكية العقارات أو استخدام أسماء مختلفة عند تقديم عروض الشراء؛
- شراء عقارات باسم شخص آخر لا تربطه بالزبون صلة واضحة أو علاقة مبررة؛
- استبدال اسم المشتري قبل إتمام العملية بوقت قليل دون مبرر كاف أو واضح لذلك؛
- ترتيب تمويل عمليات الشراء جزئيا أو كليا عن طريق مصدر غير معتاد أو بنك خارجي.

1049- "تعد السرية المصرفية في سويسرا من التقاليد الراسخة والأعراف المستقرة، فهي أكثر الدول التزاما بتحقيق السرية الكاملة للحسابات المصرفية منذ العهد الإقطاعي، على الرغم من عدم وجود نص عقابي يعاقب على إفشاء البنوك لأسرار عملائهم المودعة لديهم حتى عام 1934م تاريخ إصدار القانون المتعلق بالبنوك وصناديق الادخار، فقد جرت عادة البنوك على التزام الكتمان التام للأسرار خلال ممارسة نشاطها، وقد أقر القانون المدني حق الأفراد في الخصوصية المالية فرتب التزام البنوك بالحفاظ على أسرار عملائهم، وكان الإخلال بهذا الالتزام يعرض البنوك للمسؤولية المدنية الموجبة لتعويض العميل عن الأضرار الناجمة عن الإفشاء.

غير أن قانون البنوك السويسري طبقا لآخر تعديلات وتحديدا في مادته التاسعة استجاب للضغوط الدولية وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية للتخلي عن مبدأ السرية المطلقة، فنص على عدم مسؤولية البنك جنائيا أو مدنيا عند قيامه بالإبلاغ عن عميل يشتبه به بارتكاب جريمة ما متى كان الإبلاغ يستند إلى أسباب معقولة".

-ذ. مناع سعد العجمي، حدود التزام البنك بالسرية المصرفية والآثار القانونية المترتبة عند الكشف عنها، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط بالمملكة الأردنية الهاشمية، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، سنة 2010م، ص 40.

1050- اللائحة الرمادية واللائحة السوداء المنشورة من قبل مجموعة العمل المالي، للمزيد من المعلومات المرجو الاطلاع على رابط المجموعة La liste noire et la liste grise (fatf-gafi.org)

خاتمة:

نظرا للتهديدات التي تحدق بأمن الدول واستقرارها المالي، وكذا التطورات التي تفرضها التكنولوجيا الحديثة، أصبح من الضروري توحيد الرؤى بخصوص استراتيجيات مكافحة جرائم غسل الأموال لتعزيز الشفافية ونزاهة النظام المالي الوطني عبر انخراط المهن القانونية والقضائية وقيامها بالأدوار الموضوعة على عاتقها، باعتبارها فاعل أساسي داخل منظومة المكافحة.

لذلك تبقى الجهود المشتركة والتعاون بين مختلف الهيئات والمهن القضائية السبيل الأنجع لتجاوز التحديات المستحدثة وغير المسبوقة، استكمالا للتقدم الإيجابي الذي حققته المنظومة الوطنية لمكافحة غسل الأموال في التعاطي مع هذا الصنف من الاجرام من خلال المقتضيات التشريعية والإجراءات العملية وكذلك الانخراط الجماعي للمهن القانونية والقضائية، لمواجهة التحديات وتجاوز الاشكالات الكبرى التي تعرفها الإجراءات والمساطر ووسائل الاثبات وتعدد الاختصاص القضائي.

وإلى جانب التطور المتنامي للتوصيات الدولية المتعلقة بمكافحة غسل الأموال، والحاجة المستمرة لمراجعة التشريع بشكل مستمر، يجب على المهنيين كذلك، الانخراط في منظومة المكافحة عبر تعزيز القدرات من خلال التكوين المستمر، ومساهمة الهيئات التمثيلة في عملية التقييم والتتبع ومراجعة التشريع، ومواكبة تنزيل التقرير الوطني الصادر عن الهيئة الوطنية للمعلومات المالية.[1051]

فالمهن القانونية والقضائية تعتبر فاعل رئيسي في تحقيق الأمنين التعاقدي والعقاري، كتحرير العقود الرسمية وما تنطوي عليه من حجية ومن معاني الثقة والتثبت من البيانات والمستندات وأصول الملكية، وبما تقتضيه من نصح للأطراف ضمانا لصحة العقود وفعاليتها، الشيء الذي يجعلها قبلة متميزة لغاسلي الأموال، حيث تتيح المعاملات العقارية التي يتم ابرامها بمبالغ جد مهمة إمكانية إخفاء عائدات النشاطات الغير مشروعة.

وفي الختام، صحيح أن هناك تضارب للمصالح، بين مصلحة المهنيين الخاصة وبين المصلحة العامة في القضاء على ظاهرة غسل الأموال وحماية الاقتصاد الوطني، إلا أن المهن القانونية والقضائية، وحتى بعيدا عن سياسة التجريم والعقاب، يجب أن تتحلى بروح المواطنة، وأن تكون فاعلا في رصد الظاهرة والقضاء عليها، لذلك عليها أن تدرك جيدا أنها أمام التزامات قانونية وليس أمام تدابير اختيارية، وأن تستشعر ثقل المسؤولية التي تقع على عاتقها لتفادي الملاحظات السلبية في التقييمات والتقارير الدولية والوطنية.

المراجع:

- نور الدين العمراني، القانون الجنائي المغربي وتحديات الاجرام المنظم العابر للحدود أية مواكبة، مقال منشور بالمجلة الدولية للأبحاث الجنائية والحكامة الأمنية "القانون الجنائي المغربي بين الثبات والتطور"، العدد الثالث 2020.
- هاني السبكي، عمليات غسل الأموال، دراسة موجزة وفقا للمنظور الإسلامي وبعض التشريعات الدولية والوطنية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، مصر، ط 2008.
- إبراهيم حامد طنطاوي، المواجهة التشريعية لغسيل الأموال في مصر، دار النهضة العربية بالقاهرة مصر، ط 2003.
- د محمود كبيش، السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال، دار النهضة العربية بالقاهرة مصر، ط 2001.
- محمد الأمين البشري، التحقيق في جرائم غسيل الأموال، مجلة الشرطة بالإمارات العربية المتحدة، عدد 383 لشهر نوفمبر 2002.
- خالد حامد مصطفى، جريمة غسل الأموال، دراسة مقارنة، مطبعة نور الإسلام بالإسكندرية، مصر، ط 2008.
- محمد هادي النجداوي، الالتزامات القانونية للمحامي في منظومة غسل الأموال وتمويل الإرهاب –دراسة مقارنة في التشريع الإماراتي والمغربي، بحث منشور بموقع وزارة العدل لدولة الإمارات العربية المتحدة.

1051- د محمد بوزلافة، التقرير النهائي لندوة الاتحاد الدولي للمحامين بشراكة مع هيئة المحامين بطنجة حول : "مكافحة غسل الأموال؛ الرهانات والتحديات"، بتاريخ 3 و4 ماي 2024، طنجة، المغرب.

- توصيات مجموعة العمل المالي لسنة 2012، المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح، نسخة مستحدثة فبراير 2023.
- تقرير التقييم المتبادل المملكة المغربية، تدابير مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، أبريل 2019.
- المقرر رقم D1-ANRF-2021 المتعلق بالتزامات الأشخاص الخاضعين وكيفيات المراقبة، الصادر عن الهيئة الوطنية للمعلومات المالية سنة 2021.
- الدليل العملي الخاص بالمهن القانونية والقضائية في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، المملكة المغربية، وزارة العدل مديرية الشؤون الجنائية والعفو، يناير 2022.
- دليل مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، إدارة مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، مؤسسة النقد العربي السعودي، نونبر 2019.
- الدليل الارشادي حول المستفيد الحقيقي للشخصيات الاعتبارية، مجموعة العمل المالي، مارس 2023.
- مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الدليل العملي للخبراء المحاسبين والمحاسبين المعتمدين، المملكة المغربية، وزارة الاقتصاد والمالية، مديرية المنشآت العامة والخوصصة، أبريل 2022.
- ارشادات للمهن والأعمال غير المالية المحددة حول مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والتنظيمات غير المشروعة، الامارات العربية المتحدة، وزارة العدل، مارس 2021.
- المذكرة التوجيهية العامة رقم DG1-ANRF-2021 الموجهة للأشخاص الخاضعين للقانون المتعلق بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الصادرة عن الهيئة الوطنية للمعلومات المالية سنة 2021.
- ذة لبنى الوزاني (محامية عامة بمحكمة النقض- أستاذة بالمعهد العالي للقضاء)، "دور والتزامات الموثق في منظومة مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب"، لقاء دراسي يندرج ضمن التكوين المستمر لفائدة الموثقين منظم من طرف المجلس الجهوي للموثقين بالقنيطرة بتاريخ 26 يوليوز 2022.
- د محمد بوزلافة، التقرير النهائي لندوة الاتحاد الدولي للمحامين بشراكة مع هيئة المحامين بطنجة حول: "مكافحة غسل الأموال؛ الرهانات والتحديات"، بتاريخ 3 و4 ماي 2024، طنجة، المغرب.

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

واقع وآفاق التأمين العقاري بالمغرب بين ثابت الاختيار وهاجس الإلزام

The reality and prospects of Morocco's real estate insurance between fixed choice and obsession with obligation

الباحث : محمد الرمل
باحث بسلك الدكتوراه: مختبر تدبير النظم، قانون الأعمال والتنمية المستدامة
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس- السويسي

ملخص:

إن موضوع – التأمين العقاري – يشكل أحد أبرز المواضيع التي لا زال النقاش فيها غائبا، بحيث تهدف هذه الدراسة إلى إزالة الستار عن أبرز الإشكالات المتعلقة به سيما على مستوى التشريع المغربي ألا وهي نظام الوعي التأميني ومحاولة البحث عن أسس لتبسيط آليات التأمين الإجباري العقاري لما له من أهمية بالغة في حماية الممتلكات سواء السكنية أو التجارية، على غرار ما يشكله العقار من أهمية بالغة على مستوى السيرورة الاقتصادية والاجتماعية بالتالي ضرورة البحث عن مبادئ أولية للإجابة عن هذه المفارقة ومحاولة الخروج من اختيارية التأمين نحو إجباريتها.

Summary:

The topic - real estate insurance - is one of the most prominent ones where the debate is still absent s legislation, namely the system of insurance awareness and the search for grounds to streamline compulsory real estate insurance mechanisms, which are crucial for the protection of both residential and commercial property, Just as property is of great importance at the level of economic and social persuasion, it is therefore necessary to look for preliminary principles to answer this paradox and try to move out of the optional insurance towards its compulsory.

مقدمة:

إن تحسين تدبير المخاطر وضبط سياسة الضمانات المناسبة كان ولا يزال أولى اهتمامات مؤسسات التأمين، التي سعت منذ القدم إلى دعم قروضها بمجموعة من الضمانات، كالضمانات العينية (الرهن)، والضمانات الشخصية (الكفالة)، إلا أنه بالنظر إلى المنازعات التي من الممكن أن تمس هذه الضمانات، وتطور المخاطر التي يمكن أن تعترض الزبائن، سارت البنوك نحو استحداث ضمانات جديدة من أهمها التأمين[1052]، ومن تم يكون التأمين على أنه تلك الآلية التي يتعهد بمقتضاها شخص يسمى المؤمن بأن يعوض شخصا آخر يسمى المؤمن له عن خسارة احتمالية يتعرض لها هذا الأخير مقابل مبلغ من النقود الذي يستخلص من القسط الذي يقوم المؤمن له بدفعه إلى المؤمن، ويقول في ذلك الفقيه الفرنسي هيمار، إن التأمين هو عملية بمقتضاها يحصل أحد

1052 المساتي نوال، التأمين على القرض العقاري، مجلة القضاء التجاري، العدد 15.16، السنة 2020، الصفحة 123.

الأطراف – المستأمن – لصالحه – أو لصالح الغير حالة تحقق خطر ما – على أداء من طرف آخر – المؤمن – الذي يأخذ على عاتقه مجموعة من الأخطار يقوم بالمقاصة بينها، وفقا لقوانين الإحصاء مقابل أداء من المستأمن هو القسط[1053]، كما تم تعريفه أيضا على أنه عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن، كما يجب أن تنص عقود التأمين على أن كل مؤمن متبرع بما تدفعه الشركة من ماله لغيره تعويضا وهو من ضمنهم إن حصل عليه خطر[1054]، وقد عرفته مدونة التأمينات[1055] على أنه ذلك الاتفاق بين المؤمن والمكتتب من أجل تغطية خطر ما[1056].

وعليه فالتأمين بالمغرب يشكل إحدى الطرائق المهمة في السياسة الاقتصادية والتي تلتقي مع مجموعة من المجالات في سبيل تأمين وتغطية الأضرار ولعل من بين هذه المجالات نجد المجال العقاري، الذي يعرف اليوم طفرة نوعية من حيث محاولة تثمينه بشكل جيد ومحاولة إدماجه في صلب التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة، ولعل نظام التأمين يشكل جزء من هذا الشغل الشاغل وإن كان الولوج إليه يشكل أمرا اختياريا لا إجباريا مما يثير النقاش صراحة ويفرز أيضا مسألة نقص الاهتمام والوعي بنظام التأمين ولعل هذا الأمر هو الذي ستجيب عنه هذه المقالة قيد الدراسة.

ولعل كل ذلك يبرز الأهمية التي يحتلها الموضوع في كونه يقيس إحدى المجالات الحيوية والتي لا محال لها من نظام يأويها ويؤمنها من كافة المخاطر التي يمكن أن تلحق بها سواء من الناحية الاجتماعية أو من الناحية الاقتصادية، فالعقار اليوم أصبح الركيزة الأساسية لتنزيل مختلف المشاريع التنموية، بالتالي الاهتمام به أصبح ضرورة ملحة.

ومن ثم نطرح الإشكال التالي: **إلى أي حد يمكن اعتبار أن الو اقع الحالي لا زال لم يستوعب ثقافة نظام التأمين بشكل يصبح معه الركن الأساس لحماية العقار ومالكه، ومحاولة النزوح عن فكرة اختيارية التأمين في مقابل جعله مسألة الزامية؟**

للإجابة عن هذه الإشكالية سنعتمد التصميم التالي:

المحور الأول: و اقع التأمين العقاري بالمغرب

المحور الثاني: آفاق التأمين العقاري بالمغرب

المحور الأول: و اقع التأمين العقاري بالمغرب

فكما تمت الإشارة فالعقار يشكل الأرضية الخصبة لانطلاق مختلف المشاريع التنموية والتي تحتاج لا محال إلى أموال كثيرة الشيء الذي يجعل الشخص في إلزام منه على سلوك باب مؤسسات الائتمان التي تمنح الشخص أحقية الاقتراض منها لكن مقابل وثيقة للتأمين[1057]، فواقع الحال أصبح يفرض وبشدة ضرورة النزوح إلى نظام التأمين من أجل الائتمان على العملية القائمة بين مؤسسة القرض والمقترض، بالإضافة إلى ذلك نجد بأن الشخص طالب التأمين يبقى مخيرا ما إذا أراد التأمين على عقاره السكني مثلا الشيء الذي أبرز هذا التصنيف بين وجود نظام للتأمين العقاري الاختياري وآخر إجباري، فالتأمين الاختياري يشمل كافة أنواع التأمين التي تتعاقد عليها الشركة أو الفرد بشكل اختياري[1058] بمعنى أنه ليس هناك إلزام قانوني لشراء وثيقة التأمين

1053 عليان شوكت محمد، التأمين عند فقهاء القانون، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 173، السنة 1979، الصفحة 48 وما بعدها.

1054 البوغاني هاني محمد، عقد التأمين: دراسة قانونية، المجلة القضائية، العدد 1، السنة 2005، الصفحة 103.

1055 ظهير شريف رقم 1.02.238 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات.

1056 المادة الأولى من مدونة التأمينات.

1057 عبد المولى المسعيد، التأمين كمدخل جديد لحكامة القروض العقارية بالمغرب، مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 21، السنة 2021، الصفحة 173.

1058 التأمين الاختياري، منشور بالموقع الالكتروني التالي: https://hbrarabic.com/، تم الاطلاع عليه بتاريخ 10-08-2024، على الساعة 18:00.

العقاري ومن ثم إذا قرر المالك شراء التأمين لحماية منزله، فيمكنه القيام بذلك، أما التأمين الإجباري في بعض البلدان، يمكن أن يكون إلزاميا. وهذا يعني أن المالك يجب أن يقوم بشراء وثيقة التأمين كما هو الشأن بالنسبة للتأمين على السيارات[1059].

ولما كان الأمر كذلك فواقع التأمين بغض النظر عن أنه مسألة اختيارية أو إجبارية فقد يجد عدم القابلية للجوء إليه في الثقافة التي يمتلكها الأفراد عن مسألة التأمين العقاري بحيث تختلف من شخص لآخر في المغرب، وهذا يعتمد على الوعي والتعليم حول أهمية التأمين والظروف الشخصية. وبشكل عام، هناك بعض المستهلكين في المغرب الذين يملكون فهمًا جيدًا للتأمين العقاري ويمكن أن يختاروا شراء وثائق تأمين لحماية منازلهم. ومع ذلك، قد يكون هناك أيضًا العديد من المستهلكين الذين ليس لديهم فهم كافي للتأمين العقاري أو يرونه كتكلفة إضافية غير ضرورية وعلى أساسه فتوعية المستهلكين حول أهمية التأمين وفوائده في حماية الممتلكات والتحضير للمخاطر المحتملة تلعب دورًا مهمًا في زيادة وعيهم بالتأمين العقاري. وعليه فثقافة التأمين تتغير بمرور الوقت ومع التوعية والجهود التي تبذلها الشركات التأمينية والسلطات المحلية في تعزيز التأمين وتثقيف المستهلكين تلعب دورًا مهمًا في تعزيز فهم التأمين العقاري في المجتمع المغربي.

ومن ثم يمكن إجمال تدني ثقافة التأمين على السلوك الاستهلاكي لخدمة التأمين العقاري يمكن أن يتمثل في عدة جوانب:

عدم الوعي: عندما يكون المستهلك غير ملم بفوائد التأمين العقاري وكيف يمكن لهذه الخدمة حماية ممتلكاته، قد يتجنب شراء وثيقة التأمين.

اعتبارها كتكلفة غير ضرورية: بعض المستهلكين قد يرون تكلفة التأمين العقاري كتكلفة إضافية غير ضرورية ويعتقدون أنهم لن يحتاجوا إليه.

ثقة غير مبررة في الأمان: بعض الأشخاص قد يعتقدون أنهم آمنين تمامًا من أي مخاطر عقارية وبالتالي لا يرون الحاجة للتأمين.

اقتصار المعلومات: عدم توفر معلومات كافية حول التأمين العقاري ونقص الوعي بالسياسات والشروط المتعلقة بالتأمين يمكن أن يؤدي إلى عدم اتخاذ القرار الصحيح.

القلق بشأن تكلفة الوثيقة: بعض الأشخاص قد يرفضون شراء وثيقة التأمين بسبب مخاوف بشأن تكلفتها الشهرية أو السنوية.

بالإضافة إلى ما سبق فقد توجد عدة عوائق تواجه جهود التوعية التأمينية للعقار، وهذه العوائق تتضمن:

تعقيد الشروط والسياسات: بعض وثائق التأمين قد تكون معقدة وتحتوي على شروط معينة، مما يصعب على الأشخاص فهمها بشكل كامل.

اقتصار المعلومات: عدم توفر معلومات كافية حول التأمين العقاري والفوائد التي يمكن أن يقدمها يمكن أن يكون عائقًا.

عدم الثقة في شركات التأمين: بعض الأفراد قد يشعرون بعدم الثقة في شركات التأمين وقدرتها على تقديم الخدمة بشكل جيد.

ثقافة سابقة: في بعض الثقافات، قد يكون لديهم اعتقادات سابقة اتجاه التأمين والتي تجعلهم يتجنبونه.

إلى جانب العوائق التي تأتي من ثقافة التأمين، هناك أسباب خارجية أخرى يمكن أن تؤدي إلى عدم الاقبال على التأمين العقاري، وتشمل:

ضعف الاقتصاد: في البلدان التي تعاني من اقتصاد ضعيف أو تقلبات اقتصادية كبيرة، قد يكون لديهم أولويات أخرى لإنفاق أموالهم وربما يرون التأمين العقاري كتكلفة إضافية غير ممكنة.

انخفاض مستوى دخل الأفراد: عندما يكون دخل الأفراد منخفضًا جدًا، قد يكون لديهم صعوبة في دفع تكاليف التأمين العقاري.

نقص التشريعات والتنظيم: قد تفتقر بعض البلدان إلى تنظيم مناسب لصناعة التأمين أو تشريعات تشجع على التأمين العقاري.

1059 للتفصيل أكثر يراجع: حسين الذنيبات، مدى خروج نظام التأمين الإلزامي على المركبات على قواعد المسؤولية عن الفعل الضار وتعويضها في القانون المدني الأردني ومشروعيته، مجلة الحقوق، العدد 8، السنة 2018، الصفحة 295 وما بعدها.

انعدام الوصول إلى الخدمات المالية: في بعض المناطق النائية أو البلدان ذات البيئة الاقتصادية الصعبة، قد يكون الوصول إلى خدمات التأمين محدودًا.

نمط الإنفاق: بعض الأفراد قد يكون لديهم عادات استهلاكية تجعلهم غير مستعدين لاستثمار أموالهم في التأمين العقاري.

المحور الثاني: آفاق التأمين العقاري بالمغرب

بناء على ما سبق يظهر أن التأمين العقاري لا زال في حاجة إلى تبني سياسة تجعل منه وسيلة أساسية في حماية البنية العقارية بالمغرب، ولعل هذا الأمر لن يتأتى إلا بضرورة التسويق لنظام التأمين والترويج له، سيما وأن هذا الأخير يشكل أحد عناصر المزيج التسويقي الذي يعمل بشكل مباشر أو غير مباشر على إقناع المستهلكين المستهدفين بأن ما يتم الترويج إليه من سلع أو خدمات هو القادر على إشباع حاجاتهم ورغباتهم وأذواقهم وفق إمكانياتهم، ولعل من بين الأهداف الأساسية التي ينبني عليها هذا المزيج التسويقي هي تدعيم الآراء الإيجابية للمستهلكين حول السلعة أو الخدمة وذلك بهدف دفعهم لشرائها باستمرار، بالإضافة إلى ذلك نجد العمل على تغيير الاتجاهات والآراء والأنماط السلوكية السلبية للمستهلكين في الأسواق المستهدفة إلى اتجاهات وأنماط سلوكية إيجابية نحو السلعة أو الخدمة المطروحة للتداول، كما يمكنه أيضا إقناع المستهلكين المستهدفين بالمنافع التي تؤديها السلعة أو الخدمة والتي ستؤدي إلى إشباع حاجاتهم ورغباتهم، ومن ثم سيتشكل الوعي التأميني الذي يمكن اعتباره على أنه حاجة أساسية لأجل فهم سوق التأمينات والمزايا التي تتخللها عبر تبني سياسة الترويج والإعلان من أجل إقناع الجمهور بالخدمات التأمينية التي تقدمها كل مؤسسة على حدة ويكون ذلك بطبيعة الحال عبر مختلف الوسائل المرئية كالإذاعات وما إلى ذلك من وسائل أخرى لنشر الوعي التأميني ولعل الهدف من وراء ذلك كما سبقت الإشارة هو خلق الوعي وتنمية الرغبة في عروض الوثائق التأمينية وإعلام العملاء بمزاياها[1060].

وعلى ذلك الأساس سيتحقق لا محال الوعي التأميني لدى الأفراد وسيساعدهم على فهم المخاطر الاجتماعية محتملة الوقوع والتفكير أكثر جدية للتخطيط المستقبلي واتخاذ الإجراءات اللازمة لتقليل تأثيرها سيما وأن التأمين في الفترة الراهنة أصبح من الصناعات المتطورة في الدول المتقدمة، بحيث أصبحت له الفعالية في الاقتصاد الكلي للدولة بدءا من توفير الحماية الاجتماعية للأفراد والانتهاء بخلق مجموعة من المشاريع والاستثمارات التي تعود بالنفع على المجتمعات[1061].

ومن بين الأمور الأخرى التي ينبغي ضرورة الأخذ بها بعيدا عن التسويق التقليدي الذي ثم الحديث عنه آنفا ضرورة الأخذ بالتسويق الالكتروني للتأمين العقاري، سيما وأن الفترة الراهنة أصبحت تتطلب التشبث بإلكترونية التسويق أكثر من تقليدانيته، ويكون ذلك عن طريق الترويج للتأمين عبر شبكات الأنترنت اعتبار أن هذا الأخير أصبح يوفر منافذ للترويج والتي تلبي وبشدة رغبات واحتياجات المستفيدين من خلال الكم الهائل من المعلومات التي يمكن توفيرها على مستوى المواقع الالكترونية[1062]، سيما وأنها من الوسائل التي لا تعترف بالحواجز المكانية والجغرافية كما أنها تتيح للمستخدم إمكانية الإرسال والاستقبال والتفاعل والمشاركة[1063].

1060 بركان بسمة ودربوش محمد الطاهر، أثر السياسة الترويجية في نشر الوعي التأميني لدى الفرد الجزائري – دراسة استطلاعية لآراء عينة من العملاء – مجلة الابتكار والتسويق، العدد 01، السنة 2020، الصفحة 204 وما بعدها.

1061 ياسمين يحي عبد القادر الخطري وإيمان صالح السنباني، مستوى الوعي التأميني لدى معلمي المدارس الأهلية بأمانة العاصمة صنعاء، مجلة العلوم التربية والنفسية، العدد 21، السنة 2023، الصفحة 122.

1062 محمد سعد محمد عبد القادر وأحمد محمود محمد جلال، خطة مقترحة لنشر الوعي التأميني ضد مخاطر إصابات رياضة الجمباز بجمهورية مصر العربية في ضوء أساليب الترويج الالكتروني، المؤتمر الدولي العلمي لكلية التربية الرياضية- جامعة أسيوط الرياضية، الصفحة 2575 وما بعدها.

1063 ياسمين يحي عبد القادر الخطري وإيمان صالح السنباني، فاعلية برنامج إرشادي إلكتروني عبد تطبيق – واتس آب – في تنمية الوعي التأميني لدى معلمي المدارس الأهلية بأمانة العاصمة، مجلة جامعة صنعاء للعلوم الإنسانية، العدد 01، السنة 2024، الصفحة 415.

وعموما لتعزيز الاقبال على خدمة التأمين العقاري، يجب أن تكون هناك جهود لتوفير معلومات وتوجيه فعّال للأفراد. يمكن ذلك من خلال تحسين مهارات الاتصال وتوفير قنوات وسائل الإعلام الفعّالة التي تسهل عملية الوصول إلى المعلومات حول التأمين وتوجيه الأفراد في اتخاذ القرارات المناسبة، وتجدر الإشارة في ذات السياق إلى أن تردد شركات التأمين في ترويج التأمين العقاري قد يعزى إلى عدة عوامل:

تحقيق أرباح أقل: في بعض الأحيان، تكون تأمينات العقارات تجلب أرباحًا أقل مقارنة بتأمينات أخرى مثل التأمين على السيارات أو التأمين الصحي. لهذا السبب، قد لا تكون الشركات مهتمة بتخصيص مواردها للترويج للتأمين العقاري.

تقييدات قانونية: قد تواجه الشركات تقييدات قانونية تجعل من الصعب ترويج التأمين العقاري أو تكلفها بالتزامات إضافية.

تقلب الأسواق العقارية: تعتمد صناعة التأمين العقاري بشكل كبير على حالة السوق العقاري فإذا كانت هناك تقلبات كبيرة في الأسعار والمخاطر، فإن الشركات قد تتردد في تقديم تأمين.

طبيعة المخاطر: يعتبر التأمين العقاري معقدا ويتضمن تقدير مخاطر محتملة وقد تكون بعض الشركات غير راغبة في التعامل مع تلك المخاطر أو تجد أنها صعبة للتقدير.

صحيح، كون التأمين على العقار اختياريًا في المغرب وفي العديد من البلدان يمكن أن يؤدي إلى عدم الاقبال عليه لاعتبار أن الأفراد قد يرونه كتكلفة إضافية غير ضرورية إذا لم يشعروا بأن هناك مخاطر كبيرة تتعرض لها ممتلكاتهم، ومن ثم لزيادة الاقبال على التأمين العقاري، يمكن لشركات التأمين والجهات المعنية تبسيط الإجراءات وتقديم خيارات تأمين معقولة من حيث التكلفة. كما يمكن توجيه حملات توعية تبرز أهمية التأمين في حماية الممتلكات من المخاطر المحتملة مثل الحرائق والسرقة والأضرار الأخرى. وعليه فتعزيز التوعية حول فوائد التأمين العقاري قد يشجع المزيد من الأشخاص على النظر في هذه الخدمة والاعتبار بها، ويأتي ذلك عبر تصحيح المعتقدات السلبية حول خدمة التأمين العقاري في المغرب يمكن أن يكون مهما لزيادة الوعي والاقبال على هذه الخدمة وفي ذلك نورد بعض العوامل التي يمكن أن تساعد على زيادة الرغبة في الولوج إلى سوق التأمين بالمغرب:

حملات توعية: يمكن تنظيم حملات توعية تستهدف الجمهور بشكل واضح ومبسط. يجب أن تركز هذه الحملات على فوائد التأمين العقاري في حماية الممتلكات وتوضيح كيف يمكن أن يساعد في تجنب الخسائر المالية في حالة وقوع حوادث.

توفير معلومات شفافة: يجب أن تقدم شركات التأمين والجهات المعنية معلومات دقيقة وشفافة عن تكاليف التأمين والشروط والمزايا. ذلك يساعد الأفراد على اتخاذ قرار مستنير.

الدعم من قبل الدولة: تشجيع الحكومة وتوجيهها للتأمين العقاري يمكن أن يلعب دورًا هامًا في زيادة الوعي. قد تسعى الحكومة إلى تشجيع الأفراد على التأمين من خلال تقديم حوافز مالية أو تشريعات تجبر على التأمين في بعض الحالات.

توجيه المحتوى: يمكن توجيه المحتوى التوعوي عبر وسائل الإعلام ووسائل التواصل الاجتماعي لزيادة الوعي بشكل فعال. يمكن إنشاء مواد توعوية تركز على حالات نجاح وقصص حقيقية تظهر كيف ساعد التأمين العقاري الأشخاص في الحفاظ على ممتلكاتهم.

الاستشارة والتوجيه: يمكن للمستشارين ووكلاء التأمين تقديم استشارات شخصية للأفراد لفهم احتياجاتهم الخاصة ومساعدتهم في اتخاذ القرار الأمثل بشأن التأمين العقاري.

فكل هذه المسائل تبرر مدى الحاجة إلى وعي تأميني في المجتمع المغربي ولعل أبرز القضايا الراهنة التي تتقاطع وبشدة مع هذه المسائل نجد زلزال الحوز الذي أثار قلقا بشأن سلامة الممتلكات والذي يمكن أن يكون فرصة جيدة لبدء نقاش عمومي حول الزامية التأمين العقاري[1064].

1064 للتفصيل أكثر في هذه النقطة:

ولعل فكرة جعل التأمين العقاري إلزاميًا تعتمد على العديد من العوامل، بما في ذلك التشريعات المحلية والإرادة السياسية بحيث يجب توجيه هذا النقاش بعناية لضمان أنه يحقق التوازن بين حماية الممتلكات وضمان توفر خيارات مناسبة من حيث التكلفة. كما يجب أن يشمل النقاش آراء مختلفة ويستمع إلى مختلف الأصوات والجهات المعنية، بما في ذلك الأفراد وشركات التأمين والجهات الحكومية. ولعل الهدف هو تحقيق توازن بين الحاجة إلى الحماية والضرورة للتأمين الاقتصادي والاجتماعي، وبناء عليه، يتوجب على السلطات المغربية تنظيم القطاع التأميني وتطويره لضمان توفير خدمات تأمينية ذات جودة عالية وملائمة لاحتياجات المواطنين والاقتصاد كما هو الشأن بالنسبة لكل من إسبانيا وفرنسا بالإضافة إلى سويسرا وألمانيا، بحيث في كافة هذه البلدان نجد على أن مسألة التأمين العقاري تبقى إلزامية، بحيث في التشريع الإسباني مثلا نجد ضرورة أن يؤدي الشخص فاتورة إضافية من أجل تأمين عقاره ضد الحرائق و الفيضانات وضد الحروب أيضا كما يمكن للأشخاص شراء وثيقة للتأمين بشكل اختياري لكن الدخول في نظام الكونسيرسو[1065] والذي لا يمكن النزوح عنه بالنسبة لتأمين العقارات الأمر الذي يمكن أن يشكل ضرورة ملحة لأن الكوارث الطبيعية مسألة محتملة الوقوع دائما إذ لا يمكن التنبه إليها كما هو الشأن بالنسبة للفيضان الذي حدث بإسبانيا يوم 30-10-2024[1066].

نفس الأمر بالنسبة لفرنسا التي تلزم شركات التأمين بضرورة تغطية المخاطر المرتفعة بشكل خاص لكن بقسط تحدده الدولة، بمعنى أن الدولة هي التي تحدد نسبة التعويض الذي يمكن أن يحصل عليه الشخص، كما أن النظام السويسري يعتمد أيضا تقنية التأمين الإجباري على العقار وإلى جانب ذلك نجد أن المشرع الألماني قد أقر إجبارية التأمين على الممتلكات منذ سنة 1994 بحيث توجد العديد من الولايات الألمانية التي يتعين ضرورة التأمين على العقار[1067].

فإلزام الأشخاص على اقتناء التأمين العقاري يعتمد على التشريعات والسياسات في كل بلد. ففي العديد من البلدان، يتم جعل التأمين العقاري إلزاميا في بعض الحالات، وذلك لحماية الممتلكات والمصالح العامة. على سبيل المثال، في بعض المناطق التي تعرف مخاطر طبيعية كبيرة مثل المناطق الزلزالية، يمكن أن يكون التأمين العقاري إلزاميًا ،مع ضرورة الإشارة في هذا الإطار إلى أن فرض إلزامية التأمين العقاري في المغرب يجب أن يكون بمراعاة مجموعة من الأمور الجغرافية الأساسية، باعتباره من بين البلدان المعرضة للزلازل والكوارث الطبيعية، عموما ليس جل المناطق في البلد تبقى معرضة لاحتمالية وقوع كارثة ووقوع أضرار بنسبة كبيرة بحيث تبقى المناطق مثل أكادير والريف والحوز أكثر عرضة لمثل هذا النوع من الكوارث، بالتالي ضرورة مراعاة هذه المسألة عند تقدير حجم الأضرار التي توجب التعويض ،كما يتعين الأخذ بعين الاعتبار متوسط العيش بالنسبة للأسر عند تحديد النسبة الواجب تأديتها من أجل تأمين المساكن الفردية، بالإضافة إلى ذلك ففي بعض البلدان، يتعين على أصحاب العقارات التأمين على الممتلكات التي تستخدم لأغراض تجارية أو تأجيرها، كما ان بعض القوانين تلزم البنوك بأن تطلب من المقترضين تأمينًا عقاريًا كما في التشريع المغربي أيضا.

---

https://lematin.ma/economie/lassurance-multirisques-habitation-bientot-obligatoire-au-maroc/249061?utm_term=Autofeed&utm_medium=Social&utm_source=LinkedIn#Echobox=1730137252 ثم الاطلاع عليه بتاريخ 31-10-2024، على الساعة 18:48.

1065 يعتبر الكونسيرسيو على أنه هيئة عامة اسبانية لريادة الأعمال تابعة لوزارة الشؤون الاقتصادية والتحول الرقمي وتقوم بمهام متعددة من بينها العلاقة مع تغطية الأخطار غير العادية والتأمين الإجباري على المركبات.

للتفصيل أكثر يراجع الموقع الالكتروني التالي: https://www.nlexperts.com/consortium-des-assurancesK، ثم الاطلاع عليه بتاريخ 04-11-2024، على الساعة 10:33.

1066 للتفصيل أكثر في هذه النقطة:

https://www.aljazeera.net/programs/networks/2024/10/31/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%B5%D8%A7%D8%AA-%D8%AA%D8%AA%D9%81%D8%A7%D8%B9%D9%84-%D9%85%D8%B9-%D9%81%D9%8A%D8%B6%D8%A7%D9%86%D8%A7%D8%AA-%D8%A5%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D9%86%D9%8A%D8%A7-%D8%A5%D8%AB%D8%B1، تم الاطلاع عليه بتاريخ 31-10-2024، على الساعة 19:33.

Thomas von UNGERN-STERNBERG, L'Assurance Immobilière en Europe : Les Limites De la Concurrence, 49, rue Héricart, 75015 Paris1067

خاتمة:

وختاما يمكن القول على أن نظام التأمين العقاري لا زال يعرف تعثرا من حيث المعرفة به ومدى الأهمية التي يمثلها على مختلف المشاريع سواء كانت هذه المشاريع ترتبط بالعقار أو بمسائل أخرى، بالتالي يتعين ضرورة الركون إلى استراتيجيات التسويق سواء من قبل الدولة نفسها أو من قبل مؤسسات التأمين ويمكن أن يأتي ذلك بتفعيل الشراكة بين الدولة والخواص في محاولة الترويج للنظام التأميني، ولما لا محاولة فتح النقاش حول جعله مسألة إلزامية كما هو الشأن بالنسبة للتأمين على السيارات والتأمين الصحي، مع مراعاة بطبيعة الحال الوضعية الاجتماعية للأشخاص بحيث يجب أن يبقى نظام التأمين الوسيلة التي هدفها الأساس هو تحقيق الحماية لا إملاء شروط تعسفية على المتعاملين في مجال التأمين، وعلى ذلك الأساس نورد مجموعة من الاقتراحات وهي كالتالي:

- العمل على تعريف المواطن المغربي بقضايا التأمين والتوعية بأهميته وخلق موقف إيجابي منه لرفع مستوى الوعي بالتأمين في المجتمع المغربي.
- التعريف بأسعار السلع التأمينية في وسائل الإعلام وخاصة الصغيرة منها التي يمكن أن تكون في متناول المواطنين ذوي الدخل المحدود.
- ضرورة تعريف الشركات التأمينية عن نفسها وعن خدماتها عبر وسائل الإعلام.
- اتخاذ كافة الإجراءات والتدابير الكفيلة برفع مستوى الوعي التأميني عند المواطن المغربي وتشجيعه على الممارسة الواعية للتأمين.
- العمل على نشر الوعي بالتأمين وهذا يتطلب التعريف بماهية التأمين وأشكاله وأهميته وسبل الوصول إليه، كما يتطلب خلق موقف إيجابي منه وتشجيع الممارسة التأمينية، وهي مسؤولية مشتركة تقع على كل من وسائل الإعلام والمؤسسات التربوية والنقابات المهنية وشركات التأمين.
- القيام بأبحاث ودراسات اجتماعية تستقصي أسباب ضعف الإقبال على التأمين في المجتمع المغربي.
- دعم القدرة الشرائية للمواطن المغربي ورفع مستوى معيشته ودعمه ليكون قادرا على التأمين
- إدخال المواطن صاحب الدخل المحدود في المعادلة التأمينية عن طريق خلق منتجات صغيرة وبأسعار مقبولة مع تسهيلات في السداد.
- العمل على تسهيل إجراءات العملية التأمينية وترغيب المواطن بممارسة التأمين والاستفادة من التقدم التكنولوجي في هذا المجال.
- ضرورة الاهتمام بالتكنولوجيا وخاصة في مجال الخدمات التأمينية، والاستفادة من ثورة المعلومات الحاصلة في جميع مجالات الحياة، وبالتالي فإنه يجب على شركات التأمين أن تواكب هذه التطورات.
- التعاون والتنسيق بين شركات التأمين بدل التنافس.
- ضرورة تدخل الدولة في تحديد قسط التأمين العقاري بحسب الحيز الجغرافي داخل إقليم الدولة، مع ضرورة ترك جانب من السلطة التقديرية لمؤسسات التأمين في تقدير الأضرار المؤمن عليها بغاية خلق نوع من المساواة بين كل من شركات التأمين والمستهلك عموما.

لائحة المراجع:

المقالات:

⇐ المساتي نوال، التأمين على القرض العقاري، مجلة القضاء التجاري، العدد 15.16، السنة 2020.

⇐ عليان شوكت محمد، التأمين عند فقهاء القانون، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 173، السنة 1979.

⇐ البوغاني هاني محمد، عقد التأمين: دراسة قانونية، المجلة القضائية، العدد 1، السنة 2005.

ISSN:2509-0291

⇐ عبد المولى المسعيد، التأمين كمدخل جديد لحكامة القروض العقارية بالمغرب، مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 21، السنة 2021.

⇐ حسين الذنيبات، مدى خروج نظام التأمين الإلزامي على المركبات على قواعد المسؤولية عن الفعل الضار وتعويضها في القانون المدني الأردني ومشروعيته، مجلة الحقوق، العدد 8، السنة 2018.

⇐ بركان بسمة ودربوش محمد الطاهر، أثر السياسة الترويجية في نشر الوعي التأميني – دراسة استطلاعية لآراء عينة من العملاء – مجلة الابتكار والتسويق، العدد 01، السنة 2020.

⇐ ياسمين يحي عبد القادر الخطري وإيمان صالح السنباني، مستوى الوعي التأميني لدى معلمي المدارس الأهلية بأمانة العاصمة صنعاء، مجلة العلوم التربية والنفسية، العدد 21، السنة 2023.

⇐ محمد سعد محمد عبد القادر وأحمد محمود محمد جلال، خطة مقترحة لنشر الوعي التأميني ضد مخاطر إصابات رياضة الجمباز بجمهورية مصر العربية في ضوء أساليب الترويج الالكتروني، المؤتمر الدولي العلمي لكلية التربية الرياضية- جامعة أسيوط الرياضية.

⇐ ياسمين يحي عبد القادر الخطري وإيمان صالح السنباني، فاعلية برنامج إرشادي إلكتروني عبد تطبيق – واتس آب – في تنمية الوعي التأميني لدى معلمي المدارس الأهلية بأمانة العاصمة، مجلة جامعة صنعاء للعلوم الإنسانية، العدد 01، السنة 2024.

المواقع الالكترونية:

https://lematin.ma/economie/lassurance-multirisques-habitation-bientot-obligatoire-au-maroc/249061?utm_term=Autofeed&utm_medium=Social&utm_source=LinkedIn#Echobox=1730137252

https://www.nlexperts.com/consortium-des-assurancesK

https://www.aljazeera.net/programs/networks/2024/10/31/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%B5%D8%A7%D8%AA-%D8%AA%D8%AA%D9%81%D8%A7%D8%B9%D9%84-%D9%85%D8%B9-%D9%81%D9%8A%D8%B6%D8%A7%D9%86%D8%A7%D8%AA-%D8%A5%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D9%86%D9%8A%D8%A7-%D8%A5%D8%AB%D8%B1

المراجع باللغة الفرنسية:

⇒ Thomas von UNGERN-STERNBERG, L'Assurance Immobilière en Europe : Les Limites De la Concurrence,

ISSN:2509-0291

الانتقال الطاقي والتحديات البيئية. ملائمة الأدوات القانونية

Energy transition and environmental challenges. Adaptation of legal instruments

الدكتورة : عائشة فضيل
أستاذة جامعية. باحثة ومحاضرة
جامعة الحسن الأول - سطات

ملخص بالعربية:
حسب الصيغة المبلورة في قمة الأرض في ريو دي جانيرو (1992)، فإن التنمية المستدامة تقوم على ركائز التقدم الاقتصادي والعدالة الاجتماعية، ولاسيما الحفاظ على البيئة لما في ذلك من تهديد للكون ولصحة الإنسان وغير الإنسان. وقد أشارت هذه القمة إلى أساليب الإنتاج الصناعي والزراعي، واستخدام الوقود الأحفور ي الملوث للغاية وانبعاثات غازات الدفيئة، المسؤولة عن ظاهرة الاحتباس الحراري لكوكب الأرض.
أصبحت أولوية التحول إلى الطاقات المتجددة القادمة من المصادر الطبيعية الوفيرة والموجودة في كل مكان حولنا، والتي تتجدد بمعدل أعلى من استهلاكها، واضحة. إنها تشجع على الانتقال إلى مزيج كهرباء أقل كثافة من الكربون.
وتعرض هذه المداخلة الوسائل والتدابير الأساسية الكفيلة بتسريع الانتقال إلى الطاقات المتجددة من خلال نصوص قانونية وتنظيمية تندرج في سياق تحديات التغيرات المناخية وتجاوز ذروة النفط.
الكلمات المفتاحية : الانتقال الطاقي – الطاقات المتجددة – البيئة – التنمية المستدامة – التغيرات المناخية – البصمة الكربونية.

Abstract :
As crystallized at the Rio de Janeiro Earth Summit (1992), sustainable development is based on the pillars of economic progress and social justice, including preservation of the environment, which poses a threat to the universe and to human and non-human health. The summit referred to industrial and agricultural production methods, the use of highly polluting fossil fuels and greenhouse gas emissions, which are responsible for global warming.
The priority of switching to renewable energies from abundant and ubiquitous natural sources, which renew themselves faster than they are consumed, has become clear. This will encourage the transition to a less carbon-intensive electricity mix.
This intervention presents the main ways and means of accelerating the transition to renewable energies through legislation and regulation, in the context of the challenges of climate change and peak oil.
keywords: Energy transition - renewable energies - environment - sustainable development - climate change - carbon footprint.

مقدمة:

منذ شهور، وافقت الدول المشاركة في مؤتمر الأمم المتحدة لتغير المناخ (كوب 28) الذي جرت أشغاله في دبي بدولة الإمارات المتحدة بين 23 نوفمبر و13 ديسمبر 2023 على خارطة طريق "للتحول بعيدا" عن الوقود الأحفوري الذي يؤدي إلى الاحتباس الحراري في كوكبنا.

هذه المبادرة تعكس انشغالات مهيمنة في العالم وفي المغرب لأن انبعاثات غاز ثاني أكسيد الكربون، وغازات الدفيئة الأخرى التي تؤثر على النظام المناخي[1068]، وكذا الاعتمادات المتزايدة على الوقود الأحفوري، تدعو إلى إعادة نظر في نظامنا الطاقي في سياق الاستدامة البيئية والاقتصادية والاجتماعية التي تفرض نموذجا جديدا للإنتاج والاستهلاك، أي نمط جديد للتنمية. إن الانتقال الطاقي يهيأ لهذا المستقبل المبني على انخفاض محسوس للاستهلاك وعلى الطاقات المتجددة[1069].

المبحث الأول: الضرورة البيئية والمصادر المنظمة للطاقات المتجددة

إذا كان الأمن الطاقي قد شكل لمدة طويلة الحجة الرئيسية للترويج للطاقات المتجددة، فإننا نلاحظ اليوم بأن الاعتبارات البيئية هي في قلب تطور نموذج التنمية. بالفعل، فإن الأضرار التي لم يسبق لها مثيل للتسرب النفطي في خليج المكسيك في أبريل 2010[1070]، قد أثارت الغضب في مواجهة صناعة النفط كما وقع تماما مع حادث فوكوشيما النووي في 11 مارس 2011 باليابان والذي صنف على نفس المستوى من الخطورة مع كارثة تشيرنوبل في عام 1986[1071].

هذه الحجج الإضافية هي للتأكيد على الضرورة الملحة لاستعجال تغيير أنماط الاستهلاك الطاقي في البلدان الصناعية وفي العالم[1072].

ديناميكية الاتحاد الأوروبي على المستوى الداخلي والدولي في مجال البيئة لافتة للنظر، وقيادته لجدول أعمال مكافحة ظاهرة الاحتباس الحراري واضحة من خلال الانتقال الذي يقوم به لاسيما نحو مصادر الطاقات المتجددة. إنه يطرح نفسه كنموذج لمشاطرة العالم في سياسة طموحة للتقليص من انبعاثات غازات الدفيئة على الرغم من أن إشكالية توفر الطاقة هي عالمية، ونمو الطلب لا يزال حيويا للغاية لفترة طويلة[1073]. كما أن هذه القضية في قلب انشغالات المغرب، حيث يوجد كفاعل رئيسي في هذه الحركة التي انخرط فيها منذ قمة الأرض بالرغم من أن مساهمته في انبعاثات غازات الدفيئة هي ضعيفة.

لهذا سنعتمد كمرجعية هذه المجموعة الإقليمية والنظام القانوني الدولي لنرى كيف يسعى القانون إلى معالجة القضايا المتعلقة بالطاقات المتجددة، وبناء مستقبل طاقي مستدام وأخضر وإيكولوجي[1074].

الفقرة الأولى: التعريف التشريعي للطاقات المتجددة

1068 انبعاثات غازات الدفيئة وصلت إلى مستوى قياسي ب 55 مليار طن في عام 2021 وحده وفقا لدراسة دولية (L'Express du 8/6/2023). نحن فعلا نملأ السماء.

1069 يعرف الانتقال الطاقي بالانتقال التدريجي إلى نموذج الاقتصاد القائم على الطاقات المتجددة وعلى تحسين كفاءة الطاقة

1070التسرب النفطي في خليج مكسيك 2010 هو كارثة بيئية نجمت عن تسرب نفطي هائل حصل بسبب انفجار منصة بحرية لاستخراج النفط في خليج المكسيك في 23 أبريل 2010.

1071حادث فوكوشيما النووي ويسمى أيضا كارثة فوكوشيما النووية الذي وقع في محطة فوكوشيما دايتشي للطاقة النووية على الساحل الشرقي لليابان، كان بسبب حدوث زلزال كبير شرق اليابان في 11 مارس 2011، حيث تسبب الزلزال في حدوث موجات تسونامي ضربت الساحل الياباني والمحطة. أما حادث تشيرنوبل وهو أيضا كارثة نووية إشعاعية، فقد عرف انفجار أحد مفاعل محطة تشيرنوبل للطاقة النووية في 26 أبريل 1986 في شمال أوكرانيا الذي أدى إلى إطلاق كمية كبيرة من التلوث الإشعاعي.

1072 في عام 2021، الدول الأربع الأكثر إطلاقا لانبعاثات ثاني أكسيد الكربون، هي بالترتيب، الصين والولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوروبي ب 27 عضوا والهند. هذه المجموعة مسؤولة عن 55 % من إجمالي الانبعاثات على مدار أعوام 2010.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_des_pays_par_%C3%A9missions_de_dioxyde_de_carbone_li%C3%A9es_%C3%A0_l%27%C3%A9nergie

1073 وفقا لوكالة الطاقة الدولية، بلغ إنتاج الطاقة العالمي (الطاقة الأولية) 614 إكساجول (EJ) في عام 2021. ويمثل الوقود الأحفوري 80,3 % من هذا الإنتاج (الفحم 27 %، والنفط 29,2 %، والغاز الطبيعي 23,8 %)، وجاء باقي إنتاج الطاقة من الطاقة النووية (5,0 %) والطاقة المتجددة (14,7 %).

إذن، يتم حاليا تلبية الطلب على الطاقة بنسبة 80,3 % من الوقود الأحفوري، وهي حاجيات تتعلق بالكهرباء والتدفئة والنقل. هذا الطلب سوف يستمر في النمو في العقود المقبلة بسبب دينامية عدد سكان العالم (حوالي ثمانية مليار نسمة في 2023 مقابل تسعة في 2050) وتطور الاقتصادات الناشئة.

1074 الانتقال الطاقي هو أيضا فرصة لخلق فرص العمل والثروة، وابتكار طرق جديدة للإنتاج والاستهلاك.

إذا قمنا بتحليل محتوى قانون الطاقات المتجددة في إطار القانون الاتحادي، سنجد أن عبارة "الطاقات المتجددة" مستعملة بوفرة في مصادر هذا القانون، إذ أن 304 نصا على الأقل أشار إليها في تشريعات وقرارات المحاكم الأوروبية إلى غاية 2010[1075]. كما أن القانون الاتحادي يضفي عليها شرعية كبرى من خلال سن توجيه خاص بها[1076]. ترددت هذه العبارة أيضا حوالي 41 مرة في القانون رقم 09-13 المنظم للطاقات المتجددة في المغرب[1077]، ولكن كيف يمكن تعريف الطاقات المتجددة ؟

الطاقات المتجددة لها معاني مختلفة في غياب تعريف واحد. فمن المعتاد تحديد مفهوم الطاقات المتجددة عن طريق مقابلتها بالوقود الأحفوري وهو الفحم والنفط والغاز، والذي يتطلب تكوينه الطبيعي عدة آلاف من السنين. الوكالة الدولية للطاقة المتجددة التي تلعب دور الخبير والمستشار تعرفها بأنها: " كل أشكال الطاقة المنتجة من مصادر متجددة بطريقة مستدامة "[1078]، وهو تعريف فيه حشو كبير.

ويشير التوجيه الأوروبي رقم 2009/28 بشأن تعزيز استخدام الطاقة المنتجة من مصادر متجددة وكذا تعديلاته إلى أن الطاقة المنتجة من مصادر متجددة هي الطاقة المنتجة من مصادر متجددة غير أحفورية، وهي: الطاقة الريحية والطاقة الشمسية والحرارة الهوائية والحرارة الأرضية وطاقة المطارح المائية وطاقة الكتلة الحيوية، وكذا الطاقة المتأتية من غازات محطات تصفية المياه العادمة والغاز العضوي. يبدو أن هذه الصيغة ترفض إمكانية إدراج مصادر بديلة. يتعلق الأمر بتعريف معياري وملزم، ويمكن لاسيما من الوقوف على الكيفية التي يسعى بها القانون الأوروبي إلى معالجة القضايا القانونية المتعلقة بمصادر الطاقات المتجددة. أما المشرع المغربي، وعلى الرغم من إصداره للقانون رقم 09-13 المتعلق بالطاقات المتجددة. إلا أنه لم يقم بتعريفها، واكتفى من خلال هذا القانون بذكر مصادر هذه الطاقات، حيث نص في المادة الأولى منه على ما يلي: " يقصد بما يلي في مدلول هذا القانون:

1- مصادر الطاقات المتجددة: كل مصادر الطاقات التي تتجدد بشكل طبيعي أو بفعل بشري، باستثناء الطاقات المائية التي تفوق قدرتها المنشئة 30 ميغاواط، ولاسيما الطاقات الشمسية والريحية والحرارية الجوفية والطاقة المتأتية من حركة الأمواج والطاقة المتأتية من تيارات المد والجزر وكذا الطاقة الناجمة عن الكتلة الحية والطاقة المتأتية من غازات المطارح وغاز محطات تصفية المياه العادمة والغاز العضوي".

لمزيد من تسليط الضوء، فإن الطاقات المتجددة هي مصادر الطاقة المسماة نظيفة، غير أحفورية مستمدة مباشرة من المصادر الطبيعية، منتظمة أو ثابتة، يعاد تكوينها بشكل أسرع من استهلاكها[1079]، والتي لا تتسبب في انقراض المادة الأولية. بعضها لا يحتاج إلى تكاليف الوقود، إنها مجانية. فمن أجل استهلاكها، يكفي تحويل العناصر التي تمنحها لنا الطبيعة بكل حرية في كل مكان من

1075 http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/05/PT Energies renouvelables. Comparaison entre le droit des Etats Unis et de l'Union européenne

1076 Directive 2009/28/CE du Parlement Européen et du conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE. Journal officiel de l'union européenne, L 140, 5-6-2009, p. 16-62.
La dernière modification concerne la Directive (UE) 2023/2413 du parlement Européen et du conseil .La directive 2009/28 a été modifiée à plusieurs reprises du 18 octobre 2023 modifiant la directive (UE) 2018/2001, le règlement (UE) 2018/1999 et la directive 98/70/CE en ce qui concerne la promotion de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, et abrogeant la directive (UE) 2015/652 du Conseil. Journal officiel de l'union européenne, L 2023/2413, 31-10-2023.

1077 *ظهير شريف رقم 1-10-16 صادر في 26 من صفر 1431 (11 فبراير 2010) بتنفيذ القانون رقم 09-13 المتعلق بالطاقات المتجددة. الجريدة الرسمية، 18 مارس 2010، عدد 5822، ص 1118.*
وقد عدل بموجب القانون رقم 15-58 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 09-13 المتعلق بالطاقات المتجددة.
ظهير شريف رقم 1-16-3 صادر في فاتح ربيع الآخر 1437 (12 يناير 2016) بتنفيذ القانون رقم 15-58 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 09-13 المتعلق بالطاقات المتجددة.
الجريدة الرسمية، 25 يناير 2016، عدد 6433، ص 421.

1078 *الوكالة الدولية للطاقة المتجددة "إيرينا" International Renwable Energy Agency (IRENA) هي منظمة حكومية دولية تأسست في 2009. مهمتها تعزيز مصادر الطاقات المتجددة في جميع أنحاء العالم، ومقرها الرئيسي في أبو ظبي.*

1079 ضوء السماء والرياح، على سبيل المثال، من المصادر التي تتجدد باستمرار.

هذا الكوكب، ضوء الشمس وحرارة الأرض والرياح والكتلة الحيوية أو الماء، إلى كهرباء أو تدفئة أو طاقة بطريقة أكثر فعالية واستدامة ومردودية.

كل هذه الطاقات التي لا تنضب تساهم في تنوع وتأمين إمدادات الدول بالطاقة. أما تنميتها فتشكل واحدة من أفضل الطرق لمكافحة التغيرات المناخية. وهذا يعني أنه لديها ميزة مقارنة مع الوقود الأحفوري[1080]، لأنه لا تنبعث منها غازات الدفيئة عند إنتاجها أو استهلاكها. وهي كذلك بمثابة بديل للمواد المشعة (اليورانيوم).

إن مستوى منخفض من انبعاثات ثاني أكسيد الكربون لا يعطي لطاقة ما صفة طاقة متجددة. فإنتاج الكهرباء من الطاقة النووية وإن كان لا يصدر منه تقريبا انبعاثات غازات الدفيئة. إلا أن أنشطته تشكل مخاطر متعددة على الساكنة والبيئة[1081].

إن هذه الصناعة تصطدم اليوم بمشاكل أمن وسلامة متعلقة بتوظيف المفاعلات النووية والنفايات المشعة والانتشار النووي ومخاطر الحوادث أو الأعمال الخبيثة. وعموما، فإن الطاقة النووية لا تعتبر طاقة متجددة من قبل القانون[1082].

الفقرة الثانية: أدوات قانونية إلزامية

الجديد الآخر في التوجيه الأوروبي رقم 2009/28 الخاص بتعزيز استخدام الطاقة المنتجة من مصادر متجددة هو الربط بين الوقود الحيوي والطاقات المتجددة بكيفية واضحة. القائمة الأوروبية تمثل أيضا اعترافا بالتدفئة والتبريد كمصادر للطاقات المتجددة، فضلا عن الكهرباء والوقود الحيوي. وقد سبق للمفوضية الأوروبية أن أكدت في مداخلتها أمام البرلمان والمجلس الأوروبي بتاريخ 10 يناير 2007 تحت عنوان "سياسة الطاقة لأوروبا" على أن القطاعات الثلاث للطاقات المتجددة هي: الكهرباء، الوقود الحيوي، التدفئة والتبريد[1083].

ومن ثم، فإن القانون هو القادر اليوم على استكمال هذه المشاريع، ولعب دور على المدى البعيد. وفي هذا الإطار، تبنت الحزمة التشريعية للاتحاد الأوروبي حول المناخ والطاقة في دجنبر 2008 تدابير إلزامية تندرج ضمن مختلف الالتزامات التي اتخذت في سياق الاتفاقيات الأوروبية والدولية حول تغير المناخ[1084]. كما يلزم التوجيه الأوروبي رقم 2009/28 الدول الأعضاء بتحقيق أهداف وطنية محددة.

وقد وضعت كل دولة عضو مخططا خاصا بها لتحقيق هدف الطاقات المتجددة في الاستهلاك الإجمالي للطاقة المعينة من قبل هذا التوجيه في عام 2020.

شملت حزمة المناخ والطاقة لعام 2008 الأهداف التالية:

- الحد من انبعاثات غازات الدفيئة: تخفيض هذه الانبعاثات بنسبة 20 % على الأقل بحلول عام 2020 على المستوى الأوروبي[1085].
- الحد من استهلاك الطاقة الأولية: تخفيض نسبة 20 % من استهلاك الطاقة الأولية من إجمالي استهلاك الطاقة بحلول 2020[1086].
- تحقيق نسبة 20 % من الطاقات المتجددة: وجوب إنتاج 20 % على الأقل من الطاقات المستهلكة في بلدان الاتحاد الأوروبي من مصادر الطاقات المتجددة.

1080 تأتي تقريبا جميع انبعاثات ثاني أكسيد الكربون (حوالي 94,5 %) من استعمال الوقود الأحفوري. أما حصيلة الكتلة الحيوية، فهي صفر (يفترض بأن ثاني أكسيد الكربون الصادر خلال الاختراق يساوي ذلك الذي يمتص خلال نمو النباتات).

1081 القضية النووية تقسم السيناريوهات. وهكذا نجد سيناريوهات الحفاظ على الطاقة النووية، وسيناريوهات تخفيض حصتها، وأيضا سيناريوهات التخلي عنها نهائيا.

1082 لم ترد الطاقة النووية في قائمة مصادر الطاقات المتجددة التي عددها المشرع المغربي في المادة 1 من قانون رقم 09-13 المتعلق بالطاقات المتجددة، وهذا هو الشأن كذلك في التوجيه الأوربي رقم 2009/28 بشأن تعزيز استخدام الطاقة المنتجة من مصادر متجددة.

https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/an-energy-policy-for-europe.html1083

1084 تهدف حزمة المناخ والطاقة (أو الطاقة المناخية) أو خطة المناخ الخاصة بـ"حزمة العمل التشريعي" للاتحاد الأوروبي التي اعتمدت في دجنبر 2008 إلى تحقيق الهدف (20-20-20) أو 3 x 20.

Décision n°406/2009/CE du Paquet Energie Climat de l'Union Européenne (dans la lignée du «facteur 4» pour 2050).1085

Directive 2009/29/CE du Paquet Energie Climat de l'Union Européenne (les objectifs «3 fois 20»).1086

ISSN:2509-0291

ولبلوغ هذه الأهداف لا بد من تطوير كافة الطاقات (الطاقة الحرارية الأرضية والكتلة الحيوية والطاقة الريحية ...).

- تحقيق نسبة 10 % من الوقود الحيوي في الاستهلاك النهائي للوقود في النقل: إن أهداف التوجيه الأوروبي رقم 2009/28 بخصوص استهلاك الطاقات المتجددة في قطاع النقل الذي يعتمد بشكل رئيسي على الوقود الحيوي مشروطة بمتطلبات الاستدامة المحددة لهذا الوقود. بالفعل، فإن الوقود الحيوي الذي لا يستوفي معايير الاستدامة لا يمكن إدراجه ضمن الأهداف، ولا يمكنه بالتالي، أن يستفيد من إعانات الدولة.

وفي المجمل، وصلت 26 دولة عضوا إلى هدفها أو تجاوزته. لقد وصل الاتحاد الأوروبي ككل إلى العتبة التي حددها لنفسه، حيث سجل 22,1 % من الطاقة المتجددة في استهلاكه النهائي في عام 2020. إلا أن هذا النجاح يخفي وضعيات وطنية متنوعة. وهكذا تجاوزت العديد من الدول هدفها. على سبيل المثال، تجاوزت كل من السويد وكرواتيا أهدافها بنسبة 11 نقطة مئوية لكل منهما، وكذلك فعلت بلغاريا (+7 نقاط) وإستونيا (+5 نقاط). وبعضها بالكاد حقق هدفه، مثل بلجيكا (13 %)، وهولندا (14 %)، وسلوفينيا (25 %). وعلى العكس من ذلك، فإن فرنسا هي الدولة الوحيدة في أوروبا التي لم تصل إلى العتبة التي حددتها لعام 2020، حيث تراجعت الدولة بنسبة 3,9 نقطة مئوية عن هدفها[1087].

وقد وضعت حزمة المناخ والطاقة لعام 2014 أهدافا جديدة في أفق 2030، وهي: خفض انبعاثات غازات الدفيئة داخل أراضي الاتحاد الأوربي بنسبة 40 % مقارنة بعام 1990 (الهدف الوحيد الملزم)، وتحقيق 27 % من الطاقة المتجددة في استهلاك الطاقة، و27 % من كفاءة الطاقة[1088].

وفي أكتوبر 2023، رفع البرلمان الأوروبي هدف الطاقة المتجددة في أفق 2030 إلى 42,5 %، على أمل مضاعفة الجهود لبلوغ نسبة 45 %، وبالتالي مضاعفة الحصة الحالية للطاقة المتجددة في الاتحاد الأوروبي[1089].

كل دولة من الدول الأعضاء يسطر لها هدف محدد ومقيم حسب إنتاج الطاقات المتجددة المحددة فعليا والزيادة المحتملة. والتوجيه الأوروبي المذكور يغطي القطاعات الثلاث المعنية بالطاقات المتجددة وهي: الكهرباء، والتدفئة والتبريد، والنقل. وهذا النهج الشامل يتيح للدول الأعضاء حرية توزيع الجهود بين هذه القطاعات من أجل بلوغ أهدافها الوطنية.

وأخذت مجموعة من دول الاتحاد الأوروبي أيضا بمعيار محفظة الطاقة المتجددة (RPS) بمسميات مختلفة [1090]، وهو عبارة عن تنظيم يتطلب زيادة إنتاج الطاقة من مصادر الطاقة المتجددة، مثل الرياح والطاقة الشمسية والكتلة الحيوية والطاقة الحرارية الأرضية.

وقد اعتمدت هذا المعيار في البداية الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تم الأخذ به في 38 ولاية من الولايات الأمريكية الخمسين ومقاطعة كولومبيا، وتبعتها دول أخرى مثل الصين والهند واليابان وأستراليا.

فماذا عن جهود المغرب لتعزيز الانتقال الطاقي كوسيلة لمكافحة التغيرات المناخية؟

في هذا السياق، وضع المغرب أهدافا طموحة من بينها:

- تعزيز حصة الطاقات المتجددة في مزيج الكهرباء لتصل إلى 52 % عام 2030.
- خفض استهلاك الطاقة بنسبة 20 % بحلول عام 2030.

تعتزم هذه التوجهات الاستراتيجية توفير، من بين أمور أخرى، مزيجا متنوعا ومحسنا من الطاقة، وتطوير الطاقات المتجددة وكفاءة استخدام الطاقة، ومرونة في نظام الكهرباء، وتعزيز إنتاج الكهرباء اللامركزي، وإزالة الكربون من القطاع الصناعي،

1087 https://www.touteleurope.eu/environnement/les-energies-renouvelables-dans-l-ue/

1088 https://www.connaissancedesenergies.org/fiche-pedagogique/paquet-energie-climat

1089 في عام 2022، مثلت مصادر الطاقة المتجددة 22 % من استهلاك الاتحاد الأوروبي.
https://www.touteleurope.eu/environnement/l-union-europeenne-vise-425-d-energies-renouvelables-a-l-horizon-2030/

1090 RPS : Renewable Portfolio Standard

ISSN:2509-0291

واستكشاف مصادر جديدة للطاقة (الهيدروجين والكتلة الحيوية والطاقة البحرية...) وطرق مبتكرة لتخزين الطاقة، فضلا عن تعزيز التكامل الإقليمي.

إذن، بالنسبة لقطاع الطاقة، فإن المغرب يسعى لجعل الانتقال الطاقي المستدام محركا للتنمية الاقتصادية والاجتماعية لهذا البلد.

الفقرة الثالثة: معايير الاستدامة هي أولا ذات خاصية بيئية

إدخال معايير الاستدامة بركيزتها البيئية في إنتاج وتحويل المواد الخام المتجددة هو إيجابي جدا إذا نظرنا مثلا إلى حدة النقاش الدولي الذي يخص القرارات المتخذة في أوروبا وفي العالم لتطوير الوقود الحيوي. إذ أن الإنتاج الحالي للوقود الحيوي يتم من أحسن أجزاء النباتات (الذرة وفول الصويا واللفت وقصب السكر وزيت النخيل)، الشيء الذي يثير جدلا دوليا في سياق ارتفاع أسعار المواد الزراعية. يعاب عنه تقديمه لمردودية طاقية وحصيلة كربونية ضعيفتين، بل سلبية. يؤثر على ارتفاع أسعار المواد الغذائية ويساهم في نقص التغذية العالمية (الأكل أو التنقل / manger ou rouler)[1091]. الزراعات المخصصة لإنتاج الوقود الحيوي يمكن أن تنافس تلك الموجهة للتغذية. إذن منافسة شرسة في الإنتاج الغذائي وإنتاج الطاقة.

فيما يخص أوروبا، فقد بين التوجيه الأوروبي رقم 2009/28 أن الوقود الحيوي يجب أن يكون أقل تلويث بنسبة 35 % من الوقود التقليدي حتى يعتبر "مستداما"، وأن لا ينتج من المواد الخام المحصل عليها من أراضي ذات القيمة العالية من حيث التنوع البيولوجي. غني بالكربون العضوي، ويجب إنتاجه وفقا للمعايير البيئية المشترطة في السياسة الزراعية المشتركة[1092]. تقوم بعض التدابير الإضافية على حماية التربة والماء والهواء، وأيضا إعادة تأهيل الأراضي المتدهورة والتحكم في استهلاك المياه. ويجب أن تزيد هذه النسبة مع مرور الوقت.

الفقرة الرابعة: الالتزام بالطاقات المتجددة في مواجهة اعتبارات أخرى:

إن التساؤل الذي يفرض نفسه بشدة يتعلق بمدى قدرة الالتزام لصالح الطاقات المتجددة أن يحظى بالأولوية على الاعتبارات الاقتصادية على الرغم من بعض تأثيراتها البيئية.

أولا: الاعتبارات الاقتصادية

في الوقت الذي تشير فيه التقديرات إلى أن مصادر الطاقات المتجددة التي تشكل بدائل ممكنة لا تمثل اليوم سوى جزء ضعيفا من إجمالي إمدادات الطاقة الأولية[1093]، والذي ما زال فيه الانتقال الطاقي مطروحا بحيوية، يظهر نموذج جديد يهم استكشاف واستغلال الهيدروكربونات غير التقليدية، أي الغاز الصخري بواسطة التكسير الهيدروليكي[1094]. حاليا التكسير الهيدروليكي الذي هو تقنية لاستخراج الغاز الصخري غير متوافق مع تحديات الانتقال الطاقي الذي يجعل خيار استخدام الغاز الصخري مخاطرة. ولا يتم هذا الاستغلال إلا في الولايات المتحدة الأمريكية بسبب الإعفاء من القوانين البيئية التي يستفيد منها قطاع الطاقة منذ 2005[1095].

للمزيد من التفاصيل عن هذا النقاش، ينظر المقال المنشور في الموقع الإلكتروني التالي:1091
https://www.simplyscience.ch/fr/jeunes/decouvre/biocarburants-manger-ou-conduire-il-faut-choisir

1092 دخلت السياسة الزراعية المشتركة Politique agricole commune (PAC) للاتحاد الأوروبي حيز التطبيق في 30 يوليوز 1962، وهي عبارة عن شراكة بين الزراعة والمجتمع وبين أوروبا ومزارعيها. تتم إدارتها وتمويلها على المستوى الأوروبي باستخدام موارد من ميزانية الاتحاد الأوروبي. أما أهدافها فهي: دعم المزارعين وتحسين الإنتاجية الزراعية، وضمان إمدادات مستقرة من الغذاء بأسعار في متناول الجميع، وضمان مستوى معيشي لائق للمزارعين في الاتحاد الأوروبي، والمساعدة في مكافحة تغير المناخ وإدارة الموارد الطبيعية على نحو مستدام، والحفاظ على المناطق الريفية والمناظر الطبيعية في جميع أنحاء الاتحاد الأوروبي، وكذا الحفاظ على الاقتصاد الريفي من خلال تعزيز فرص العمل في الزراعة وصناعة الأغذية الزراعية والقطاعات المرتبطة بها.

1093 تقدر حصة الطاقات المتجددة في الاستهلاك النهائي للطاقة العالمية ب 20 %.

1094 التكسير الهيدروليكي هو تقنية تم تطويرها في الولايات المتحدة الأمريكية لاستخراج الغاز من الصخر الزيتي، فهو يتضمن حقن ملايين اللترات من الماء والمواد الكيميائية في باطن الأرض لتكسير الصخر الزيتي والسماح باستخراج الغاز بهذه الطريقة.

وقد مثل الغاز الصخري، على سبيل المثال، 67 % من إنتاج الغاز الطبيعي الجاف في عام 2017.

https://reporterre.net/L-exploitation-du-gaz-de-schiste-devaste-les-Etats-Unis

1095 http://www.assemblée-nationale.fr/13/propositions/pion3301.asp

وتنتشر احتياطات الغاز الصخري في جميع أنحاء العالم، وتعد الولايات المتحدة الأمريكية من بين الدول التي تتوفر على أكبر احتياطات من هذا الغاز: فهي تمتلك 9.300 مليار متر مكعب من الاحتياطات المؤكدة (5 %)[1096]، وأصبحت منذ عام 2017 أكبر منتج للنفط والغاز في العالم[1097].

ويتوفر المغرب بدوره على موارد كبيرة من الصخر الزيتي، حيث يحتل المرتبة السادسة في العالم بعد الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا وجمهورية الكونغو الديمقراطية والبرازيل وإيطاليا بإمكانيات تبلغ 53 مليار برميل من النفط، بما في ذلك أكثر من 37 مليار برميل في المدينتين الرئيسيتين، تيمحضيت وطرفاية[1098].

إن استكشاف واستغلال الزيت والغاز الصخري لا يخلو من عواقب على بيئتنا ومخاطر على صحتنا: تلوث الهواء والتربة وتلوث المياه الجوفية القريبة من الآبار من خلال لفظ المواد الكيميائية والغاز المتسرب، واستهلاك مفرط للمياه في عملية التكسير، وتدمير المناظر الطبيعية من أجل حفر الآبار، والزلازل المحلية، وانبعاثاته من ثاني أكسيد الكربون أقل فقط من طاقة الفحم.

وعلى الرغم من كل هذه الأضرار البيئية، فإن إدارة معلومات الطاقة[1099] (EIA) تتوقع أن يظل النفط والغاز الصخري يوفران نصف موارد الطاقة في 2050[1100]. وحسب هذه الإدارة، تمثل الاحتياطات الهائلة من النفط والغاز الصخري 10 % من إجمالي النفط القابل للاستغلال تقنيا في العالم و32 % من الغاز الصخري.

لحسن الحظ، يحظر حاليا استكشاف واستغلال الغاز الصخري من خلال التكسير الهيدروليكي في كثير من الدول، لاسيما في فرنسا التي لديها منه احتياطات كبيرة[1101].

ثانيا: الاعتبارات البيئية

من باب الهاجس البيئي، نحن نعلم بأن الطاقات المتجددة غير ملوثة، وأنه لا تنبعث منها نفايات مشعة أو غيرها من الأخطار الكامنة في إنتاج الطاقة النووية كما أنها تقلل من انبعاثات غازات الدفيئة والمواد السامة الآتية من الوقود الأحفوري. ومع ذلك، فإن تنميتها المعقلنة والمؤطرة تطرح إشكالات رئيسية. على سبيل المثال، تعتمد الطاقة الشمسية والطاقة الريحية والطاقة الهيدروليكية (بدرجة أقل) على المناخ، وبالتالي، فإن التخطيط لإنتاج هذه الطاقة هو أكثر صعوبة من التخطيط لمحطات الطاقة التقليدية، كما أن توربينات الرياح ومحطات الطاقة الهيدروليكية والزراعات المخصصة لإنتاج الوقود الحيوي كلها مقحمة في الطبيعة. لذلك، فإن تأثر المناظر الطبيعية يفرض بالخصوص وضع تنظيم يحكم تركيب توربينات الرياح ومحطات الطاقة الكهروضوئية على الأرض. كما أن الصراعات على استخدام الأراضي تقتضي بدورها تحديد المساحات الصالحة للزراعة المخصصة لإنتاج الوقود الحيوي.

تلوث الهواء يفرض هو أيضا وضع تنظيم صارم للمنشآت التي تستخدم الكتلة الحيوية من حيث انبعاثات الجسيمات.

المبحث الثاني: ملائمة النظام القانوني والأدوات الدولية للضرورة البيئية

---

https://www.connaissancedesenergies.org/fiche-pedagogique/reserves-de-gaz-dans-le-monde1096

1097منذ عام 2017، أصبحت الولايات المتحدة الأمريكية أكبر منتج للنفط والغاز في العالم ب 721,7 مليون طن من النفط في 2020 (17 % من الإنتاج العالمي)، متقدمة بشكل كبير من خلال إنتاج 36 % أكثر من روسيا (524,4 مليون طن، 12,6 %)، و70 % أكثر من المملكة العربية السعودية (419,6 مليون طن، 12,5 %)، وتهميش العراق (المرتبة الرابعة، 6 %) أو كندا (المرتبة الخامسة، 5 %). بالنسبة للغاز، فإن الصدمة أكثر وضوحا، حيث أنتجت الولايات المتحدة الأمريكية 23,7 % من الإنتاج العالمي في 2020 متقدمة بكثير على روسيا (المرتبة الثانية).

https://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/dossiers-thematiques/geographie-critique-des-ressources

https://energiemines.ma/les-schistes-bitumineux-au-maroc-etat-des-lieux-et-potentialites/1098

EIA : Energy Information Administration.1099

https://reporterre.net/L-exploitation -du-gaz-de-schiste-devaste-les-Etats-Unis1100

1101 في عام 2011، أصدرت فرنسا القانون الذي يحظر هذا الاستغلال، ينظر:

Loi n°2011-835 du 13 juillet 2011 visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et Texte du 13/07/2011. Journal Officiel le 14/07/2011. à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique.

أول محاولة أساسية من جانب المجتمع الدولي لتطوير استراتيجيات استخدام الوقود البديل تتجلى في القرار رقم 1981 المتخذ من قبل مؤتمر الأمم المتحدة حول مصادر الطاقات الجديدة والمتجددة في الدورة الستة والثلاثين للجمعية العامة للأمم المتحدة التي انعقدت بنيروبي عاصمة كينيا في غشت 1981، والمعروف بخطة نيروبي للعمل حول مصادر الطاقات الجديدة والمتجددة. تلته بعد ذلك المذكرة 21 التي اعتمدتها المجموعة الدولية في قمة الأرض المنعقدة بريو دي جانيرو سنة 1992 التي خصصت المادة التاسعة منها للطاقات المتجددة، والتي أشارت إلى الحاجة المتزايدة لتحويل اعتمادنا الطاقي نحو مصادر الطاقة السليمة بيئيا، وخاصة المصادر الجديدة والمتجددة. مؤتمر الأرض شهد أيضا تنامي الوعي الدولي بمخاطر تغير المناخ من خلال تبني اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ[1102]. وقد ترجم بروتوكول كيوتو في دجنبر 1997 في دورته الثالثة التي انعقدت في كيوتو باليابان التزامات كمية مفروضة قانونيا للحد من انبعاثات غازات الدفيئة[1103].

الفقرة الأولى: اتفاقيات الأمم المتحدة بشأن تغير المناخ

اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لعام 1992 هي المعاهدة الأم لاتفاقيات الأمم المتحدة بشأن تغير المناخ، والهدف الأسمى لهذه الاتفاقية هو تثبيت تركيزات غازات الدفيئة في الغلاف الجوي عند مستوى يمنع التدخل البشري الضار بالنظام المناخي، حيث ألزمت الدول الأطراف الصناعية بالوصول إلى المستهدف في تخفيض انبعاثات غازات الدفيئة بنسبة 5 % على الأقل عن مستوياتها في 1990 وذلك خلال فترة الالتزام الأولى الممتدة من 2008 إلى 2012.

بالإضافة إلى الدول المتعاقدة، الاتحاد الأوروبي هو طرف في هذا البروتوكول، والمغرب أيضا. أما الولايات المتحدة الأمريكية وعلى الرغم من توقيعها على البروتوكول. إلا أنها لم تصادق عليه، وبالتالي لم تكن لديها التزامات كمية للحد من انبعاثاتها في الفترة الممتدة من 2008 إلى 2012.

وفي عام 2005، وهو تاريخ دخول بروتوكول كيوتو حيز التنفيذ، بدأ المجتمع الدولي مفاوضات حول نظام مناخي جديد لما بعد 2012، فوافقت جميع الدول لأول مرة في مؤتمر ديربان للأمم المتحدة للتغير المناخي (كوب 17) المنعقد في دجنبر 2011 بجنوب افريقيا على الانضمام إلى اتفاق دولي للحد من انبعاثات غازات الدفيئة[1104]. قرار ديربان أقر بضرورة اتخاذ جميع الدول لإجراءات عاجلة لمواجهة تهديدات التغيرات المناخية. أما قواعده، فقد حددت في قطر خلال مؤتمر **تغير المناخ بالدوحة** في دجنبر 2012، حيث تقررت فترة التزام ثانية لبروتوكول كيوتو.

الدوحة مهدت الطريق لإعداد اتفاق دولي من أجل محاولة تثبيت تركيز 2 درجة مئوية من الاحتباس الحراري الإجمالي لكوكب الأرض ملزمة بذلك الدول على تخفيض انبعاثاتها. فترة الالتزام الثانية هذه امتدت من 1 يناير 2013 إلى 31 دجنبر 2020. وقد دخل الاتفاق حيز التنفيذ بحلول عام 2020. أما قمة ريو + 20 التي انعقدت في 20 يونيو 2012، فقد عملت من جهتها على تقوية الدعم للوصول إلى الطاقات المتجددة عبر دعم الجهود والمبادرات الجارية، ولاسيما مؤتمر مبادرة باريس– نيروبي للمناخ من أجل الحصول

1102 تعد اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ إحدى الاتفاقيات الثلاث التي تم اعتمادها في قمة الأرض في ريو عام 1992 إلى جانب اتفاقية تغير المناخ والتنوع البيولوجي واتفاقية مكافحة التصحر. وقعت هذه الاتفاقية في 9 ماي 1992، ودخلت حيز التنفيذ في 21 مارس 1994، وصادق عليها المغرب في 28 دجنبر 1995.

ظهير شريف رقم 93-96-1 صادر في 19 من شعبان 1422 (5 نوفمبر 2001) بنشر اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ الموقعة بنيويورك في 9 ماي 1992. الجريدة الرسمية، 25 أبريل 2002، عدد 4998، ص 1087.

1103 اعتمد بروتوكول كيوتو الملحق باتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ في 11 دجنبر 1997، ودخل حيز التنفيذ في 16 فبراير 2005، وصادق عليه المغرب في 25 يناير 2002.

ظهير شريف رقم 333-01-1 صادر في 19 من محرم 1423 (3 أبريل 2002) بنشر بروتوكول كيوتو الملحق باتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ الموقع بكيوتو في 11 ديسمبر 1997. الجريدة الرسمية، 3 يوليوز 2003، عدد 5122، ص 2226.

يهدف بروتوكول كيوتو إلى الحد من انبعاث أربعة من الغازات الدفيئة (ثاني أكسيد الكربون CO_2، والميثان CH_4، وأكسيد النيتروز N_2O، وسداسي فلوريد الكبريت Hexafluorure de soufre.

1104 شكل مؤتمر ديربان الدولي لتغير المناخ المنعقد في دجنبر 2011 الدورة السابعة عشر للدول الأعضاء في اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، والاجتماع السابع للأطراف في بروتوكول كيوتو. لم يضع المؤتمر اتفاقية، إلا أنه وافق على إبرام اتفاق ملزم قانونا لجميع الدول بحلول عام 2015. وتميزت أعماله عن المؤتمرات الأممية السابقة بأبعاده حول بحث القضايا العالقة وتوضيح الأهداف والحد من انبعاثات الغازات المسببة للاحتباس الحراري.

على الطاقات النظيفة في افريقيا، ومبادرة الأمم المتحدة "الطاقة المستدامة للجميع"(SE4ALL) Energie durable pour tous التي تهدف بحلول 2030 إلى ضمان حصول الجميع على الخدمات الطاقية الحديثة[1105]، ومضاعفة حصة الطاقات المتجددة في حزمة الطاقة عموما، ومضاعفة المستوى العام لتحسين الكفاءة الطاقية. كما أكد نص ريو + 20 الالتزام بالنصوص السابقة للأمم المتحدة المبنية على مبادئ ريودي جانيرو 1992 المدونة في المذكرة 21، وخطة جوهانسبورغ 2002 التي تدعم الجهود المحلية والإقليمية والدولية لتسريع عملية تطوير الطاقات المتجددة.

إذن، يتبين أن من بين الاتفاقيات البيئية المتعددة الأطراف التي تضع الأسس القانونية والمؤسسية للتعامل مع التحديات البيئية العالمية، والتي تلعب دورا هاما في تعزيز الاقتصاد الأخضر والطاقات المتجددة، الأكثر قدرة على التأثير على هذا الانتقال، هي اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ لمكافحة انبعاث الغازات المسببة للاحتباس الحراري، وتحفيز نمو إنتاج الطاقات المتجددة، لأن التزام المجتمع الدولي في إطار مفاوضات المناخ للحصول على الطاقات النظيفة هو شرط أساسي لتحقيق الهدف في مواجهة الحد من انبعاثات غازات الدفيئة. إن الطاقات المتجددة ملتزمة بحماية البيئة ولا غنى عنها في هذه المعركة.

ينضاف إلى هذه الجهود الدولية، كل من اتفاق باريس حول المناخ أو (كوب 21) الذي وضع أهدافا جديدة لمكافحة تغير المناخ في عام 2015، ويهدف على المدى الطويل إلى الحد بشكل كبير من ظاهرة الاحتباس الحراري العالمية، وذلك من خلال إبقاء الزيادة في متوسط درجة حرارة الكوكب في أقل من درجتين مئويتين مع السعي إلى الحد من الزيادة إلى 1,5 درجة مئوية[1106].

ومؤتمر دبي بشأن تغير المناخ 2023 أو (كوب 28) الذي عقد في الفترة الممتدة من 30 نوفمبر إلى 12 دجنبر 2023 بدبي في ظل أحداث مناخية قاسية تم تحطيم فيها العديد من الأرقام القياسية[1107]. وافقت الدول المشاركة في هذا المؤتمر على "التحول بعيدا عن الوقود الأحفوري"، وهي المرة الأولى من نوعها في مؤتمر للأمم المتحدة للمناخ، لكن بالرغم من ذلك، فإن الاتفاق ظل مقصرا بشأن الدعوة التي كان يعول عليها وهي، التخلص التدريجي من النفط والفحم والغاز، أي الوقود الأحفوري المساهم الرئيسي في العالم في تغير المناخ[1108].

وللإشارة، فإن المغرب يمنح دعما أولويا للسياسات الوطنية حول المناخ ولثلاث من الصكوك القانونية التي اعتمدها المجتمع الدولي (اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ 1992، وبروتوكول كيوتو 2002 واتفاق باريس حول المناخ 2005).

الفقرة الثانية: التدابير المعيارية والتحفيزية

تتجلى هذه التدابير فيما يلي:

أولا: السوق الدولية لبروتوكول كيوتو

1105 *أعلنت الجمعية العامة لأمم المتحدة سنة 2012 السنة الدولية للطاقة المستدامة للجميع.*

1106 اتفاق باريس هو معاهدة دولية ملزمة قانونا بشأن تغير المناخ تم اعتمادها في مؤتمر الأمم المتحدة المعني بتغير المناخ في باريس بتاريخ 12 ديسمبر 2015. ودخل حيز التنفيذ في 4 نوفمبر 2016، أي بعد أقل من عام. وقد صادق المغرب بتاريخ 21 سبتمبر 2016 على هذه الوثيقة الدولية أيضا. ينظر:

- ظهير شريف رقم 1-16-147 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016) بتنفيذ القانون رقم 16-42 الموافق بموجبه على اتفاق باريس بشأن تغير المناخ، المعتمد بباريس في 12 ديسمبر 2015. الجريدة الرسمية، 15 سبتمبر 2016، عدد 6500، ص 6580.

- ظهير شريف رقم 1-16-157 صادر في 8 صفر 1438 (8 نوفمبر 2016) بنشر اتفاق باريس بشأن تغير المناخ، المعتمد بباريس في 12 ديسمبر 2015. الجريدة الرسمية، 10 نوفمبر 2016، عدد 6516، ص 7606.

1107 يوم الثلاثاء 9 يناير 2024، أعلنت خدمة "كوبرنيكوس" Copernicus لتغير المناخ التابعة للاتحاد الأوروبي، أن عام 2023 كان أكثر حرارة في العالم بمقدار 1.48 درجة مئوية عن مناخ ما قبل عصر الصناعة، مؤكدة أنه الأعلى حرارة في تاريخ الكوكب.

https://www.bfmtv.com/environnement/climat/climat-2023-a-ete-l-annee-la-plus-chaude-jamais-enregistree-dans-le-monde

رسميا، فإن عام 2023 هو الأكثر حرارة على الإطلاق بسبب التغيرات المناخية. ويوضح هذا مدى اقتراب العالم بشكل غير مريح من درجة الحرارة 1.5 درجة مئوية لمدة عام واحد.

1108 مؤتمر دبي لتغير المناخ 2023 أو (كوب 28) هو مؤتمر دولي للأمم المتحدة انعقد في الفترة من 30 نوفمبر إلى 12 ديسمبر 2023 في دبي، الإمارات العربية المتحدة. إنه المؤتمر الثامن والعشرون للأطراف (ومن هنا اسمه المختصر)، ويجمع ممثلي الدول الموقعة على اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ. ويشكل أيضا الاجتماع الثامن عشر لأطراف بروتوكول كيوتو والاجتماع الخامس للأطراف في اتفاق باريس لعام 2015.

وقد عرف هذا المؤتمر نقاشا واسعا في اختتام أعماله بخصوص الدعوة إلى "التخلص التدريجي" من الوقود الأحفوري" أو "التحول التدريجي" عن الوقود الأحفوري.

تفرض الاتفاقيات الدولية الرامية إلى الحد من انبعاثات غازات الدفيئة أهدافا ترافقها تدابير معيارية وتحفيزية. وهكذا أنشأ هذا البروتوكول سوقا تقوم على توزيع وحدات الكمية المسندة (UQA)[1109] للبلدان الغنية في المرفق الثاني[1110]. تحصل كل دولة على عدد من وحدات الكمية المسندة المتوافقة مع ميزانية انبعاثات غازات الدفيئة الخاصة بها التي حددها البروتوكول[1111]. وبعد ذلك يتم توزيع الحصص حسب القطاعات والمؤسسات.

ويسمح البروتوكول لتلك الدول التي ادخرت انبعاثات غازات الدفيئة بيع الفائض منها إلى البلدان التي تجاوزت أهدافها. أما البلد الذي تجاوز سقفه، فيمكن له شراء احترام التزاماته.

إذن، وحدات كمية مسندة إضافية من السوق الدولي، ولكن السعر يمكن أن يكون باهضا. وكلما كانت التكلفة مرتفعة إلا وشعرت الدولة بالضغوط من أجل تعزيز تنمية مصادر الطاقات المتجددة. لهذا، فإن سوق الكربون تمكن الدول من تحقيق أهدافها.

ثانيا: النظام الأوربي للحصص

تضاف هذه التدابير إلى الحافز الذي يقدمه الاتحاد الأوروبي المتمثل في إنشاء آلية مشتركة لحقوق الانبعاثات تُخضع مجموع الدول الأعضاء والقطاعات الأوربية الأكثر انبعاثا لسقف ثاني أكسيد الكربون، حيث أنشأ الاتحاد الأوروبي منذ 1 يناير 2005 نظام الاتحاد الأوروبي لتداول الانبعاثات [1112](SCEQE)،

أو مخطط الاتحاد الأوروبي لتجارة الانبعاثات[1113](EU ETS) والذي نفذ في إطار تصديقه على بروتوكول كيوتو. ويعمل هذا النظام أيضا وفقا لآلية تحديد سقف للانبعاثات ومقايضتها [1114](Cap and Trade).

بورصة الكربون هذه أداة قائمة على السوق تسمح لكل دولة بشراء أو بيع "حقها في التلويث"، حيث تخصص للشركات حصة مجانية لانبعاثات ثاني أكسيد الكربون، والتي تتجاوز سقفها من الانبعاثات تعاقب إما من خلال تعديل تركيبها، أو شراء حصص إضافية بسعر السوق من الشركات الفاضلة بيئيا. هذه الحصص تسري فقط على كبار الملوثين (الصناعات ومنتجي الكهرباء)، وبالتالي، لا تؤثر على الشركات الصغيرة والمتوسطة ولا على الأسر. كما أنه لا ينظر إليها على أنها ضريبة إضافية، على عكس ضريبة الكربون.

1109 Unités de Quantité Attribuée:UQA

للتوضيح، فإن كل وحدة من وحدات كمية مسندة تساوي طنا واحدا من ثاني أكسيد الكربون.

1110 بلدان المرفق الثاني والمدرجة في المرفق الثاني من بروتوكول كيوتو، هم الأغلبية الكبيرة من بلدان المرفق الأول المدرجة في المرفق الأول من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ. وهي البلدان الغنية التالية: ألمانيا، استراليا، النمسا، بلجيكا، كندا، الدنمارك، إسبانيا، الولايات المتحدة الأمريكية، فلندا، فرنسا، اليونان، إيرلندا، إيسلندا، إيطاليا، اليابان، لوكسمبورغ، النرويج، نيوزيلندا، هولندا، البرتغال، المملكة المتحدة، السويد، سويسرا، تركيا. والبلدان التي تمر بمرحلة انتقالية إلى اقتصاد السوق، وهي: روسيا البيضاء، بلغاريا، استونيا، روسيا والمجر، لاتفيا، ليتوانيا، بولندا، رومانيا، تشيكوسلوفاكيا، أوكرانيا.

ومع ذلك، فإن البلدان المدرجة في المرفق الأول انضمت إليها كل من كرواتيا وليختنشتاين وموناكو وسلوفينيا.

1111 المادة الثالثة من بروتوكول كيوتو 1997.

1112 SCEQE : Système Communautaire d'Echange de Quotas d'Emission

هذا، وتمثل كل حصة طنا واحدا من غازات الدفيئة، معبرا عنها بما يعادل ثاني أكسيد الكربون. سوق الكربون هذه أداة قائمة على سوق طوكيو (أو صكوك طوكيو)، وترمي إلى التخفيض من الانبعاثات العالمية لثاني أكسيد الكربون، وبلوغ الأهداف المحددة للدول في بروتوكول كيوتو.

1113 European Union Emissions Trading System EU ETS:

1114 cap and Trade هو مصطلح شائع لبرنامج تنظيمي حكومي يهدف إلى الحد من المستوى الإجمالي لانبعاثات بعض المواد الكيميائية، وخاصة ثاني أكسيد الكربون، نتيجة للنشاط الصناعي. يتم منح الشركة التي تنبعث منها الحد الأدنى المسموح به من غازات الدفيئة ائتمانا، والتي يمكن أن تبيعها للشركات الأخرى. تحفز هذه الآلية الشركات على تقليل انبعاثات غازات الدفيئة، لأنها تتيح لها تداول الاعتمادات مع الشركات التي قد تواجه صعوبة في تلبية حدود الانبعاثات الخاصة بها.

ISSN:2509-0291

وفي الوقت نفسه، تم فرض ضريبة الكربون، وهي ضريبة بيئية تحددها كل دولة على انبعاثات غازات الدفيئة التي تهدف إلى الحد منها[1115]. تميل استنادا إلى مبدأ " الملوث يدفع الثمن" إلى وضع حد للاستخدام المجاني للغلاف الجوي من خلال تطبيق سعر على الانبعاثات يعكس تكلفة التدهور الناجم عن هذه الانبعاثات.

ثالثا: الضريبة البيئية

إن القانون البيئي في ضوء مساهمته في تنمية الطاقات المتجددة بفضل الصكوك القائمة التي تعطي الأولوية لتثمين الطاقات النظيفة للتخفيف من تغير المناخ والتي تكون مصحوبة على مستوى كل دولة بتدابير تحفيزية محددة تدعم التكامل الاجتماعي للطاقات المتجددة وكفاءة الطاقة. هذه التدابير تطبق على الجميع بشكل موحد، وهي بهذا المعنى، أداة قانونية محايدة اجتماعيا. وللوفاء بالتزاماتها، وبغض النظر عن أهداف الحد من استهلاك الطاقة ومنع هدر الطاقة، أصدرت العديد من دول الاتحاد الأوروبي حوافز ومساعدات ضريبية بيئية لمساعدة منتجي الكهرباء من مصادر متجددة مثل تعريفة إعادة الشراء المضمون (TRG) أو الائتمان الضريبي[1116].

وعلى العكس من ذلك، نلاحظ أن هناك توافقا لدى جميع المدافعين عن الطاقات المتجددة حول كون الدعم المقدم لصالح استهلاك الوقود الأحفوري يحرف السوق فيما يتعلق بالاستثمار في تكنولوجيات الطاقات المتجددة ويشكل عائقا كبيرا أمام تطورها. ووفقا لحسابات صندوق النقد الدولي، وصل دعم الوقود الأحفوري إلى مستوى قياسي قدره 7000 مليار دولار أمريكي في عام 2022. ويمثل هذا الدعم الآن أكثر من 7 % من الناتج المحلي الإجمالي العالمي[1117].

إن هذه المساعدات المقدمة على أنها إعانات هي ضارة بالبيئة لأنها تتعارض مع مبدأ "الملوث يدفع الثمن"، وذلك من خلال الحفاظ على ميزة تنافسية للقطاعات الأكثر تلويثا وتقويض تحقيق الأهداف البيئية وإبطاء نمو قطاعات المستقبل. وتشمل هذه المساعدات على وجه الخصوص الإعفاء على الكيروسين (وقود الطائرة) ومصافي تكرير البترول.

ومن شأن خفض إعانات الدعم هذه المقدمة للوقود الأحفوري أن يحسن جودة الهواء، ويدر الإيرادات، ويقدم مساهمة حاسمة في إبطاء تغير المناخ. لهذا برزت مبادرة إصلاح دعم الوقود الأحفوري [1118](RSCF) التي تسعى إلى ترشيد والتخلص التدريجي من دعم الوقود الأحفوري غير الفعال الذي يحفز الهدر.

رابعا: الاقتصاد الأخضر

وصلت انبعاثات غازات الدفيئة العالمية إلى مستوى قياسي ب 55 مليار طن في عام 2021 وحده، وفقا لدراسة دولية واسعة[1119]، مما يقودنا لأكثر التوقعات تفاؤلا وهي ارتفاع درجات الحرارة في العقود المقبلة بأكثر من درجتين مئويتين، وإلى سلسلة من الأزمات

1115دخلت ضريبة الكربون الأوروبية المعروفة بآلية تعديل الكربون على الحدود الأوروبية Mécanisme d'Ajustement Carbonne aux Frontières المعروفة اختصارا ب (MACF) حيز التنفيذ رسميا في 1 أكتوبر 2023. بفضل آلية تعديل الكربون على الحدود الأوروبية الجديدة سيحدد الاتحاد الأوروبي سقف انبعاثات غازات الدفيئة التي يعتبر النشاط الاقتصادي إذا تجاوزها تلوثا.

1116 تعريفة إعادة الشراء المضمون Tarif de rachat garanties (TRG) هي آلية سياسية تهدف إلى تسريع الاستثمار في تكنولوجيات الطاقة المتجددة. تشجع تعريفة إعادة الشراء المضمون الشركات على إنتاج الكهرباء من مصادر متجددة من خلال ضمان شراء الكهرباء من قبل المؤسسات العمومية بسعر مضمون ولفترة محددة. كما تؤدي نفقات معدات إنتاج الطاقة التي تستخدم طاقة متجددة إلى الحصول على ائتمان ضريبي فيما يتعلق بضريبة الدخل.

1117وفقا لصندوق النقد الدولي، فإن إلغاء دعم الوقود الأحفوري لن يعيد البشرية إلى المسار الصحيح لتحقيق أهدافها المناخية فقط، بل سيجنب أيضا 1,6 مليون حالة وفاة مبكرة سنويا ويزيد الإيرادات العامة بمقدار 4,4 مليار دولار. ويمثل هذا حاليا أكثر من الإنفاق السنوي على التعليم في جميع أنحاء العالم (4,3 من الناتج المحلي الإجمالي العالمي)، وحوالي ثلثي الإنفاق السنوي على الصحة العامة (10,9%).

http://fr.statista.com/infographie/31020/subventions-combustibles-fossiles

1118 RSCF : Réforme des Subventions aux Combustibles Fossiles.

1119 L'express du 8/6/2023.

(البيئية والغذائية والهيدرولوجية والموارد)[1120]، وللأكثر تشاؤما للبنك الدولي الذي يرى أن من واجب الدول أن تفعل ما هو أفضل بكثير لتفادي مخاطر ارتفاع متوسط درجة الحرارة العالمية بمقدار 4 درجات مئوية وليس بدرجتين مئويتين على النحو المتوقع من دول العالم. هذه الزيادة التي ستؤدي إلى نقص التغذية وسوء التغذية، وموجات حر غير مسبوقة في العديد من المناطق، وتفاقم ندرة المياه بشكل كبير في العديد من المناطق، وزيادة الأعاصير المدارية، وفقدان لا رجعة فيه للتنوع البيولوجي، وستضرب آثار هذه الزيادة المناطق الأكثر فقرا في العالم.

ووفقا لتقرير البنك الدولي المنشور في 2012، فإنه حتى ولو احترمت البلدان التزاماتها الحالية بالحد من انبعاثات غازات الدفيئة، فإن متوسط درجة الحرارة العالمية الذي يتجاوز مستويات ما قبل الصناعة بنحو 0,8 درجة مئوية، قد يرتفع بمقدار 4 درجة مئوية بحلول عام 2100. أما إذا لم يلتزموا، فإن هذا الارتفاع سوف يتحقق في 2060[1121]. أما الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ (GIEC)[1122]، التي تضم خبراء المناخ المفوضين من قبل الأمم المتحدة لتقييم أسباب وعواقب تغير المناخ المستمر، فهي تتوقع أن يتم الوصول إلى العتبة البالغة 1,5 درجة مئوية بحلول الأعوام 2030-2035[1123].

وللإشارة، أنهت هذه الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ في عام 2008 دراسة مهمة حول تطور 829 نظاما بيئيا، و800 28 نباتا وحيوانا منذ عام 1970. وقد لاحظت أن أكثر من 90 % من التغيرات في البيئات المادية (ذوبان الأنهار الجليدية، وانخفاض التربة الصقيعية، وزيادة درجة حرارة المجاري المائية) على الحيوانات والنباتات قد ارتبط بتطور درجات الحرارة[1124].

فعلا، إن ارتفاع مستوى سطح البحار والمحيطات لم يكن أبدا بهذه السرعة خلال العقدين الأخيرين، وارتفاع قياسي في درجات الحرارة في عدد من مناطق العالم، وندرة المياه في العديد من دول العالم.

لهذا، اتفقت الحكومات في مؤتمر ريو + 20 على أن الاقتصاد الأخضر يبقى أداة هامة للتنمية المستدامة، ويمكن أن يدفع النمو الاقتصادي والعمالة والقضاء على الفقر وضمان العدالة في تقسيم الموارد بين الأجيال، مع الحفاظ على الأداء الصحي للنظم الإيكولوجية للأرض.

وتعتمد عملية التحول نحو الاقتصاد الأخضر على مجموعة من القطاعات الرئيسية في الاقتصاد، ولعل القطاع الرائد في هذا الصدد هو قطاع الطاقة من خلال الانتقال إلى مصادر الطاقة المتجددة للحصول على اقتصاد منخفض الكربون يتسم بالكفاءة بالنسبة لاستخدام الموارد والشمولية الاجتماعية.

خاتمة:

التساؤل سيظل قائما: هل لا تزال البشرية تواجه تحدياتها؟ أزمة المناخ تتطور وتتفاقم على الرغم من المؤتمرات الدبلوماسية والمخططات الوطنية؟ هل يسير العالم على المسار الصحيح للحد من الاحتباس الحراري العالمي والحد من عواقبه؟

في 20 نوفمبر 2023، نشر برنامج الأمم المتحدة للبيئة "تقريره "فجوة الانبعاثات" Emission Gap Report. وبحسب هذه الدراسة، زادت الانبعاثات بنسبة 1, 2 % بين عامي 2021 و2022 لتصل إلى ذروة جديدة تبلغ 57,4 جيجا طن من مكافئ ثاني أكسيد الكربون، مما يضع الأرض على طريق ارتفاع درجة الحرارة من 2,5 درجة مئوية إلى 2,9 درجة مئوية بحلول نهاية القرن[1125].

1120 بالفعل تسبب ارتفاع المعدل العالمي لدرجات الحرارة خلال السنوات الأخيرة في تغيرات مناخية كبيرة، تسارع الرياح والأعاصير المدارية وموجات الحرارة والغطاء الثلجي، وتغيير مستوى البحر. وهذه التغييرات تنطوي على خطر الفياضات في بعض المناطق والجفاف في أخرى (خاصة في منطقة البحر الأبيض المتوسط)، وتغيير النظم الإيكولوجية بسرعة كبيرة والإسراع في فقدان التنوع البيولوجي وتحمض المحيطات.

1121http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2012/11/18/new-report-examines- risks-of-degree-hotter-world-by-end-of-century

1122GIEC : Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat.

1123 https://www.nouvelobs.com/ecologie/20231005.OBS79067/la-temperature-moyenne-dans-le-monde-depuis-janvier-est-1-4-c-plus-chaude-qu-a-l-ere-preindustrielle

1124 https://www.cairn.info/regards-sur-la-terre-2009--9782724610918-page-12.htm

1125 https://www.lemonde.fr/planete/article/2023/11/20/rapport-du-pnue-sur-le-rechauffement-nous-sommes-en-train-de-ruiner-notre-budget-carbone_6201285_3244.html

وقد حث الأمين العام للأمم المتحدة "أنطونيو غوتيريش" Antonio Guterres في مؤتمر دبي 2023 بشأن تغير المناخ رؤساء الدول على توسيع نطاق سياساتهم المناخية قائلا: "يجب على القادة مضاعفة جهودهم بشكل مذهل، مع طموحات قياسية وأفعال قياسية وتخفيضات قياسية في الانبعاثات".

فهل يعني هذا أن التقدم في التكيف مع تغير المناخ يتباطأ على كافة الجبهات، في حين ينبغي تسريعه من أجل تدارك الآثار والمخاطر المتزايدة لتغير المناخ.

وبينما نصر، على مستوى الكوكب، على ضرورة التحرك بسرعة – في أفق عام 2050 – إذا أردنا الحد من الزيادة في متوسط درجة الحرارة إلى 1,5 درجة مئوية قبل نهاية القرن، وخفض استخدام الوقود الأحفوري إلى النصف والدفع بالطاقة الشمسية والطاقة الريحية إلى توفير 50 % من الطاقة، وبالتالي السماح لكوكبنا بالوصول إلى "الحياد الكربوني" في عام 2050، أي حيث لا توجد انبعاثات ثاني أكسيد الكربون أكثر مما يمكن التقاطه.

إن الطريق ممكن، لكنه ضروري ومهم، حتى يتمكن القانون بطابعه الإلزامي من لعب دور أكثر أهمية في توجيه السلوك، لابد من التفكير في اتفاقية متعددة الأطراف بشأن تعزيز الطاقات المتجددة، وحالة الغلاف الجوي، وتركيز غازات الدفيئة. هذه الاتفاقية المتعددة الأطراف ضرورية ولا غنى عنها. ويجب أن تلزم أحكامها الأطراف بوضع أهداف وبرامج دقيقة وموجهة. ولكي نكون واقعيين، ينبغي لهذه الاتفاقية أن تتضمن التخلص التدريجي من الوقود الأحفوري وتوقيف كافة مشاريع الوقود الأحفوري الجديدة والإلغاء التدريجي لإعانات دعم الوقود الأحفوري غير الفعالة على مستوى العالم.

للأسف، مؤتمر دبي 2023 بشأن تغير المناخ خلص إلى نتيجة "التحول التدريجي" عن الوقود الأحفوري بدلا من "التخلص التدريجي" من الوقود الأحفوري.

سنختم بكلمة الأمين العام للأمم المتحدة "أنطونيو غوتيريش": **" إلى أولئك الذين عارضوا الإشارة الواضحة إلى التخلص التدريجي من الوقود الأحفوري في مسودة مؤتمر الأطراف الثامن والعشرين، أريد أن أقول إن التخلص التدريجي منه هو أمر لا مفر منه سواء شاءوا ذلك أم لا. دعونا نأمل ألا يحدث ذلك بعد فوات الأوان ".**

ومن جهتنا نأمل: "أن لا يعيش أطفالنا في عالم مختلف تماما عما نعيشه اليوم"

ISSN:2509-0291

المسؤولية والعقاب عن الجرائم البيئية في الشريعة الاسلامية "دراسة تحليلية وتأصيلية"

"Responsibility and Punishment for Environmental Crimes in Islamic Law

الدكتورة : غزلان ناصح
دكتورة باحثة في العلوم القانونية والشرعية

ملخص البحث

اهتم الإسلام بالبيئة اهتماما كبيرا، وذلك بوضع القواعد التي تضمن سلامتها واستقرارها وجمالها وعدم إفسادها، والمحافظة على مواردها المختلفة من العبث، وهذا ينسجم مع نظرة الإسلام إلى الكون الذي هو من صنع الله تعالى وتدبيره.

لذلك ارتأيت أن أتطرق من خلال هذا البحث إلى التركيز على موضوع حماية البيئة من وجهة نظر التشريع الإسلامي وصيانتها تحت عنوان "المسؤولية والعقاب عن الجرائم البيئية في الشريعة الإسلامية"، وذلك اقتناعا مني للمكانة العظيمة التي تحظى بها، ولكونها ترتبط ارتباطا وثيقا بسلوك الأفراد والمجتمعات.

وأخذا بما سبق، فبحثنا هذا يعتبر مساهمة في الوقوف على إظهار الدور المشرق للشريعة الإسلامية في الحفاظ على البيئة ورعايتها من خلال الكشف على المنهج التشريعي وبيان الآليات المتبعة في سبيل ذلك، وكذا إثراء المكتبة الإسلامية بموضوعات تساهم في توظيف الفقه الإسلامي في حل القضايا التي تواجه المسلم في عصرنا الحالي.

Abstract of the research

Islam has paid great attention to the environment, by setting rules that guarantee its safety, stability, beauty and non-corruption, and preserving its various resources from tampering, and this is consistent with Islam's view of the universe, which is the creation and management of God Almighty.

Therefore, I decided to address through this research to focus on the subject of protecting the environment from the perspective of Islamic legislation and maintaining it under the title "Responsibility and Punishment for Environmental Crimes in Islamic Law", out of my conviction of the great status it enjoys, and because it is closely linked to the behavior of individuals and societies.

Taking the above into account, our research is considered a contribution to standing on showing the bright role of Islamic law in preserving and caring for the environment by revealing the legislative approach and explaining the mechanisms followed for this purpose, as well as enriching the Islamic library with topics that contribute to employing Islamic jurisprudence in solving the issues facing Muslims in our current era .

مقدمة

لقد كان للشريعة الإسلامية السبق في الاهتمام بالبيئة ورعايتها، ولم يقتصر الأمر على مجرد الاهتمام فقط، بل تطرقت إلى سبل المحافظة عليها في مواقف عدة، ووضع ضوابط وتعزيرات تطبق على المعتدين والمنتهكين للبيئة.

فالإسلام اهتم بالبيئة اهتماما كبيرا، وذلك في وضع القواعد التي تضمن سلامتها واستقرارها وجمالها وعدم إفسادها، والمحافظة على مواردها المختلفة من العبث، وهذا ينسجم مع نظرة الإسلام إلى الكون الذي هو من صنع الله تعالى وتدبيره.

فالوعي البيئي وحماية الموارد الطبيعية هي جزء لا يتجزأ من المعتقدات الإسلامية، لأن الواقع في قضايا البيئة وما تضمنته من أبعاد متشعبة ومشكلات متعددة نجدها قد طرحت نفسها في العقود الأخيرة كواحدة من أهم القضايا في العصر الحديث، إن لم تكن أخطرها على الإطلاق.

لذلك ارتأيت أن تكون دراستي مركزة على موضوع حماية البيئة من وجهة نظر التشريع الإسلامي وصيانتها تحت عنوان "المسؤولية والعقاب عن الجرائم البيئية في الشريعة الاسلامية"، وذلك اقتناعا مني للمكانة العظيمة التي تحظى بها، ولكونها ترتبط ارتباطا وثيقا بسلوك الأفراد والمجتمعات، وتبرز أهمية الموضوع في الإحاطة بجانبين :

. الجانب النظري : وهو البحث عن الدلالات والمفاهيم البيئية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية وتعميقها لدى الأجيال القادمة بهدف خلق الوعي البيئي طبقا لأهداف الإسلام، وكذا إظهار الدور المشرق للشريعة الإسلامية في الحفاظ على البيئة ورعايتها من خلال الكشف على المنهج التشريعي وبيان الآليات المتبعة في سبيل ذلك، ناهيك عن إثراء المكتبة الإسلامية بموضوعات تساهم في توظيف الفقه الإسلامي في حل القضايا التي تواجه المسلم في عصرنا الحالي.

. الجانب الإجرائي : يتمثل في إبراز النصوص الشرعية التي تزخر بها شريعتنا، والضوابط الشرعية الحاكمة لتصرفات الإنسان مع البيئة وحدودها، وكذا بيان جانب المسؤولية والعقاب من حيث الآليات الرقابية والعقابية التي دعت الشريعة الإسلامية لإقامتها، والتي تساهم في الحفاظ على البيئة ورعايتها، ومدى القدرة على توظيف هذه الآليات في الواقع المعاصر.

وسأعتمد بحول الله تعالى على المنهج الوصفي، الإستدلالي، الاستقرائي والتحليلي، وذلك بوصف وتعريف كل ما يتطرق إليه البحث من مصطلحات وتعاريف تتعلق بموضوع البيئة من وجهة نظر إسلامية، واستقراء للنصوص الشرعية والواعد الفقهية والتشريعات، والاستدلال بكل ما تتضمنه من مفاهيم ومبادئ وأسس وأفكار متعلقة بالبيئة والتي شرعها الإسلام لحمايتها، والاطلاع على رأي العلماء فيها، ثم تحليلها ومناقشتها للوصول إلى منهج متكامل لحماية البيئة ورعايتها في الشريعة الإسلامية.

لقد اقتضت طبيعة البحث أن يتكون من مقدمة ومبحثين وخاتمة، لذلك ارتأيت أن أسلك في بحثي التقسيم التالي يتكون من:

المبحث الأول : المسؤولية عن جرائم البيئة في الشريعة الاسلامية

المبحث الثاني: العقوبات والتدابير البيئية المقررة في التشريع الاسلامي

تمهيد :

يمكن تعريف الجريمة البيئية هي تلك الأفعال المحرمة شرعا من لدن حكيم عليم، والتي تمس الطبيعة الكونية الأرضية، المتكونة من الإنسان، الماء، النبات، الحيوانات، المناخ والهواء والتي أودعها الله سبحانه وتعالى أمانة لكل دابة في الأرض، لأن الناظر إلى البيئة أو الطبيعة أو الكون إلا ويرى قدرة الله العلي القدير.

وإذا توافرت أركان الجريمة علينا أن نبحث في تحديد المسؤولية والتي يقصد بها المؤاخذة، إذ يقول الله تعالى ﴿ تلك أمة قد خلت لها ما كسبت ولكم ما كسبتم ولا تسألون عما كانوا يعملون﴾[1126]، أي لا يؤاخذ أحد بذنب أحد.

وإذا تم تحديد المسؤولية علينا أن نبحث في الجزاء الذي يستحقه مرتكب الجريمة، فإذا لم تقع المسؤولية لا تقع الجريمة ولا يوقع الجزاء، اذن سنتناول هذا البحث من خلال مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول لأنواع المسؤولية لمرتكب الجريمة البيئية، أما المبحث الثاني سنتناول فيه العقاب المترتب عن المساس بالبيئة.

المبحث الأول : المسؤولية عن جرائم البيئة في الشريعة الاسلامية

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أن العقوبة شخصية، بمعنى لا تقع إلا على مرتكب الفعل المجرم، لكن قد يسأل المتبوع مدنيا بالضمان عن أعمال تابعه، سواء كان هذا التابع إبنا أو أجيرا أو تلميذا، أما جنائيا فيكون غير مسؤول عما ارتكبه هؤلاء من أعمال وتصرفات مجرمة.

إلا أن الحقيقة التي يمكن إقرارها، والتي أخذ بها التشريع الإسلامي هي أن المسؤولية عن فعل الغير ليست حقيقية، لكنها مسؤولية شخصية عن فعل ارتكبه ماديا الغير[1127]، وبالتالي فمتى ثبت الخطأ الشخصي للتابع سئل الجميع أي التابع والمتبوع، لقوله تعالى ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[1128]، كما تثير فكرة مسؤولية الأشخاص

المعنوية وما يتعلق بها من أحكام، إبراز أسبقية الفقه الإسلامي في الاهتمام بالجانب العملي وضرورة تطبيق هذه الأحكام على الجرائم البيئية، هذا ما سنحاول تقصيه من خلال استقراء منظور الشريعة الإسلامية من حيث مبدأ إقرار المسؤولية عن فعل الغير، ومسؤولية الأشخاص المعنوية باعتبارها مدخلا تشريعيا مهما.

المطلب الأول: المسؤولية عن فعل الغير في الشريعة الإسلامية

لقد حظيت المسؤولية عن فعل الغير بجدل فقهي واسع النطاق فيما يتعلق بتفسيرها والنظريات التي تؤسسها، وهذا كله راجع لما تحمله هذه المسؤولية من شذوذ وخروج عن القواعد العامة، وإنه يرى أن هناك اتجاهين للفقه في تفسير المسؤولية عن فعل الغير، أحدهما يرى أنها تخالف المسؤوليةالعادية وفقا للأحكام الفقهية ويرى فيها انتهاكا لمبدأ شخصية العقوبة[1129]،أما الاتجاه الثاني فيعتبرها مسؤولية عادية ولا تمثل خرقا لمبدأ شخصية العقوبة وهو الرأي السائد.

أولا: تفسير المسؤولية لفعل الغيرباعتبارها انتهاكا لمبدأ شخصية العقوبة

لقد أصبح إقرار المسؤولية عن فعل الغير في الجرائم البيئية يقوم على أساس مفهوم الخطر، فكل جريمة تقوم على سير أو عمل المقاولة سبب في قيام المسؤولية لرئيسها، ولإبراز هذا الاستثناء نستدل بقوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ قُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ وَأَهۡلِيكُمۡ نَارٗا وَقُودُهَا ٱلنَّاسُ وَٱلۡحِجَارَةُ﴾[1130]، فهذه الآية الكريمة أساس مسؤولية الإنسان عن نفسه وأهله أيضا من زوج وولد وما ملكت الأيمان.

(1126) سورة البقرة، الآية 134.

(1127) د. أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الرابعة 1988، دار الشروق، ص 7.

(1128) سورة المدثر، الآية 38.

(1129) نجيب بروال، الأساس القانوني للمسئولية الجزائية عن فعل الغير، النشر الجامعي الجديد، طبعة 2017، ص 107.

(1130) سورة التحريم، الآية 06.

ومن السنة النبوية عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ألا كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية على أهل بيت زوجها وولده وهي مسئولة عنهم"[1131]، إذن فإمكانية الأخذ بهذا الاستثناء تكمن في مساءلة المتبوع بالضمان أو التعويض عن أعمال تابعه سواء كان هذا التابع مرتبطا معه بعقد شرعي أو أخلاقي أو عرفي، غير أنه لا يمكن مساءلته جنائيا عما يرتكبه من أفعال مجرمة، غير أن الفقه أعطى صورًا لهذه المسؤولية المدنية والتي تقوم على أساس الضمان أو التعويض.

ثانيا: تفسير المسؤولية لفعل الغير على فكرة شخصية العقوبة

يذهب الرأي السائد في الفقه الاسلامي إلى القول بعدم معارضة المسؤولية عن فعل الغير لأحكام المسؤولية العادية عن الأضرار البيئية، فهي ليست سوى تطبيق لمبدأ شخصية العقوبة طالما تؤدي إلى عقاب الشخص الذي كان السبب في الجرم، ومن هنا حاول أنصار هذا الاتجاه إيجاد تفسير لهذه الحالة وذلك بإسناد أحد أدوار المساهمة في الفعل إلى ذلك المسؤول عن فعل الغير، إما باعتباره فاعلا أو شريكا، وبالتالي يتمثل هذا الخطأ في إهمال المتبوع في واجب الإشراف والرقابة عن أفعال تابعيه والذي يعتبر بمثابة جريمة مستقلة عن جريمة التابع[1132].

إذن يمكن القول إن المسؤولية البيئية عن فعل الغير في الشريعة الإسلامية تقوم على ثلاثة أركان: أولها أن يأتي الإنسان فعلا محرما، ثانيها أن يكون الفاعل مختارا، وثالثها أن يكون الفاعل مدركا، فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة وجدت المسؤولية وإذا انعدم أحدها انعدمت، فالنظرية القانونية الحديثة تبني مسؤولية المتبوع عن تابعه سواء كان أجيره أو عامله أو من تحت رقابته وإشرافه.

المطلب الثاني: مسؤولية الأشخاص المعنوية في الشريعة الإسلامية

لم تعترف الشريعة الإسلامية بالمسؤولية للأشخاص المعنوية، لأنها ترى أن أحكام هذه المسؤولية تُبنى في الأساس على الإدراك والاختيار، وكلا هذين الأمرين لا يتوافران في الشخص المعنوي، ولكن إذا صدر الفعل المحرّم ممّن يتولى مصالحها فإنّ أحكام هذه المسؤولية تقوم في مواجهته، ويصبح مسؤولاً عن فعله، وبهذا ظهرت أشخاص معنوية لها من الحقوق وعليها من الالتزامات ما يؤهلها لتحمل المسؤولية مثلها مثل الشخص الطبيعي.

:ويمكن تعريف الشخصية المعنوية بأنها مجموعة من الأشخاص الطبيعية أوالأموال يجمعها غرض واحد، ويكون لهذه المجموعة شخصية قانونية لازمة لتحقيق هذا الغرض منفصلة عن شخصية المكونين لها أو المنتفعين بها،[1133] فالفقهاء المتقدمين لم يبحثوا عن هذه المسؤولية لأنها لم تكن مطروحة عليهم في زمانهم بشدة، إلا أن الفقه الإسلامي المعاصر ذهبوا إلى القول بمساءلة الشخص المعنوي، وقد انقسم الفقه الإسلامي إلى ثلاثة آراء بصدد فكرة المسؤولية البيئية للشخص المعنوي:

-الرأي الأول: يرى أن الفقه الإسلامي عرف من يومه شخصيات معنوية، فاعتبر بيت المال من جهة، والوقف من جهة أخرى، شخصا معنويا، ويقر بوجود الشخص المعنوي واعتبر المدارس والملاجئ والمستشفيات، حيث يثبت لهذه الجهات أو الأشخاص حق التملك والتصرف[1134]، ومثال على ذلك أن بيت المال له بما يجب من جزية وما يجب عليه من نفقة اللقيط والأسير والوقوف بما يثبت له من الملك أو يستحق عليه من حقوق الغير[1135].

(1131) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، "باب الجمعة في القرى والمدن"، جزء 2، رقم 893، ص 5.

(1132) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، طبعة 1962، دار النهضة العربية، ص 659,

(1133) رمضان ابو السعود ، شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، طبعة 1999، ص247.

(1134) بيدي أمال، البيئة والتنمية المستدامة، رسالة دكتوراه، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، السنة الجامعية 2022-2023، ص 43.

(1135) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع السابق، ص 392.

ورغم اعتراف أنصار هذا الرأي بوجود الشخص المعنوي إلا أنه أسقط على هذه الأشخاص المسؤولية، لأنها تقوم على الإدراك والاختيار وأن الشخص المعنوي ليس أهلا للعقوبة شرعا لأنه لا يتمتع بعقل يفهم به التكليف لكي تناط به أهلية الأداء والعقوبة[1136]، وهذا منعدم لدى هذه الجهات، ومع ذلك لا يمانعون في توقيع بعض الجزاءات ذات الطبيعة الخاصة بالشخص المعنوي، مثل الحل والهدم أو الإزالة أو الحد من النشاط الضار وذلك في مجال حماية البيئة.

-الرأي الثاني: يرى أن الفقه الإسلامي لم يعرف الشخصية المعنوية والاعتبارية كنظرية عامة مؤصلة، وأن نظريته الشخصية أو الذمة انحصرت في حدود الشخصية أو الذمة الطبيعية وحدها، رغم أنهم يعترفون له بذمة مالية مستقلة، فالإسلام لا يقيم المسؤولية الجنائية على الافتراض لأن الاعتراف بإرادة الشخص المعنوي من شأنه تهديد مبدأ شخصية المسؤولية[1137].

وما يلاحظ على هذا الرأي أنه يقترب كثيرا من الرأي الأول من خلال استحداث نوع جديد من المسؤولية أطلق عليه اسم – عدم براءة الذمة- لهذه الأشخاص في حالة الأضرار البيئية الناجمة عن نشاطهم خصوصا إذا كان في مجال البيئة أو إذا مست هذه الأضرار بالإنسان باعتباره أحد عناصر البيئة البشرية.

-الرأي الثالث: يرى هذا الاتجاه أنه لا توجد نظرية للشخص المعنوي في الفقه الإسلامي، أي أن الشخص المعنوي ليس أهلا للعقوبة شرعا، لأن هذا الشخص لا يتمتع بعقل يفهم به التكليف لكي تناط به أهلية الأداء والعقوبة[1138]، غير أن هذا لا يمنع من وجود تطبيقات لها في مجال المسؤولية الجنائية، مثال على ذلك تحميل بيت مال المسلمين دية أو كفارة من يقتله الإمام خطأ أثناء إقامته الحد فيه.

إذن من خلال ما تقدم يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية عالجت الجانب العملي في المسؤولية عن الشخص المعنوي دون التأصيل والتنظير على خلاف الفقه والقانون الوضعي، غير أن ذلك لا يمنع من وضع أحكام عامة لهذه المسؤولية في مجال جرائم البيئة نذكر منها[1139]:

-لا يمكن أن ترتكب الجرائم البيئية بواسطة جماعة أو جمعية غير معترف لها بالشخصية القانونية، بل من طرف الأشخاص الطبيعيين القائمين بإدارة أعماله والذين تتوافر فيهم الحرية والأهلية والإدراك.

-لا يمكن تصور ارتكاب جريمة بيئية من قبل الإدارة العامة أو ممثلها الشرعي؛

-عدم الأخذ بفكرة الضمان أو التعويض أو الوكالة أو أي مبدأ آخر لتأسيس المسؤولية الجنائية في حالة قيام شخص معنوي بارتكاب جريمة بيئية، اعتمادا على مبدأ شخصية العقوبة.

-يمكن توقيع عقوبات على الشخص المعنوي كلما كان لها تأثير على أصحابه والقائمين على إدارته ومنها عقوبة الحل أو الهدم أو المصادرة...) وغيرها من العقوبات التي تتلاءم وطبيعة الشخص المعنوي ومن شأنها الحد من نشاطه المضر بالبيئة أو الذي يهددها.

وخلاصة القول أن الشريعة الإسلامية جاءت بمبدأ معروف في القوانين الوضعية وهو مبدأ شخصية العقوبة، اعترفت بالمسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي ووضعت أسسا وشروطا لها، وعلى الرغم من أنها أوجدت تطبيقات للمسؤولية عن الشخص المعنوي، فهي إذن تبقى شخصية افتراضية لا يمكن قياسها على الشخص الطبيعي بصورة مطلقة، تؤكد أو تنفي معاقبة الشخصية الاعتبارية جنائيا بمفهومها الحديث.

المبحث الثاني : العقوبات والتدابير البيئية المقررة في التشريع الإسلامي

(1136) حسين أحمد توفيق رضا، "أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن"، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1964، ص 98.

(1137) د. أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص75.

(1138) مجموعة القانون الجنائي، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 4، فبراير 2007، ص 77.

(1139) د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، المسئولية الجنائية والجزاء الجنائي، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2009، ص446.

العقاب جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه وترك ما أمر به، فهو جزاء مفروض سلفا يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الضرر[1140].

ويتسم نظام العقوبات الإسلامي بتقسيماته المختلفة كالحدود، القصاص، الديات والتعزيرهي عقوبة مقررة فيما لاحد فيه، وهى ما يخص مجال بحثنا في حماية البيئةلذلك لا بد من تأصيلهافي المطلب الأول، ثم نعرض للحسبة كنظام للرقابة المقررة لحماية البيئة في المطلب الثاني.

المطلب الأول : التعزير كعقوبة مقررة لحماية البيئة

أولا : تعريف التعزير :

أقرت شريعة الإسلام السمحاء أنه لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص من كتاب أو سنة، وهو ما جرت علية السياسة الجنائية في العالم حاليا، حيث يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله: "الحاكم لا يسن عقوبة إلا ما نص عليه الكتاب أو السنة"[1141]، وانطلاقا من فكرة المصلحة المشروعة في الشريعة الإسلامية، فقد منحت لولي الأمر الحق في أن يقيم عقابا أو جزاءا رادعا لمن ارتكب جرما أو فعلا لم يرد به عقاب محدد كالرشوة وشهادة الزور، وقد يكون الإستناد إليها من باب دفع المضار وجلب المنافع أو المصالح المرسلة أو القياس وغيرها.

والتعزير لغة هو الرد والمنع، ويقال عزر فلانا بمعنى نصره ،لأنه منع عدوه من أن يؤذيه، ومنه قوله تعالى ﴿لِّتُؤْمِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ وَتُسَبِّحُوهُ بُكْرَةً وَأَصِيلًا﴾[1142] ويقال عزرته بمعنى وقرته وأدبته أيضا[1143]. واصطلاحا يعرفها الإمام محمد أبو زهرة: بأنها هي التى لم ينص الشارع على عقوبة مقدرة لها بنص قرآني، أو حديث نبوي، مع ثبوتنهي الشارع عنها لأنها فساد في الأرض، أو تؤدي إلى فساد فيها[1144]، كما عرفها الفقهاء بأنها عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله تعالى، أو للعبد في معصية ليس فيها حد وكفارة[1145].

وبالنظر الى عقوبة التعزير يُرى أنها عقوبة واسعة المدى، وتشمل جميع المخالفات الشرعية تقريبا، إذ تتغير بحسب اقتضاء المصلحة لها، زمانا ومكانا وحالا، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة[1146]، فتعاملت الشريعة مع البيئة من منطلق مصلحة أصبح من الواجب حمايتها، ولهذا نجده قد كيّف الجرائم البيئية على أنها جنايات في بعض الحالات، وأعطى صلاحيات واسعة لولي الأمر في تطبيق الجزاء تجاه المعتدي على البيئة، وتحقيق مصالح المجتمع بشكل أفضل، باعتبار أن الغرض من الجريمة هو الإفساد في الأرض.

ثانيا : حماية البيئة من الجرائم التعزيرية

(1140) د. أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية متحررة، دار الشروق للنشر والتوزيع، طبعة 1989، ص 13.

(1141) الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بدون تاريخ طبعة، ص 307.

(1142) سورة الفتح الآية: 09.

(1143) لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق.

(1144) الإمام محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 123.

(1145) الماوردي، الاحكام السلطانية، مرجع سابق، ص: 227، - ابن القيم، السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 132.

(1146) الشيخ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، الطبعة الثامنة عشرة، سنة 2001، ص 29.

إن عقوبة التعزير واسعة المدى، وتشمل جميع المخالفات الشرعية تقريبا، وتتناول جميع الجرائم والجنايات إلا ما ورد في شأنه حد مقدر أو كفارة، أي أنه يكون في الجرائم التي لم تحدد لها الشريعة عقوبة معينة، وفي الجرائم التي حددت لها عقوبات ولكنها لم تتوافر فيها شروط تنفيذ هذه العقوبة، إذ تتغير بحسب اقتضاء المصلحة لها، زمانا ومكانا وحالا، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة.

والعقوبات التعزيرية تشمل معظم الجرائم، لأن الشريعة الإسلامية لم تقدر العقوبات إلا لجرائم الحدود والقصاص وهي قليلة بالنسبة لجرائم التعزير، وفوضت لولاة الأمور ومنهم القضاة تقدير العقوبات التعزيرية في ضوء قواعد الشريعة ومبادئها والعقوبات التي نصت على أنواعها، فيتولى الإمام التعزير أو نائبه ممن له ذلك، ويكون بحبس أو ضرب بسوط أو صفح أو توبيخ باللسان، أو نفي وغير ذلك مما يراه الإمام رادعا وزاجرا يجتهد في جنسه وقدره[1147]، مادام أنه غير مقدر شرعا، بل موكل إلى رأيه أن يجتهد في السلوك الأقوم، كما لا يحل أن يبلغ التعزير مبلغ الحد، حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين"[1148].

أما التعزير في العقوبات المالية، فيرى بعض فقهاء الإسلام عدم جوازه، لأن إحضار المال إلى من يأخذه بغير حق لا يجب، فالإعانة على الظلم ظلم، والكلام في التعدي على مكونات البيئة يستدعي بيان حكم ضمان ما أتلف من المكونات، فالضمان شغل الذمة بأداء مثل ما أتلف إن كان من المثليات، أو قيمته إن كان من القيميات، ولاشك أن هذا النظام فيه قابلية كبيرة لمواجهة جميع الجرائم التي لم تقدر الشريعة عقوبات لها ويدخل في نطاقها الجرائم البيئية.

وفي المجال البيئي، أظهرت التطبيقات العملية حماية الشريعة للبيئة ووقايتها من الأضرار، فرض عقوبات تعزيرية على المخالفين، وقد تمثلت هذه العقوبات في الحالات التالية:

-أخذ الأراضي من أصحابها الذي يماطلون في الانتفاع بها وتمليكها لمن يقوم بزراعتها، وفرض غرامة مالية لمن يعمل على إهلاك الأرض وذلك من خلال زراعتها بما لا تصلح له.

-أن جرائم البيئة قد تتداخل مع جرائم الحدود والقصاص والدية، كأن يترتب على تلوث البيئة مقتل إنسان بسبب شربه ماء أو طعام ملوث[1149].

ونخلص إلى القول إن الفقه الإسلامي تعامل مع البيئة من منطلق مصلحة أصبح من الواجب حمايتها، ولهذا نجده قد كيّف الجرائم البيئية على أنها جنايات في بعض الحالات، وأعطى صلاحيات واسعة لولي الأمر في تطبيق الجزاء تجاه المعتدي على البيئة، وتحقيق مصالح المجتمع بشكل أفضل، باعتبار أن الغرض من الجريمة هو الإفساد في الأرض، وبذلك يمكن القول بأن باب السياسة الجنائية الشرعية تعد هي الوجهة الحقيقية لمرونة الفقه الإسلامي وصلاحيتها في كل زمان ومكان.

المطلب الثاني : رقابة نظام الحسبة في حماية البيئة

إن المنهيات والمأمورات قد وجدت تطبيقا لها في الشريعة الإسلامية، حيث كان المسلمون عامة يلتزمون بها طواعية في إطار الرقابة الذاتية، وأما من كانت تسول له نفسه مخالفتها فلم يترك له مجال، إذ ظهر ما يسمى بنظام وآلية الحسبة، التي تمنح المحتسبين سلطة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وبما أن مهام الحسبة اشتملت على الجوانب البيئية، فإننا سنتناول الحسبة كنظام رقابي بيئي، مع تبيان نماذج من تطبيقاتها البيئية.

(1147) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 57.

(1148) أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، الجزء الثامن، حديث رقم 5418، ص327.

(1149) نور الدين حمشة، الحماية الجنائية للبيئة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوطني، مرجع سابق، ص 178.

أولا: الحسبة كنظام للرقابة البيئية

نظام الحسبة في الإسلام هو التطبيق العملي لأحكام الشريعة وما استقر عليه العرف، فيما يتعلق برعاية البيئة وحمايتها من التدهور، إذ الإسلام لم يكتف بسن الأحكام والقواعد لحماية البيئة من التلوث والحفاظ عليها، بل شرع من الرقابة ما يضمن تنفيذ هذه الأحكام والقواعد، فالحسبة نشأت مع النصوص الشرعية، فهي إذن ليست سياسة شرعية يخير ولي الأمر في إقامتها أو عدم إقامتها، بل هي تكليف شرعي يسند للمحتسب[1150].

فالحسبة في الدولة الإسلامية من أهم الولايات الإدارية ذات الصفة الرقابية، وهي ولاية منوط بها مراقبة السلوك البشري في مجتمع المسلمين، وقد فصَّل الفقهاء في كتبهم عن أعمال هذا الجهاز وصلاحيته، بما يخدم الحفاظ على المجتمع بشكل عام وتنظيمه، وعليه وفي ضوء معطيات قضايا البيئة ومشكلاتها، فإن الرجوع إلى الميراث الفكري الإسلامي، المتمثل في النظم وآلياتها، مثل نظام الحسبة، ومحاولة فهمه وتفعيله، يعتبر أمراً ضرورياً وهاماً في هذا الوقت، حيث يقع على ولاة الأمور واجب تفعيل هذه النظم الإسلامية المتعلقة بالحفاظ على البيئة ورعايتها، بما يحقق الرقابة الفاعلة بشأن حماية البيئة من العبث به[1151].

والجدير بالذكر أن فقهاء الإسلام ونظرا لجسامة المهام المنوطة بالمحتسب، وضعوا صفات لتولي هذا المنصب، فيشترط فيه أن يكون فقيها، عالما بأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بوظيفته، كما يشترط فيه الإخلاص والتجرد من الذات كمعيار للاستقلالية وبدل العناية المهنية، والرفق والحلم كقواعد للسلوك المهني[1152]، وتتضمن مسؤوليته مراقبة الأسواق والطرقات والمباني ومجاري المياه والحمى وغيرها....، وقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم أول من احتسب على المنكر في أمته، وحرم الفساد والغش[1153].

ثانيا : تطبيقات الحسبة في الجوانب البيئية

إن دراسة كتب الحسبة تشير إلى أن العناية بالبيئة التي يعيش فيها الإنسان وتنقيتها من الخبائث التي تضر به وبصحته كانت أحد الأهداف المركزية التي ينبغي على المحتسب أن يوليها عناية خاصة، وذلك لأن الشريعة الإسلامية حرصت على النظافة والتطهر وحذرت المسلمين من تلويث أنفسهم وبيئتهم، وعدت التلوث مرتعا خصبا للنجاسة والخبائث التي تسمى حاليا بالميكروبات.

ومن نماذج تطبيقات الحسبة في الجوانب البيئية الاحتساب على التلوث الهوائي، إذ كان المحتسب يهتم بأن ترفع أسقف حوانيت الخبازين وأن تفتح أبوابها، ويجعل في سقوف الأفران منافس واسعة يخرج منها الدخان لئلا يتضرر بذلك السكان[1154].

كما كان المحتسب يمنع الصباغين من وضع أفرانهم في الشوارع لما تبعثه من أدخنة تضايق المارة والسكان، وكان يمنع مالكي البيوت والمصانع والمتاجر من تلويث الشوارع بالنفايات والقمامة وإلقاء مياه المجاري في الطرقات العامة، كما يأمر بأخذ الحيطة والحذر من نقل الأشياء الملوثة، كالسمك واللحم والقاذورات وذلك بوضعها في أوعية محكمة، كما يمنع الدواب من دخول الأسواق المخصصة للمشاة خوفا من تلوث الممرات[1155].

(1150) إبراهيم محمد عبد الجليل، حماية البيئة من منظور إسلامي ودور الحسبة في حمايتها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011، ص 29.

(1151) د. يوسف القرضاوي، رعاية البيئة في شريعة الإسلام، مرجع سابق، ص 251.

(1152) محمد بن محمد بن أحمد القرشي "ابن الإخوة"، معالم القربة في أحكام الحسبة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الباب الأول: شرائط الحسبة وصفة المحتسب، طبعة 1976، ص 19.

(1153) د. محمد نور موسى علي، نظام الحسبة في الإسلام، دراسة في إصلاح المجتمع، الباب الثامن: دور الحسبة في إصلاح المجتمع، طبعة 2013، بدون ذكر دار النشر، ص218.

(1154) عبد الرحمن بن نصر الشيرزي، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، طبعة مصر 1946، القاهرة، ص22.

(1155) د. إبراهيم محمد عبد الجليل، حماية البيئة من منظور إسلامي ودور الحسبة في حمايتها، مرجع سابق، ص 295.

وعن دور الحسبة في محاربة التلوث الغذائي، فقد كان للمحتسب دور عظيم في مراقبة الأكل وحفظه من التلوث بكل أنواعه، من مرحلة إعداده ونضجه إلى بيعه للناس، فالحاجة تدعو إلى معرفة الخبازين وأماكن حوانيتهم، ويأمرهم بنظافة أوعية الماء وتغطيتها وغسيل المعاجن ونظافتها.

وهناك الاحتساب على الحيوانات، حيث كان من عمل المحتسب أن ينظر إن كان صاحب الدابة يعذبها ويحملها ما لا تطيق، فيحتسب عليه ويأمره وينهاه، وكان هذا في الأمة أمرا معروفا[1156].

ولئن كان العمل على إعادة تطبيق نظام الحسبة الإسلامي كنظام رقابي بيئي، يتوقع منه معالجة ضعف الرقابة البيئية في العالم العربي والإسلامي، كما يتوقع أن يكون لإعادة تطبيق هذا النظام بأن يكتسب المحتسب قوته الرقابية والإلزامية من الحاكم مباشرة، لما لها من دور مهم في تعزيز فعالية القوانين البيئية في البلدان العربية والإسلامية من خلال تمكين قوة الإلزام بتطبيقها.

خاتمة

مما لا شك أن الإجرام البيئي أضحى من الموضوعات التي فرضت نفسها ضمن المنظومة التشريعية والفقهية، بالنظر إلى ما وصلت إليه البيئة من مكانة متميزة، وبالنظر إلى حجم الاعتداءات والأضرار التي أضحت تهددها، مما يؤكد وعي المشرع بضرورة حماية حق الإنسان العيش في بيئة سليمة ومتوازنة، هذا الحق باتت تهدده الجرائم البيئية باتخاذها للمجال البيئي موضوعا لها.

وتوصلت الدراسة إلى أن الشريعة الإسلامية تبرز دورا كبير في المحافظة على البيئة وحمايتها، وذلك من خلال المبادئ والنصوص القرآنية والنبوية التي عرضناها، وقد رأينا كيف أن مفهوم البيئة يختلف من علم لآخر، وأن الشريعة الإسلامية قد استوعبت كل تلك المفاهيم، كما وصفت الدراسة من خلال هذا البحث توفير دراسة متكاملة تقررها الشريعة الإسلامية تلقي الضوء على الأسس التشريعية الخاصة بالمسؤولية عن الجرائم البيئية، من خلال الدور الذي تلعبه العقوبات البيئية في حماية البيئة، والآليات الرقابية التي وضعتها لرعايتها وصونها من الأذى.

وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وهي كالآتي:

. نتائج الدراسة:

أولا:أن للإسلام السبق في حماية البيئة والمحافظة عليها قبل الحكومات والمؤسسات الدولية، والقوانين السابقة واللاحقة، فقبل اليوم بأكثر من 1400 سنة وضع القواعد والتشريعات التي تضمن حمايتها والعناية بها حتى تظل مصدر خير للإنسان في كل زمان ومكان.

ثانيا: بينت الدراسة إقرار الشريعة الإسلامية للمسؤولية الجنائية عن فعل الغير، حيث حاول الشارع معالجة مساءلة العاملين في المنشأة في حالة ارتكابهم لجريمة بيئية باسم ولحساب الشخص المعنوي.

رابعا:وجدنا أن إسلامنا الحنيف لم يكتف بوضع أحكام وقواعد المسؤولية عن التلوث البيئي جنائيا، بل شرع في تطبيق الرقابة بما يضمن تنفيذ هذه الأحكام والقواعد، والرقابة على حماية البيئة من التلوث في الإسلام تدخل في نظام الحسبة، لذلك يدخل في واجبات المحتسب حماية البيئة من التلوث، باعتبار أن حماية البيئة تندرج في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

.توصيات الدراسة:

(1156) د. محمد حمزة إسماعيل حداد، المجمل في الآثار والحضارة الإسلامية، باب دور الحسبة في حماية الحيوان، مكتبة زهراء الشرق، طبعة 2006، ص 212.

لقد فرضت علينا حماية البيئة القيام بدراسة تحليلية لقواعد الفقه الإسلامي، وأتاحت لنا هذه الدراسة الوقوف على توصيات كفيلة بتصحيح التوجهات التشريعية لتحقيق الغرض الأساسي وهو المحافظة على البيئة وهي كالآتي:

أولا: الحفاظ على البيئة واجب ديني على كل من يعيش على هذه الأرض.

ثانيا:زرع التوعية الدينية والتربوية لجميع أفراد المجتمع من خلال الدعوة إلى عدم استنزاف الموارد البيئية وإتلافها دون وجه حق.

ثالثا:وضع استراتيجية للتربية البيئية الإسلامية بحيث يتم تطوير برنامج تعليمي بيئي يناسب كل المراحل التعليمية.

رابعا:ضرورة التدخل التشريعي لاستكمال القصور الذي يشوب أحكام قانون البيئة ومختلف القوانين الأخرى.

خامسا: عقد المزيد من المؤتمرات الدولية والمحاضرات والندوات وتفعيلها وتوزيع المنشورات التي تركز على اهمية البيئة وأساليب المحافظة عليها.

هذا والله تعالى أعلى وأعلم بحقائق الأمور، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

وآخر دعوانا الحمد لله رب العالمين

قائمة المصادروالمراجع

1 : القرآن الكريم

2 : المراجع اللغوية

-ابن منظور، معجم لسان العرب، دار المعارف، القاهرة 1999.

3 : كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية

-إبن الإخوة، محمد بن أحمد القرشي، معالم القربة في أحكام الحسبة، دار الحداثة للطباعة والنشر، بيروت، 1990.

- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، الجزء الثامن.

4. كتب السياسة الشرعية:

-ابن عبد ربه الأندلسي، العقد الفريد، مكتبة الحضارة العربية الإسلامية، القاهرة 2001.

- الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي

-أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، المعروف بالماوردي، الأحكام السلطانية، تحقيق: عصام الخرستاني، الطبعة الأولى بيروت، المكتب الإسلامي، 1996.

- د. محمد حمزة إسماعيل حداد، المجمل في الآثار والحضارة الإسلامية، باب دور الحسبة في حماية الحيوان، مكتبة زهراء الشرق، طبعة 2006.

-زين الدين بن عبد الرحمن بن نصر بن عبد الله الشيرازي، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، طبعة 1946.

5. مراجع عامة :

-د.ابراهيم محمد عبد الجليل، حماية البيئة من منظور إسلامي ودور الحسبة في حمايتها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

- حسين أحمد توفيق رضا، "أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن"، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1964.

-عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2015.

- رمضان ابو السعود، شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، طبعة 1999.

- محمد نور موسى علي، نظام الحسبة في الإسلام، دراسة في إصلاح المجتمع، الباب الثامن: دور الحسبة في إصلاح المجتمع، طبعة 2013.

-محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، طبعة 1962، دار النهضة العربية.

-وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، دمشق 1998.

-د.يوسف القرضاوي، رعاية البيئة في شريعة الإيلام، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة 2001.

6 : مراجع علوم البيئة والتلوث

- د.إبراهيم علي صالح، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دار المعارف، القاهرة، طبعة 1980.

-د.أحمد خمليشي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، شركة بابل للطباعة والنشر، الرباط سنة 1992.

-د.أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، دار الشروق، الطبعة الرابعة 1988.

-د.علي عبد القادر القهوجي، أصول علمي الإجرام والعقاب، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2005.

-الشيخ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، الطبعة الثامنة عشرة، سنة 2001.

- نجيب بروال، الأساس القانوني للمسئولية الجزائية عن فعل الغير، النشر الجامعي الجديد، طبعة 2017،

7 : رسائل دكتوراه

-بيدي أمال، البيئة والتنمية المستدامة " رسالة دكتوراه، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، السنة الجامعية 2022-2023.

8 : رسائل الماجستير

-نور الدين حمشة، الحماية الجنائية للبيئة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوطني، ماجستير في العلوم الاسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، طبعة 2006.

9 : المقالات المنشورة في المجلات

-الشيخ قطب الريسوني، التلوث الصوتي في ميزان الإسلام، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، العدد 35، يونيو 2008.

- محمد نور موسى علي، نظام الحسبة في الإسلام، دراسة في إصلاح المجتمع، الباب الثامن: دور الحسبة في إصلاح المجتمع، طبعة 2013.

ISSN:2509-0291

المشاركة العامة في تشكيل ثقافة بيئية سليمة وواعية لتحقيق تنمية مستدامة بالمغرب

Public Participation in Shaping a Sound and Conscious Environmental Culture to Achieve Sustainable Development in Morocco.

الدكتورة : إمحيجيبة لغزال

دكتورة في القانون العام تخصص علوم سياسية واجتماعية من جامعة غازي _أنقرة تركيا

ملخص:

تلعب الثقافة البيئية الرشيدة والفاعلة دورا مهما في رسم خارطة الطريق في محاولة لإنقاض ما تبقى من المجال البيئي جراء ما أصاب هذا الأخير؛ من آثار الحروب البشرية والمخلفات الصناعية والذي لازال قائما ويزداد تأثيره مع ظهور كل تطور تكنلوجي جديد. فالثقافة البيئية هي مجموع القيم والمبادئ والأفكار التي يكنها الفرد للبيئة، والتي يتم من خلالها اتخاذ السلوك والفعل السليم تجاهها. إذ أنه لا يمكن تحقيق تنمية مستد امة في ظل غياب ثقافة بيئية واعية فاعلة ورشيدة. لذلك فتظافر الجهود لتشكيل هذا النمط من الثقافة لا يعتبر خيارا بل ضرورة ملحة تستوجب إيجاد العوامل والمصوغات والمؤسسات والآليات الكفيلة لخلق هذه الثقافة ونشرها. فإيجاد السبل لحماية البيئة مسؤولية تقع على عاتق الجميع لارتباطها الوثيق بحياة الإنسان وبقاءه. لهذا الهدف وغيره سيتم التوقف في هذه الدراسة عند أهم الفاعلين والمشاركين الأساسيين في تشكيل الثقافة البيئة سواء ممن يسهرون على تطوير الوعي البيئي وخلق مبادئ وقيم المعرفة البيئة الأساسية؛ عن طريق توفير الترسانة القانونية التي تحدد الإطار العام الذي يفرض على المجتمع ومؤسساته حماية البيئة، أو من خلال المبادئ والقيم والأفكار البيئية التي تشكلها وتنشرها مجموعة من المؤسسات الرسمية وغير الرسمية داخل المجتمع المغربي.

الكلمات المفاتيح: الثقافة البيئية، التربية البيئية، التنمية المستدامة.

Abstract:

sound and effective environmental culture plays an important role in drawing a roadmap in an attempt to save what remains of the environmental field as a result of what happened to the latter; The effects of human wars are still ongoing, as do industrial waste the impact of which increases with each new technological development. Environmental culture is the sum of values, principles and ideas that an individual has for the environment, through which proper behaviour and action towards it is taken. Sustainable development cannot be achieved in the absence of a conscious and effective environmental culture. Therefore, combining efforts to form this type of culture is not considered an option, but rather an urgent necessity that requires finding the factors, formulas, institutions, and mechanisms capable of creating and spreading this culture. Finding ways to protect the environment is a responsibility that falls on everyone, as it is closely linked to human life and survival. For this purpose and others, this study will focus on the most important actors and basic participants in shaping environmental culture, whether those who work to develop environmental awareness and create the principles and values of basic environmental knowledge; By providing the legal arsenal that defines the general framework that imposes on society and its institutions the protection of the environment, Or through the environmental principles, values and ideas that are formed and disseminated by a group of official and unofficial institutions within Moroccan society.

Keyword: Environmental culture, Environmental education, Sustainable development.

المقدمة:

عرفت قضية حماية البيئة باعتبارها الإطار الأساسي والمشترك لحياة الأجيال الإنسانية المتعاقبة اهتماما كبيرا خلال العقود الأخيرة، وبالخصوص في بداية مطلع سبعينيات القرن العشرين كأحد المواضيع التي أثارت انشغال المجتمعات الإنسانية المعاصرة. وذلك راجع بالأساس الى ما عرفه هذا المجال من تجاوزات اجتماعية واقتصادية وسياسية، مما أدى الى استنزاف نظمها ومواردها الحيوية، بالإضافة الى غياب التوازن بين النمو الاقتصادي واستراتيجيات وبرامج حماية البيئة. إذ يعتبر مؤتمر ستوكهولم عام 1972 بمثابة النداء الذي وجه لدول العالم لبسط قدراتهم المتاحة لحماية مجالهم البيئي من أي تأثير قد يهدد سلامة البيئة، وهو ما استجابت له الكثير من دول العالم. فالمغرب شأنه شأن المستجيبين لهذا النداء عمل منذ عدة عقود بجد ونشاط لمجابهة التحديات البيئية، وذلك من خلال الشروع في عمليات حماية البيئة والمناخ لتحقيق التنمية المستدامة. بالاعتماد على حماية موارده الطبيعية والمضي الى وضع الأسس والمبادئ الهادفة الى تحقيق التنمية الاقتصادية التي يستفيد منها المواطنين، وذلك بالموازاة مع خلق ثقافة بيئية مجتمعية يسعى من خلالها الى تنمية ورفع مستوى الوعي المجتمعي بقضايا البيئة وغرس الشعور بالمسؤولية الفردية والجماعية تجاهها، والمحافظة على مواردها الطبيعية ليستفيد منها الجيل الحالي والأجيال المقبلة.

ويعرف القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة في المادة الثالثة من الفصل الثاني البيئة بأنها: "مجموعة العناصر الطبيعية والمنشآت البشرية وكذا العوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تمكن من تواجد الكائنات الحية والأنشطة الإنسانية وتساعد على تطورها". وقد تم تعريف الثقافة البيئية في مؤتمر التعليم النوعي، بجامعة الإسكندرية عام 2006، على أنها اكتساب الفرد للمكونات المعرفية والانفعالية والسلوكية، من خلال تفاعله المستمر مع بيئته، التي تسهم في تشكيل سلوك جيد يجعل الفرد قادرا على التفاعل بصورة سليمة معها، ويكون قادرا على نقل هذا السلوك الى الآخرين من حوله. ويمكن اجمال اهداف الثقافة البيئية فيما يلي: إنشاء سلوك رشيد مبني على قيم ومبادئ وأفكار تناهض كل سلوك ضار بالبيئة، تطوير الوعي البيئي وخلق المعرفة البيئية الأساسية بغية بلورة سلوك بيئي إيجابي ودائم يسعى الى محاولة معالجة المشكلات البيئية بغرض التخفيف من وقعها على الجيل الحالي والاجيال القادمة، التحسيس المستمر لجميع الأفراد بأهمية البيئة والعمل على القضاء على المشكلات البيئية والحد من تفاقمها.

أما فيما يتعلق بالتنمية المستدامة فقد تم تعريفها في تقرير اللجنة العالمية المعنية بالبيئة والتنمية عام 1987 على أنها: "تلك التنمية التي تلبي حاجيات الحاضر، دون المساومة على قدرة الأجيال المقبلة في تلبية حاجياتهم الخاصة". فالتنمية المستدامة لها مجموعة من الأهداف من ضمنها تحقيق العدالة البيئية والكفاءة البيئية بين الأجيال، وذلك من أجل استمرارية الحياة والمحافظة على الموارد الطبيعية الغير متجددة، بالإضافة الى تحقيق الفعالية البيئية من خلال الاستخدام الأمثل للموارد الطبيعية وتقليل التلوث[1157].

ولقد نص الفصل 40 من دستور المملكة لسنة 2011 على أنه يتحمل الجميع وبصفة تضامنية مع مراعاة الوسائل التي يتوفرون عليها، التكاليف التي تتضمنها تنمية البلاد، وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية. فالمتمعن لهذا المقتضى الدستوري سيجد على أنه يرسخ لمبدأ التضامن والتفاعل الايجابيين الأساسيين لحماية المجال البيئي من الكوارث المحتمل وقوعها. والذي يشترك فيه العديد من الفاعلين الرسمين وغير الرسمين، فالدولة تعمل بشكلي فردي وجماعي على بذل الجهود اللازمة للحفاظ على المجال البيئي وهو بالضبط ما تحاول هذه الدراسة تفكيكه وتسليط الضوء عليه.

فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي وضع إطار قانوني ومؤسساتي شامل ومتكامل لحماية البيئة دون إغفال الدور المهم الذي تلعبه الثقافة البيئية في تشكيل الشعور بالمسؤولية البيئة وخلق سلوك سليم تجاه البيئة؟ وكيف عملت باقي المؤسسات مجتمعة؛

1157. مبني نور الدين، الطيب عيساوي، الإعلام البيئي كفاعل استراتيجي لتحقيق التنمية البيئية المستدامة في الجزائر، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، مخبر الأمن الإنساني الواقع الرهانات والآفاق ، جامعة باتنة 1، مج 05، العدد 02، 2020، 334

كالأسرة والمؤسسات التعليمية والإعلام والمجتمع المدني وغيرها على بلورة المبادئ والقيم الأساسية لهذه الثقافة بغية تحقيق تنمية مستدامة؟

للوقوف على مضمون هذا الموضوع بشكل مفصل سيتم التعامل معه وفق التقسيم التالي:

المحور الأول: دور المؤسسات الرسمية للدولة في وضع الإطار العام للثقافة البيئية

المحور الثاني: تأثير المؤسسات غير الحكومية على بلورة ثقافة بيئية سليمة وفاعلة

المحور الأول: دور المؤسسات الرسمية للدولة في وضع الإطار العام للثقافة البيئة

تحاول المملكة المغربية منذ أكثر من عقدين من الزمن التصدي للتحديات التي يفرضها الواقع البيئي بهدف تطوير الوعي البيئي المجتمعي بغية حماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة. حيث انخرطت المملكة دوليا في العديد من الاتفاقيات والمبادرات الدولية التي تحمل أهم القيم والمبادئ الأساسية لحماية البيئة من المخاطر المحدقة بها، بالإضافة الى اعتمادها مقاربات دستورية وتشريعية واستراتيجيات وخطط إجرائية وغيرها من المبادرات التي تكتسي أهمية كبيرة والتي تساهم من خلالها الدولة في ترسيخ الحق في العيش في بيئة سليمة وتنمية مستدامة. ولضمان التنزيل الأمثل لتلك القواعد القانونية وجب تواجد جهات مسؤولة تسهر على ذلك (الفقرة الأولى) إلا أن ذلك وحده لا يعد كافيا لتشكيل ثقافة بيئية تخلق سلوكا سليما ورشيدا تجاه البيئة، لذلك فالدولة تعول على الدور الذي يمكن للمؤسسات التعليمية ووسائل الإعلام كمؤسسات رسمية أن تقدمه في مجال تشكيل ونشر الثقافة البيئية، وذلك في إطار ما حددته الدولة من قواعد وأحكام قانونية تتعلق بحماية المجال البيئي وتحقيق التنمية المستدامة. وهو ما يمكنه أن يسهم في تنامي الوعي البيئي على مستوى الافراد والمؤسسات، وبذلك ينعكس إيجابا على السياسات والممارسات والسلوكيات الفردية والجماعية تجاه البيئة داخل المجتمع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإطار التشريعي والمؤسساتي الهادف الى حماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة

1. الإطار التشريعي:

لقد جعل المغرب من التنمية المستدامة خيارا استراتيجيا التزم بمبادئه منذ سنة 1992، وذلك من خلال خطاب الملك محمد السادس ولي العهد آن ذاك، الذي ألقاه بمناسبة انعقاد مؤتمر قمة الأرض الأولى بريو البرازيلية. ليتعزز فيما بعد هذا الالتزام من خلال خطابي العرش لعامي 2009 و2010، هذين الخطابين مهدا الطريق لبناء أسس التنمية المستدامة وجعل منها مشروعا مجتمعيا شاملا ومتكاملا. فقد دعا الملك من خلال خطاب العرش لعام 2009 الحكومة الى اعداد ميثاق وطني شامل للبيئة يستهدف الحفاظ على مجالاتها ومحمياتها ومواردها الطبيعية وذلك وفق تنمية مستدامة وهو بالفعل ما قامت به الحكومة آنذاك. وقد أعطى الملك من خلال خطاب العرش لعام 2010 توجيهاته السامية حول ضرورة انخراط المغرب في مسار التنمية المستدامة كأساس لكل السياسات العمومية، وحث الحكومة على تفعيل الميثاق الوطني من خلال اعتماد خطة عمل مستدامة واعداد قانون إطار للبيئة والتنمية المستدامة.

وقد بذل المغرب جهدا دستوريا كبيرا للالتحاق بركب البلدان التي اعتمدت البعد البيئي ضمن دساتيرها. حيث عملت المملكة المغربية بكل حزم من خلال سياساتها البيئية والتنموية للانخراط في الجهود الشاملة التي يبذلها المجتمع الدولي، من خلال العديد من الإصلاحات الدستورية والتشريعية والمؤسساتية والتنظيمية. وادمجت بذلك البعد البيئي داخل دستور 2011 بطريقة صريحة مستلهمة من إعلان ريو لسنة 1992 مبادئها، فقد طبع دستور المملكة لسنة 2011 توسيع دائرة الحقوق والحريات[1158]، حيث اعتبر البيئة حقا من الحقوق المكفولة للجميع والتي يتمتع بها الرجال والنساء على قدم المساواة الى جانب الحقوق الأخرى[1159].

1158 جودية جليل، التحديات البيئية ووسائل مواجهتها، القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة القاضي عياض- مراكش -، الجزء الثاني، الطبعة 1، 2017، مراكش، ص: 245.

1159 الفصل 19 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011.

وارتباطا بالإطار الدستوري والتشريعي المتعلق بحماية البيئة والتنمية المستدامة بالمغرب نجد كذلك من ضمن الفصول التي ادرج من خلالها البعد البيئي ضمن الوثيقة الدستورية لعام 2011 الفصل 31 حيث نص الفصل على ما يلي: " تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير أسباب استفادة المواطنات والمواطنين، على قدم المساواة من الحق في: - العلاج والعناية الصحية... – الحصول على الماء والعيش في بيئة سليمة – التنمية المستدامة" . كما نص الفصل 35 على ضرورة الحفاظ على الثروات الطبيعية وحقوق الأجيال القادمة في هذه الثروات الطبيعية، كما خول الفصل 37 للسلطة التشريعية صلاحية التشريع في مجال البيئة والمحافظة على الموارد الطبيعية والتنمية المستدامة ونظام المياه والغابات والصيد. وقد خص الفصل 152 كذلك من دستور المملكة لعام 2011 المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بتقديم الاستشارة للحكومة والبرلمان في القضايا ذات الطابع الاجتماعي والاقتصادي والبيئي، مع الإدلاء برأيه في التوجهات العامة الخاصة بالتنمية الشاملة التي تهم كافة المجالات وكذا التنمية المستدامة. مما يوضح دسترة الحق والبعد البيئي.

واستجابة لدعوة الملك محمد السادس الحكومة لإعداد ميثاق وطني شامل للبيئة فقد صدر القانون الإطار رقم 12.99 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة[1160]، والذي يعتبر من أهم القوانين التي اهتمت بشكل مباشر بالمجال البيئي، والذي كرس من خلاله المشرع المغربي لمجموعة من المبادئ والحقوق والواجبات التي يستوجب الالتزام بها للنهوض بالشأن البيئي بغية حماية الأنظمة البيئية المتنوعة التي يمتاز بها المجال المغربي. بالإضافة الى العمل بالموازاة مع المقتضى الدستوري المتعلق بالحكامة البيئية، هذه الأخيرة والتي تسهر عليها كافة الأطر المؤسساتية المعنية بالشأن البيئي، قصد الوصول الى التنمية المستدامة في الموارد البيئية[1161]، مع ضرورة تفعيل بنود التنمية المستدامة، المسؤولية والمراقبة البيئية والمشاركة والاحتياط والإدماج والوقاية من أنماط الاستغلال والإنتاج والاستهلاك المسؤولة والبحث والتنمية وتثمين التراث الطبيعي والثقافي وحمايته[1162]، وهي بنود نصت عليها اتفاقية ريو لسنة 1992. ولتنزيل هذا الميثاق فقد تم وضع الاستراتيجية الوطنية للتنمية المستدامة والتي تم اعتمادها من طرف المجلس الوزاري الذي تم عقده تحت الرئاسة الفعلية للملك بتاريخ 25 يونيو 2017. هذه الاستراتيجية تشكل اطارا مرجعيا لكل البرامج القطاعية، والذي يسعى من خلاله المغرب الى تحقيق الانتقال نحو الاقتصاد الأخضر الدامج في أفق 2030.

وقد سن المشرع المغربي مجموعة من التشريعات القطاعية المنظمة والرادعة لأي فعل يمكنه المساس بالبيئة، حتى وإن كان هذا الفعل ناتج عن الأهداف والمشاريع التنموية التي تساهم في نماء و تحسين مستوى الاقتصاد للبلد فالتنمية يجب أن تسير جنبا الى جنب مع البيئة السليمة للحفاظ على الثروات الطبيعية وضمان تحقيق تنمية مستدامة، تراعي الجيل الحالي والأجيال القادمة كذلك. وقد تظافرت الجهود بين كل من الهيئات التشريعية والقضائية والمؤسسات الحكومية والغير الحكومية لهذا الغرض. ونجد من ضمن هذه النصوص القانونية: القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة[1163]، والذي قدم المبادئ الأساسية للسياسة الوطنية لمجال البيئة واستصلاحها، وقدم كذلك نظرة استشرافية مستقبلية غايتها مواكبة التشريع للمجال البيئي من خلال القواعد والأحكام القانونية المنظمة للمجال البيئي. والذي يسعى بالأساس إلى تحقيق العديد من الأهداف كحماية البيئة والمستوطنات البشرية وحماية الطبيعة أو الموارد الطبيعية من مختلف أشكال التلوث وتحديد آليات تدبير وحماية البيئة ونظام خاص بالمسؤولية والحماية من الأضرار البيئة وإقرار التعويض. وكذلك القانون 12.03 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة، والذي تم من خلاله ادماج البعد البيئي في السياسة الاقتصادية والاجتماعية لأي نشاط أو مشروع يتعلق بالأشغال والمنشآت والهيئات

1160 ظهير شريف رقم 1.14.09 صادر في 4 جمادى الأولى 1435 (6مارس 2014) بتنفيذ القانون الإطار رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة، ج.ر عدد 6240 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1435 (20 مارس 2014).

1161 خلد الغزالي، البعد التنموي في القوانين البيئية المغربية، مركز إدريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية وجدة، السبت 23 أبريل 2022

1162 الميثاق الوطني للبيئة والتنمية المستدامة، كتابة الدولة المكلفة بالماء والبيئة، الرباط المملكة المغربية.

1163 ظهير شريف رقم 1.03.59 صادر في 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003) بتنفيذ القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية استصلاح البيئة، ج.ر عدد 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 19(يونيو2003).

والذي قد يكون سببا مباشرا أو غير مباشر مؤقتا أو دائما في تلوث المحيط البيئي، حيث تسعى من خلال ذلك الى إزالة التأثيرات السلبية له أو التخفيف منها أو تعويضها مع إبراز الآثار الإيجابية للمشروع على البيئة وتحسينها وإعلام كافة السكان بذلك تحسبا للمخاطر المحتمل وقعوها في المستقبل. وفي نفس السياق نجد القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء[1164] والذي أتى به المشرع بغية الوقاية والحد من الانبعاثات الملوثة للجو والتي من الممكن أن تؤثر بشكل سلبي على البشر والحيوانات والتربة والمناخ وباقي الثروات الثقافية والبيئية.

نجد كذلك قانون الماء رقم 63.15 والذي يحدد قواعد التدبير المندمج واللامركزي والتشاركي للموارد المائية من أجل ضمان حق المواطنات والمواطنين في الحصول على الماء والاستعمال العقلاني والمستدام لهذه المادة الحيوية. كما يهدف هذا القانون الى وضع ضوابط وآليات التخطيط للمياه بما في ذلك المياه المستعملة ومياه البحر المحلاة وغيرها للرفع من الإمكانات المائية الوطنية مع الأخذ بعين الاعتبار التغيرات المناخية بهدف التأقلم معها. وقوانين قطاعية أخرى مثل القانون رقم 77.15 المتعلق بصنع الأكياس من مادة البلاستيك واستيرادها وتصديرها وتسويقها واستعمالها، والقانون 58.15 المتعلق بالطاقات المتجددة. فالمغرب يسعى الى أن يكون فاعلا أساسيا في مجال الطاقة الهيدروجينية. كما أنه تم إطلاق أوراش جديدة للبحث عن مصادر جديدة للطاقة المستدامة، وذلك من خلال برنامج التثمين الطاقي للكتلة الإحيائية، والبرنامج المندمج لمواكبة مصانع تحلية مياه البحر بالطاقات المتجددة، وإعداد خارطة طريق لتطوير الطاقة البحرية. وقد تمت مواكبة هذه المشاريع والاستراتيجيات بمجموعة من الإصلاحات التشريعية تهم بالأساس الإنتاج الذاتي للطاقة لتشجيع الاستثمارات في الميدان، وتحسين ولوج هذه المشاريع لمصادر التمويل، وذلك من خلال برامج مهيكلة ومندمجة، فضلا عن تشجيع البحث والابتكار، وقد تم في هذا الإطار برمجة إنجاز مركب خاص بالبحث والتنمية في مجال البنايات الخضراء والنجاعة الطاقية والشبكات الذكية. كما أن المغرب تمكن من رفع سقف طموحاته في مجال تقليص انبعاثات الغازات الدفيئة في إطار اتفاق باريس من خلال تحديد هدف جديد في المساهمة المحددة وطنيا يبلغ 45% في أفق 2030.

وبالموازاة مع مبادرات المملكة التي تم الوقوف عليها فيما يتعلق بحماية البيئة على الصعيد الوطني، فإن المملكة تشارك كذلك في الجهود الدولية لحماية البيئة والمناخ وذلك من خلال الانضمام والتوقيع والمصادقة والاستضافة. فقد اعتمدت المملكة مقاربة مندمجة تسعى الى الحفاظ على البيئة وتثمينها، فالمغرب يعتبر مشاركا نشطا كما يتم توصيفه دائما، وشريكا استراتيجيا لكل الدول في السياسات البيئية بالنظر الى مواقفه المتقدمة حيال التنمية المستدامة، بما يشمل جميع مكونات المجتمع الرسمية وكذلك جمعيات المجتمع المدني التي انخرطت في هذا المجال منذ فترة طويلة. فبعد قمة ستوكهلم عام 1972 انضمت المملكة وصادقت على مجموعة من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية حماية البيئة البحرية والمنطقة الساحلية للبحر الأبيض المتوسط المعروفة باتفاقية برشلونة سنة 2004 وغيرها من الاتفاقيات التي تعنى بالبيئة والمناخ والتنمية المستدامة. كما أن المملكة احتضنت القمة العالمية للمناخ "كوب 22" بمراكش شهر نوبر 2016 بشأن التغيرات المناخية، وهي القمة التي تعتبر مكملا لاتفاق باريس ويلزم الاتفاق موقعيه بالسعي إلى خفض حرارة الأرض بأكثر من درجتين مئويتين بالمقارنة بالمستوى المسجل قبل الثورة الصناعية[1165]. كما أن المغرب يلتزم في إطار التعاون مع منظومة الأمم المتحدة بالعمل معا من أجل التعاون جنوب-جنوب والتعاون الثلاثي، وهو ما يؤكده التوقيع الذي تم في 13 مارس 2023 على إطار التعاون الجديد من أجل التنمية المستدامة للفترة 2023-2027 بين المغرب ومنظومة الأمم المتحدة الإنمائية بالمغرب، إذ يشكل هذا الإطار أداة مرجعية للتخطيط ورصد تنفيذ أنشطة الأمم المتحدة لتحقيق أهداف التنمية المستدامة بحلول عام 2030. وقد مكنت هذه الجهود وغيرها من الخطى العريضة التي يسطرها المغرب في مجال التنمية المستدامة من تحقيق قفزة مهمة في مؤشر الأداء المناخي في نسخته 2023 فمن ضمن 60 بلدا استطاع المغرب احتلال المرتبة

1164 ظهير شريف رقم 1.03.61 صادر في 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003) بتنفيذ القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء، ج.ر عدد 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 (19 يونيو 2003).

1165 سعادة فاطمة الزهرة، حماية البيئة في ظل التشريع المغربي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2018، ص 177.

الرابعة، هذا المؤشر أعدته المنظمات غير الحكومية جيرمان واتش والشبكة الدولية للعمل المناخي ومعهد المناخ الألماني الجديد، والذي عرف حصول الدنمارك على المرتبة الأولى والسويد المرتبة الثانية والشيلي على المرتبة الثالثة[1166].

1. الإطار المؤسساتي:

لا تقتصر مبادرات الدولة لحماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة فقط على توفير الترسانة التشريعية، فوجود هذه الأخيرة وحده لا يكفي. إذ لابد من وجود أجهزة وهيئات إدارية وفنية تقوم بدراسة كافة السبل والإمكانيات للحفاظ على البيئة والسهر على تطبيق تلك اللوائح والمراسيم وجميع التشريعات البيئية وتقوم بالقيام بدورها التنظيمي، وما يميز هذه المؤسسات والهيئات هو تعددها وتشعب اتخاذ قراراتها[1167]. وقد لعبت اللامركزية دورا أساسيا في اتخاذ الإجراءات التنظيمية لحماية البيئة في بنياتها الإدارية لجعلها تتلاءم مع التحديات الجديدة بهدف دمجها ضمن المخططات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية[1168]. وتتنوع هذه المؤسسات كل حسب وظيفته:

- **وزارة البيئة:** لقد عرفت عملية حماية البيئة من طرف الدولة تطورات متنوعة، حيث شهدت مهمة حماية البيئة انتقالا بين الوزارات. فالمغرب لم يتجه منذ بداية الاستقلال الى إحداث وزارة مكلفة بحماية البيئة. وانما عرف الجهاز المكلف بالبيئة في المغرب تطورات بدأت ما بعد عام 1972 إذ تم في البداية إنشاء قسم للبيئة تابع لوزارة السكن والتعمير والسياحة والمحافظة على البيئة، وفي عام 1977 تم إعادة النظر في تشكيل الوزارة وتم حذف مصطلح البيئة مع الاحتفاظ بقسم البيئة ضمن الهيكل التنظيمي للوزارة. وفي عام 1985 قامت وزارة الداخلية بوضع التراب الوطني والبيئة ضمن الهيكل التنظيمي لها وتم إنشاء قسمين لهما؛ الأول يعنى بالتراب الوطني والاخر بالبيئة. وبقي الأمر كما هو عليه إلى ما بعد انعقاد مؤتمر ريو عام 1992، حيث تم إنشاء نيابة كتابة الدولة في وزارة الداخلية المكلفة بالمحافظة على البيئة وصولا الى تاريخ تحويل الجهاز الى وزارة مستقلة عام 1995، إلا أنه في عام 1997 تم تقليص وزارة البيئة الى كتابة الدولة التابعة لوزارة الفلاحة والتجهيز، ثم بعد سنة إلى وزارة التراب الوطني والتعمير والإسكان، وفي عام 2007 تم اسناد مهمة حماية البيئة الى وزارة الطاقة والمعادن والماء والبيئة[1169]، أما اليوم فقد أوكلت مهمة حماية البيئة الى وزارة الانتقال الطاقي والتنمية المستدامة.

- **المجلس الوطني للبيئة:** لقد تم احداث المجلس الوطني للبيئة عام 1980 كمؤسسة توجيهية تضم جميع المتدخلين والمعنين بالشأن البيئي من إدارة ترابية ومجتمع مدني وباحثين، والذي تم تغيير هيكلته وتوسيع مهامه عام 1995 إذ عقد دورته السادسة يوم 11 ماي 2001 بالرباط. ويعتبر المجلس الوطني للبيئة من أهم آليات تدبير البيئة، فهو يعتبر هيئة استشارية حيث يلعب دورا رئيسيا في مجال التنسيق في القضايا البيئية. وترأسه السلطة الحكومية المكلفة بالبيئة، ويسهل الى حد كبير أشغال التنسيق والتشاور بين مختلف المتدخلين في مجال البيئة والتنمية المستدامة. وذلك بغية تحقيق الأغراض التالية:

-المحافظة على التوازن البيئي للمحيط الطبيعي وخاصة المياه والأرض والهواء والحيوانات والنباتات والمناظر الطبيعي؛

- الوقاية من التلوث والأذى بمختلف أنواعه ومحاربتهما والحد منهما؛

1166 وزارة الانتقال الطاقي والتنمية المستدمة - قطاع التنمية المستدامة -،مؤشر الأداء المناخي –نسخة 2023 المغرب يقفز إلى المرتبة الرابعة عالميا بلاغ صحفي.

1167 فاطمة عاريب، تحديات ورهانات الاقتصاد الأخضر في المغرب، كتاب الإنسان والبيئة مقاربات فكرية واجتماعية واقتصادية، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، ص 197.

1168 عبد العالي الطاهري، التشريع البيئي بالمغرب بين تحصين المكتسبات وتنزيل مقتضيات العهود والاتفاقيات الدولية، شبكة بيئة أبوظبي، المملكة المغربية، 13 يناير 2022.

1169سعادة فاطمة الزهرة، مرجع سابق، ص 179.

- تحسين إطار العيش وظروفه؛ وغيرها من الأدوار الأخرى[1170]. إلا أن قرارات وتوصيات هذه المؤسسة الاستشارية بقيت محدودة على مستوى ترجمتها الى برامج ومبادرات ميدانية وكذا تفاعلات البرامج والمخططات القطاعية المعنية مع سياسات تدبير واستغلال الموارد الطبيعية والمجال الطبيعي[1171].

- **المجالس الجهوية:** تنص المادة الأولى من مرسوم 2.93.1011 على أنه "يحدث مجلس وطني للبيئة ومجالس جهوية للبيئة ويحدث أيضا مجلس للبيئة على صعيد كل ولاية أو على صعيد كل إقليم". وتناط بالمجالس الجهوية للبيئة داخل الحدود الترابية للجهات المحدثة بالظهير الشريف رقم 1.71.77 الصادر في 22 من ربيع الآخر 1391 (16 يونيو 1971) بإحداث الجهات المهام التالية:

- القيام بجرد مشاكل البيئة الجهوية بما فيها المشاكل المتعلقة بالتشريع والتنظيم وإرشاد المجلس الوطني للبيئة في هذا الموضوع؛
- النهوض بكل عمل من شأنه المساهمة في حماية البيئة الجهوية وتحسينها؛
- تطبيق التوجيهات والتوصيات الصادرة عن المجلس الوطني للبيئة[1172].

- **المرصد الوطني والمراصد الجهوية للبيئة:** يقوم بمراقبة البيئة وتتبع حالة البيئة بالمغرب، حيث ينجز دراسات وبحوث في الموضوع، ويقوم كذلك بجمع المعطيات ومعالجتها. كما أن المرصد يهتم بمتابعة مؤشرات التنمية المستدامة من خلال(الإعداد والتعريف والتحيين). ويقوم المرصد كذلك بتنشيط شبكة المراصد الجهوية الموزعة على الجهات الستة عشر، والتي تقوم بنفس المهمة على المستوى الجهوي والمحلي بتنسيق مع مختلف الشركاء من سلطات محلية ومجالس منتخبة وفاعلين اقتصاديين ومعاهد عليا وجمعيات المجتمع المدني.

- **المختبر الوطني للدراسات ورصد التلوث:** يتكلف هذا المختبر بالدراسات ومراقبة التلوث. ويساهم في وضع شبكة المراقبة وقياس جودة البيئة. كما يحلل ويستثمر النتائج انطلاقا من معايير ومؤشرات الجودة[1173].

- **مؤسسات ذات طابع جزري:** يعتبر نظام الجباية البيئية أحد أهم الأسس الردعية التي تهدف الى تكريس مبدأ الثقافة البيئية و تحقيق أهداف التنمية المستدامة وذلك من خلال نظامين احدهما نظام الضريبة الجبائية والآخر نظام الحوافز الضريبية[1174]. وتسهر مجموعة من المؤسسات ذات الطابع الجزري والتي تتولى مسألة ترتيب الجزاء في حق كل المخالفين للمقتضيات القانونية التي جاء بها النص التشريعي المرتبط بالشأن البيئي ونجد على سبيل المثال لا الحصر؛ المادة 14 من القانون 12.03 المتعلق بدراسات التأثير على البيئة، والتي تنص على أن ضباط الشرطة القضائية والأعوان المحلفون والمكلفون من طرف الإدارة والجماعات الترابية يتولون مهمة ضبط ومعاينة المخالفات المرتكبة في المجال البيئي. كما توضح المادة الأولى من المرسوم رقم 1.14.782 الصادر في 30 رجب 1436 الموافق ل19 ماي 2015 المتعلق بتنظيم وبكيفيات سير الشرطة البيئية، الجريدة الرسمية عدد 6366 بتاريخ 16 شعبان 1436 الموافق 4 يونيو 2015 ص 5581، مهام الشرطة البيئية المحدثة بموجب المادة 35 من القانون الإطار رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة التي يشار اليها بأنها السلطة الحكومية المكلفة بالبيئة... وغيرها من القوانين التي لا يتسع المجال للوقوف عليها.

هذا التشتت في الاختصاصات البيئية بين الوزارات وداخل البنيات الوزارية والمصالح، أعاق في مرحلة ما من تاريخ التدبير الحكومي المغربي تطور المجال البيئي، لأن إيجاد سياسة موحدة لمواجهة قضايا البيئة يقتضي تقليصا لوجود أكثر من مصلحة وسلطة في

1170 راجع المرسوم رقم 2.93.1011 صادر في 18 من شعبان 1415 (20 يناير 1995) يتعلق بإعادة تنظيم الهيئات المكلفة بالمحافظة على البيئة تحسينها.

1171 عبد العالي الطاهري، مرجع سابق.

1172 المادة 12 من المرسوم رقم 2.93.1011 صادر في 18 من شعبان 1415 (20 يناير 1995) يتعلق بإعادة تنظيم الهيئات المكلفة بالمحافظة على البيئة تحسينها.

1173 https://www.environnement.gov.ma/ar/88-ministre/missions/295-structures-ar

1174 زهية بورفيس، منى غبولي، الثقافة البيئية آلية لتجسيد التنمية المستدامة في المجتمع، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مج 13، العدد 02، أكتوبر 2021، ص 735.

مجال التدبير البيئي[1175]. لذلك فإن الحكومة بما لها من وسائل تسعى جاهدة الى تفعل المقتضيات القانونية المرتبطة بالمجال البيئي من خلال؛ تعزيز وتقوية السلطة الحكومية المكلفة بالبيئة للرفع من مستوى وضعها، الى جانب العمل بكل الطرق لإشراك مختلف الفاعلين بما فيهم الأسرة والمدرسة والإعلام بمختلف أنماطه والمجتمع المدني في المساهمة في دعم وتعزيز حماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة. إن الإصلاحات التي قدمتها المملكة وفق الرؤية الملكية المتبصرة في مجال حماية البيئة والتنمية المستدامة، تساهم بشكل كبير في نمو الوعي البيئي وترسيخ دمج الاستدامة على مستوى مؤسسات الدولة وقطاعاتها الحيوية بشكل خاص، وكذلك على مستوى وعي أفراد المجتمع بشكل عام. إلا أن الدولة تعول على مجموعة من الفاعلين سواء الرسمين وغير الرسمين في تنمية وتطوير هذا الوعي وتحويله الى ثقافة بيئية مجتمعية سليمة ونشرها على أوسع نطاق ممكن.

الفقرة الثانية: مكانة الثقافة البيئية داخل المؤسسات التعليمية والاعلام

1. مساهمة المؤسسات التعليمية في انتاج مواطن ايكولوجي

لقد وضعت التنمية المستدامة على أساس أنها أسلوب معيشة ونهج حياة، وكذلك نظرية تقوم على التفكير بطريقة شمولية مرتبطة ومتكاملة، وذلك ضمن مجموعة من العلاقات والتفاعلات بين الاعتبارات الاجتماعية، والأساليب الاقتصادية والتكنلوجية والبيئية الطبيعية. حيث تسعى الى اشراك السكان كافة طوعا وبطريقة مسؤولة، مما يستوجب توفر وتطبيق طرق أخلاقية معينة، تهدف الى تغير وتعديل في سلوك الانسان المسبب الأول لهذه المشكلات البيئية، وذلك لفهم العلاقات والقوانين الناظمة للبيئة. لذلك وجب إيجاد رادع ذاتي ينبع من داخل الانسان. ويتحقق ذلك من خلال تطوير القدرات وتزويد الأفراد بالخبرات والمعارف والمهارات الضرورية، وسلوكيات أساسها الإحساس بالمسؤولية تجاه البيئة بجميع جوانبها الطبيعية والاجتماعية والاقتصادية. الأمر الذي يجعل التربية على البيئة أداة أساسية لنشر المعرفة المتعلقة بالمشكلات البيئية المحلية والوطنية والعالمية، وعنصرا مكملا ضمن مساهمات الجزء للكل، وإحدى الاستراتيجيات المهمة لتحقيق التنمية المستدامة[1176].

اذ يعتبر التعليم الأخضر مفهوم حديث يدخل ضمن نطاق الاقتصاد الأخضر والمستدام. فقد انتشر هذا المفهوم على نطاق واسع في أواخر السبعينيات وأوائل الثمانينيات من القرن العشرين، ويركز هذا النمط من التعليم على تضمين مفاهيم الاستدامة والحفاظ على البيئة في مناهج التعليم. كما أنه يسعى الى تحفيز الوعي بقضايا البيئة وتشجيع الممارسات المستدامة بين الطلاب. وهو ما يمكن من اكتساب طرق التعامل مع التحديات البيئية بشكل اكثر شمولا. ذلك أن التعليم الأخضر يشجع على التفكير النقدي حول التأثيرات البيئية للأفعال اليومية والبحث عن حلول المستدامة، تحفيز الطلاب على المشاركة الفعالة في مشاريع بيئية وأنشطة تعلم عملية، تعزيز الوعي بقضايا البيئة بهدف تبني سلوكيات حياتية صديقة للبيئة. ويدفع التعليم الأخضر كذلك الى تفعيل المسؤولية الاجتماعية لدى الطلاب والتفكير في دورهم كأفراد وأعضاء في المجتمع، وكيفية مساهماتهم في تحقيق التنمية المستدامة، وتشجيع الطلاب على استخدام التكنلوجيا والابتكار في تحقيق أهداف التنمية المستدامة. ويستخدم التعليم الأخضر كذلك أساليب تدريس تشاركية من أجل التشجيع على التفاعل والتعاون، مما يعزز التعلم الشامل والمستدام. ويعتبر بذلك التعليم الأخضر الأداة الفعالة لتحقيق التعليم المستدام وذلك من خلال تضمين قضايا البيئة والاستدامة في عملية التعليم بشكل شامل ومستمر. وبالتالي فتكامل نمط التعليم الأخضر والتعليم المستدام يمكن أن يساهم في تحضير الأجيال القادمة لفهم التحديات البيئية والاقتصادية والاجتماعية، واتخاذ الإجراءات المناسبة للحفاظ على البيئة وتحسين الحياة المجتمعية[1177].

ويعتبر المغرب من ضمن البلدان التي تعمل بجد لتنزيل واعتماد التربية البيئية والتنمية المستدامة والتربية على التغيرات المناخية، وذلك من خلال اصدار العديد من المذكرات الوزارية المركزية الصادرة عن وزارة التربية الوطنية، وكذلك الجهوية والإقليمية والتي

1175 عبد العالي الطاهري، مرجع سابق.

1176 فتيحة طويل، التربية البيئية ودورها في التنمية المستدامة –دراسة ميدانية بمؤسسات التعليم المتوسط بمدينة بسكرة-، أطروحة دكتوراه تخصص علم الاجتماع التنمية، جامعة محمد خيضر –بسكرة- ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم العلوم الاجتماعية شعبة علم الاجتماع، الجزائر، 2012-2013، ص 10.

1177 أمين سامي، التعليم الأخضر آلية لتنزيل التعليم المستدام، شبكة بيئة أبوظبي، المملكة المغربية، 17 يناير 2024.

تدعو الى الاهتمام المتزايد بالمجال البيئي وتعزيز الثقافة البيئية. وهو الأمر الذي يأتي في إطار سياسة تجويد وتحسين الحياة المدرسية وتأهيل المؤسسات التعليمية. ونذكر على سبيل المثال لا الحصر؛ المذكرة الوزارية رقم 16 بتاريخ 10 فبراير 2010 في موضوع الميثاق الوطني للبيئة والتنمية المستدامة والتي جاءت تنفيذا للتوجيهات الملكية التي عبر عنها خطاب العرش ليوم 30 يوليوز 2009، والرامية الى اعداد مشروع ميثاق وطني شامل للبيئة باعتبارها رصيدا مشتركا للأمة ومسؤولية جماعية لأجيالها الحاضرة والمقبلة. من أهم التدابير التي جاءت بها المذكرة واتخذتها وزارة التربية الوطنية نهجا للمشاركة في بلورة الميثاق الوطني للبيئة والتنمية المستدامة نجد:

- إشراك المتعلمات والمتعلمين ومختلف الفاعلين التربويين وشركاء المؤسسات التعليمية في صياغة الميثاق الوطني للبيئة.
- تنمية وعي المتعلمات والمتعلمين بقضايا البيئة والتنمية المستدامة وتحفيزهم للانخراط معرفيا وسلوكيا وعمليا في المحافظة على البيئة وتنميتها بشكل مستديم.
- جعل المؤسسات التعليمية ومؤسسات التربية والتكوين نموذجا في تفعيل مبادئ المحافظة على البيئة والتنمية المستدامة.
- غرس 6 ملايين شجرة ونبتة داخل وخارج المؤسسات التعليمية.
- التعميم التدريجي للمدارس الايكولوجية اعتبارا للنجاح الذي حققته تجربة المدارس الايكولوجية المدعمة من طرف مؤسسة محمد السادس لحماية البيئة...

وبغية الحصول على المساعدات والموارد المالية والتقنية والعلمية والخبرات الميدانية، وقعت وزارة التربية الوطنية اتفاقية إطار – شراكة وتعاون مع المندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر وهي الاتفاقية التي وقعت في 11 شتنبر 2008 بين كل من وزير التربية الوطنية آنذاك السيد أحمد خشيشن والسيد عبد العظيم الحافي المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر، ومن ضمن أهم بنودها تحديد مجالات هذه الشراكة في:

- تهيئ المجال الطبيعي للفضاء المدرسي ومحيطه
- إقامة الأنشطة ووضع برامج ومناهج بيئية موجهة للتلميذات والتلاميذ.
- التوعية والتحسيس بالمجال البيئي والطبيعي.
- التكوين في المجال البيئي.

وقد التزمت المندوبية السامية ب:

- توفير الأغراس اللازمة لحملات التشجير بالمؤسسات التعليمية ومحيطها.
- تقديم الخبرة التقنية في مجال تهيئ الفضاءات الخضراء بالمؤسسات التعليمية.
- تأطير الزيارات الميدانية داخل المجال الغابوي والمناطق ذات الأهمية البيولوجية والايكولوجية.
- تزويد المكتبات المدرسية بالوثائق والكتب التي تتطرق الى البيئة الغابوية والطبيعية.

كما أن وزارة التربية الوطنية التزمت هي الأخرى ب:

- تشجيع التلاميذ والتلميذات على إحداث فضاءات خضراء بالمؤسسات التعليمية والعناية بها، وذلك بمساهمة الجمعيات المهتمة بالمجال البيئي.
- تضمين برامج التكوين الموجهة للأطر التربوية والإدارية المواضيع الخاصة بالبيئة الغابوية والطبيعية.
- تكريس المفاهيم البيئية ضمن المقررات والبرامج التعليمية والأنشطة السوسيو تربوية.

- السماح للفرق التقنية التابعة لمصالح المندوبية السامية لولوج المؤسسات التعليمية بغية تأطير مختلف العمليات والأنشطة الهادفة الى المحافظة على المجال البيئي.
- وضع برامج إعلامية وتربوية تحسيسية لفائدة التلميذات والتلاميذ في مجال المحافظة على البيئة الغابوية والطبيعية. وقد خصصت لهذه الاتفاقية آليات للتنفيذ والتتبع والتقييم على المستوي المركزي والجهوي والإقليمي والمحلي[1178].

وفي نفس الإطار نجد كذلك الاتفاقية الإطار التي وقعت بتاريخ 5 يونيو 2017 بين كاتبة الدولة المكلفة بالتنمية المستدامة السيدة نزهة الوافي و السيد محمد حصاد وزير التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي. وترمي الاتفاقية الى تحديد إطار شراكة بين وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي وكتابة الدولة المكلفة بالتنمية المستدامة، مما يمكن الطرفين من تنسيق الجهود لترسيخ التوعية والتربية على البيئة والتنمية المستدامة ونشر ثقافة حماية وتثمين البيئة بالمؤسسات التعليمية. وبموجب هذه الاتفاقية التزمت وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، بالعمل على وضع برامج بيداغوجية تدمج التربية البيئية في المناهج التعليمية، وتشجع تعميم الأندية البيئية، وتسهيل ولوج المؤسسات التعليمية للقيام بالأنشطة في مجال التربية البيئية والتنمية المستدامة. كما التزمت كتابة الدولة المكلفة بالتنمية المستدامة وفق نص هذه الاتفاقية، بإحداث وتجهيز الأندية البيئية للمؤسسات التعليمية، وتنظيم دورات تكوينية للأطر التربوية في مجال التربية البيئية، فضلا عن تقديم الدعم للأندية المحدثة بالمؤسسات التعليمية المعنية من خلال توفير المعلومات التقنية الضرورية بالإضافة إلى تنظيم أنشطة وورشات موضوعاتية متعلقة بالبيئة لفائدة التلاميذ بالمؤسسات التعليمية من خلال زيارة القافلة البيئية.

وهو ما أكدت عليه كذلك الرؤية الاستراتيجية للإصلاح 2030/2015 والتي دعت الى" تحقيق مدرسة للجميع بمهام متعددة، توفر خدمات لأفراد المجتمع كافة، من حيث التوعية الصحية والبيئية والتثقيف والتعلم مدى الحياة، وتوفر لهم أيضا مرافق داعمة ....، قصد تمتين علاقة تفاعلية وسلسة مع الأسر ومع المحيط"[1179].

لا يمكن كذلك اغفال الدور الذي تلعبه مؤسسة محمد السادس لحماية البيئة[1180]، والتي أحدثت بمبادرة من الملك محمد السادس وتترأسها الأميرة للا حسناء. وتتمثل المهمة الأساسية لهذه المؤسسة في التربية والتحسيس بضرورة الحفاظ على البيئة والتنمية المستدامة، حيث تستهدف من خلال هذه المهمة كافة الجماهير من تلاميذ إلى صناع القرار السياسي والاقتصادي. وتشتغل هذه المؤسسة على مجموعة من البرامج والتي يأتي على رأسها برنامج "المدارس الايكولوجية" وهو برنامج دولي أنشأ من طرف المؤسسة الدولية للتربية على البيئة (FEE) واعتمدته مؤسسة محمد السادس لحماية البيئة سنة 2006 بشراكة مع وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والبحث العلمي والتعليم العالي. ويستهدف هذا البرنامج المدارس الابتدائية بالإضافة الى المدارس الإعدادية والثانوية. وتقوم مؤسسة محمد السادس لحماية البيئية بشراكة مع وزارة التربية الوطنية والتعليم الأولي والرياضة، بخلق وحدات للبحث في المجالين البيئي والمناخي وإنشاء نوادي حقيقية للبيئة وتنظيم أنشطة بيئية ليست موسمية بل على طول السنة وذلك وفق برنامج بيئي محدد. ومن ضمن أهداف هذا البرنامج كذلك؛ السماح للأساتذة بدمج التربية البيئية في المقررات الدراسية وهو مبدأ مبتكر في أصول التدريس وتعريف التلاميذ بتأثير سلوكهم على البيئة وبالتالي تعزيز التربية من أجل المواطنة وتوعية التلاميذ بالقضايا البيئية. ويتم منح كل مدرسة حققت أهداف البرنامج اللواء الأخضر ليصبح بمثابة الحافز[1181].

1178 محمد بادرة، التربية البيئية مدخل لتشكيل الوعي والسلوك السليم، جريدة الاتحاد الاشتراكي، 4/4/2019 أخر تحديث 8/4/2024.

1179 المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، من أجل مدرسة الإنصاف والجودة والارتقاء رؤية استراتيجية للإصلاح 2015-2030، المادة 117، ص: 67

1180 https://fm6e.org/ar/

1181 عزيزة بوطهير، المدارس الايكولوجية: التربية على البيئة داخل المدارس، لوبوكلاج، 19 فبراير 2023.

تلعب المؤسسات التعليمية دورا مهما في إنتاج جيل أخضر يؤمن بضرورة الحفاظ على ما تبقى من الموارد البيئية والطبيعية. وذلك من خلال اتخاذ الثقافة البيئية السليمة حيزا مهما ضمن المواد العلمية والتقنية والأدبية التي تدرس للمتعلمات والمتعلمين سواء من داخل المناهج الدراسية أو خارجها. وهو ما يضع كذلك هذه المؤسسات والاطر الساهرة عليها ضمن نطاق مسؤولية جد حساسة وجد مؤثرة في تشكيل جيل إيكولوجي واعي. مما يستوجب عليها ضرورة التطوير والتجديد في الطرق والآليات التعليمية وفق ما تستدعيه روح العصر من تكنلوجيا.

بالإضافة الى ذلك هنالك ضرورة ملحة تستدعي التركيز على تعليم المرأة مبادئ الثقافة البيئية السليمة بشكل عام وطرق تلقين الأطفال التربية البيئية الصحيحة بشكل خاص، فالمرأة هي الأم وهي المربية الأولى التي يرى الطفل ويفهم من خلالها ما يدور حوله. وهو ما أكد عليه المهاتما غاندي عن أهمية تعليم المرأة بقول: "إذا علمت امرأة فانت تعلم أسرة بأكملها، وإذا علمت رجلا فانت تعلم فردا واحدا". فالمرأة المتعلمة تكون لها القدرة أكثر من غيرها على زرع السلوكيات السليمة لحماية البيئة وترشيد استخدام مواردها المختلفة[1182].

2. دور الإعلام في تشكيل الثقافة البيئية ونشرها

يعد الإعلام من أهم الوسائل المؤثرة في صناعة ونشر الفكر والثقافة لدى الأفراد والجماعات داخل المجتمع و للإعلام فروع من ضمنها الإعلام البيئي هذا المصطلح ظهر بعد مؤتمر ستوكهولم عام 1972، وبرز كذلك في قمة الأرض التي عقدت في ريو ديجانيرو عام 1992 برعاية منظمة الأمم المتحدة، هذه القمة تم من خلالها دعوة الدول الى ضمان الحق في الإعلام البيئي، حيث تطرق المبدأ العاشر الى أنه لكل فرد حق الاطلاع على المعلومات التي تحوزها السلطات العامة المتعلقة بالبيئة، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالمواد والنشاطات الخطيرة، كما أن لكل فرد حق المشاركة في المسارات المتعلقة باتخاذ القرارات البيئية، ولذلك ينبغي على الدولة تشجيع وتحسيس الجمهور من خلال وضع المعلومات تحت تصرفه[1183].

ويعرف الإعلام البيئي بأنه أداة تعمل على توضيح المفاهيم البيئية، وذلك من خلال إحاطة الجمهور المتلقي والمستهدف بالرسالة الإعلامية البيئية بكافة الحقائق والمعلومات الموضوعية، بما يسهم في تأصيل تنمية البيئة المستدامة، وتنوير المستهدفين برأي سديد في الموضوعات والمشكلات البيئية المثارة والمطروحة[1184]. حيث يسعى الإعلام البيئي الى خلق الإدراك وزيادة الوعي بقضايا البيئة وتمكين الافراد من المعلومات المتنوعة التي تتعلق بقضايا البيئة لاكتساب الفرد المهارات اللازمة للمشاركة في حماية البيئة وتنمية مواردها.

ويعتبر هذا النمط من الإعلام الوسيلة التي يتم عن طريقها إيصال الحقائق والمعلومات البيئية الموثوقة إلى الجمهور، وأداة حوار مفتوحة ومشاركة في اتخاذ القرار. كما أنه وسيلة لإبلاغ الجمهور عن السياسات الحكومية وشرح المخططات والتدابير المتعلقة بالبيئة لإعطاء الناس حقهم الطبيعي في حرية الوصول الى المعلومات وتأمين شفافية العمل الرسمي. وأداة لإحداث تغيير في سلوك الناس وتعاملهم مع البيئة، إما في إطار تصرفات شخصية طوعية وإما في إطار تأمين الدعم لسياسات وتشريعات بيئية رسمية، وهو وسيلة كذلك لنسج العلاقات العامة؛ إذ أن السياسة البيئية الحكومية لا يمكن أن تنجح دون إقامة شبكة من العلاقات بين المسؤولين عن السياسة البيئية من جهة، والهيئات الأهلية والصناعية والتجار والمهنيين والتربويين والمستهلكين وجميع الفئات الشعبية والرسمية من جهة أخرى[1185].

1182 عزاوي أعمر- لعمى أحمد، الثقافة البيئية بعد استراتيجي لحماية البيئة، جامعة ورقلة، 2013/12/22، ص 47.

1183 وناس يحي، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007، ص: 160.

1184 عبد الله أحمد الشايع عبد العزيز، الإعلام ودوره في تحقيق الأمن البيئي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، 2003، ص 18.

1185 الشارف محمد الشارف، الإعلام ودوره في حماية البيئة، مجلة العلوم الإنسانية والتطبيقية، مج 7، العدد 14، 31 ديسمبر 2022، ص: 123.

ويرتبط الاعلام بالبيئة ارتباطا وثيقا، فالمسؤولية تحتم عليه حماية البيئة وضمان سلامتها، بالإضافة الى إعطاء قضايا البيئة الأهمية القصوى، فكلما أسهمت أجهزة الإعلام في تأصيل دورها داخل المجتمع كان حصاد ذلك مزيدا من الحيطة والحذر والوعي الاجتماعي[1186].

وتقوم وسائل الإعلام في المجتمعات المعاصرة بدور مهم في توجيه الرأي العام نحو القضايا ذات الاهتمام البيئي، وقد كان للتطور التكنلوجي الكبير الذي عرفته وسائل الاعلام بمختلف اشكالها وصورها أثر إيجابي على تضاعف قدراتها وفعاليتها في تعبئة الرأي العام وتوحيد مواقفه تجاه العديد من القضايا الإنسانية المشتركة، على مختلف الأصعدة المحلية والوطنية والدولية. حيث أضحى إقناع الرأي العام بأي قضية من قضايا الشأن العام خلال العقود والسنوات الأخيرة متوقفا بدرجة كبيرة على ما تقدمه وسائل الإعلام من أراء ومعلومات تساعده على الاقتناع بها[1187].

ففي ظل التهديدات التي تواجهها البيئة، يكتسي دور الاعلام البيئي أهمية كبيرة. حيث تعتبر وسائل الاعلام البيئية هي الأخرى جزء من المنظومة التي تسعى الى رسم اطار بيئي سليم لدى المواطنين، ويتأتى ذلك من خلال التشمير عن أقلامها ومعداتها الفنية والتقنية لنقل الأخبار البيئية وتنمية الحس البيئي لدى الأفراد والجماعات في ظل المخاطر البيئية المتنامية، والأهم من ذلك قيامها بنشر الوعي البيئي بهدف خلق ثقافة بيئية تشاركية لتحقيق تنمية مستدامة. إذ أن الاعلام تجاوز أدواره التقليدية المتمثلة في نقل الأخبار والمعلومات، وأصبح وسيلة فعالة للضغط على صناع القرار لدفعهم إلى اتخاذ إجراءات لحماية البيئة، وإدراج البعد البيئي ضمن جميع المخططات التنموية[1188].

ففي المغرب زاد اهتمام وسائل الاعلام السمعية والبصرية بقوة بالقضايا البيئية، خصوصا بعد التنظيم الناجح لقمة المناخ بمراكش في نسختها الثانية والعشرون، وبالموازاة مع هذا النجاح ظهرت دينامية إعلامية على مستوى المؤسسة الوطنية للإذاعة والتلفزيون بالمغرب. حيث عرفت سنة 2020 تسجيل أكثر من 993 موضوعا إعلاميا على القناة الأولى المغربية يخص موضوع البيئة والتنمية المستدامة، وفي عام 2021 تم تقديم ما يزيد عن 1256 مادة إعلامية على القناة الأولى لها علاقة بالبيئة. وعرفت بداية عام 2022 انطلاق برنامج "عين على البيئة" على القناة الأولى والذي تقدمه الإعلامية هدى مساهل، هذا الأخير أغنى المجال الإعلامي البيئي بدقة الأرقام المقدمة فيه وجودة الخبراء الذين يستضيفهم[1189]. وتفعيلا للتوصيات التي صدرت عن قمة المناخ في دورتها الثانية والعشرين لمؤتمر الأطراف في الاتفاقية الإطار للأمم المتحدة بشأن تغير المناخ تم إخراج الميثاق الوطني للإعلام والبيئة والتنمية المستدامة لحيز الوجود. والذي وقعت عليه 30 مؤسسة وطنية تمثل قطاعات وزارية وهيئات ترابية والقطاع الخاص ومؤسسات التكوين والبحث المستمر وجمعيات المجتمع المدني ومتعهدي الاتصال السمعي البصري والصحافة المكتوبة، مؤسسة محمد السادس لحماية البيئة والمجلس الاقتصادي والبيئي... حيث يهدف هذا الميثاق الى الرفع من تأثير الإعلام الوطني في مواجهة التحديات الكبرى التي تشهدها المملكة في مجالات البيئة والتنمية المستدامة، والدور الإستباقي والفعال الذي يتعين أن يلعبه الإعلام على مستوى انتقاء ومعالجة قضايا البيئة، والقيام بمهام الإخبار الآني والتوعية النقدية المواطنة بالموازاة مع تنشيط النقاش العمومي والترافع للتأثير على السياسات العمومية لتحقيق أهداف التنمية المستدامة في أفق 2030[1190].

ومع تطور وسائل الاتصال الحديثة وتنامي استخدام شبكة الانترنت كوسيط واسع الانتشار برز مصطلح الاعلام البيئي الالكتروني أو ما يعرف كذلك بالإعلام الأخضر، والذي يشترك مع الاعلام البيئي في الوظائف، إلا انه يعتمد في ذلك على التقنيات الحديثة

1186 المرجع السابق، ص: 121.

1187 عبد الكريم محمد السروي، الرقابة الشعبية على سلطة رئيس الدولة، دراسة مقارنة بين النظامين الدستوري المعاصر والإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص: 276.

1188 دالع وهيبة، دور الإعلام البيئي في نشر الثقافة البيئية -حالة المجتمعات العربية- ، المجلة الجزائرية للعلوم الاجتماعية والإنسانية، مج 08، العدد 02 (2020)،ص 154.

1189 محمد بن عبو، الإعلام الإيكولوجي في المغرب ..تطور همه وجهد متواصل خدمة لقضايا البيئة والتنمية المستدامة، بيان اليوم 6 فبراير 2022 – 6:47.

1190 المرجع السابق.

وخدمات الويب والتطبيقات والمواقع الاجتماعية، حيث أصبحنا نشهد ظهور مجموعة من القنوات والصفحات التي تطرح قضايا ومشكلات البيئة على مختلف منصات التواصل الاجتماعي .

حيث يمكن اعتبار الاعلام البيئي اعلاما نقديا يحاول من خلال ما يمتلكه من حقوق وامكانيات كشف ما يلحق بالبيئة من أضرار وخاصة الفساد البيئي والسياسات العمومية اللابيئية، ويحظى هذا النوع من الاعلام البيئي الاستقصائي ان صح التعبير في الغرب بمكانة قوية، لدوره المهم في التربية البيئية ونشر الثقافة البيئية وتعرية الفساد البيئي بغض النظر عن من يقوم بالأفعال والسلوكيات الضارة بالبيئة. فعلى الرغم من قلة العاملين في هذا المجال من صحفيين الا أنهم يحاولون قدر الإمكان الترافع عن ما يرونه من فساد، وذلك على الرغم من وجود لوبيات اقتصادية وطاقية تحتكر المعلومة البيئية، وكمثال عن بعض المبادرات الإعلامية التي تعمل على نشر الثقافة البيئية نجد؛

مؤسسة Heinrich Böll Stiftung Rabat والتي أطلقت بالتعاون مع حركة شباب من أجل المناخ المغرب، اكاديمية الإعلام الأخضر، وهي مشروع طموح يسعى من خلال الدورات التدريبية التي يقدمها الى؛ تشجيع دمج القضايا البيئية في الإنتاج الصحفي، والى تسهيل تبادل الخبرات بين الصحفيين والفاعلين المحليين وبالتالي المساعدة على رفع مستوى الوعي بالتحديات البيئية، وستساهم هذه المبادرة كذلك في تنمية الوعي البيئي الفردي والجماعي والمدني بين افراد المجتمع المغربي[1191].

وتعتبر القارة الافريقية هي القارة المتضررة الأكبر من التغيير المناخي لما تعرفه من انتشار الأوبئة والجفاف والفيضانات المفاجئة والاجهاد المائي وتضرر القطاع الفلاحي، الامر الذي يؤثر على الأمن الغذائي وبالتالي على تحقيق الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي بالقارة، لذلك تحاول مجموعة من الجمعيات الوقوف عند هذه المشاكل ومحاولة معالجتها. حيث طالبت مجموعة من الجمعيات بضرورة العمل على خلق مركز إعلامي بيئي بالمغرب يضم الفاعلين الإعلاميين الافارقة بغية التكوين والتحسيس والترافع وخلق قلم بيئي إفريقي موحد؛ يسعى إلى نشر الثقافة البيئية في المجتمعات الافريقية والدفاع عن مصالحها الحيوية لخلق تواصل مستمر بين المؤسسات الإعلامية البيئية والمناخية الإفريقية ومؤسسات البحث العلمي الإفريقية والدولية... وغيرها من المتطلبات الملحة. ومن أبرز هذه الجمعيات نجد الجمعية المغربية للإعلام البيئي والمناخ، وجمعية "أفكر" للبيئة والتنمية المستدامة والتنسيق أحيانا مع شبكة الصحفيين من أجل البيئة والتنمية المستدامة وشبكة الصحفيين الأفارقة من أجل البيئة، وشبكة الاعلام البيئي والتواصل بإفريقيا الوسطى وذلك من خلال عقد ندوات[1192] وغيرها من الفعاليات التي تساهم على نشر الثقافة البيئية على مستوى القارة الافريقية بصفة عامة والبلاد كل على حدى بصفة خاصة.

إن الإعلام البيئي في المغرب وعلى الرغم من قلته الا أنه يترافع بإمكانيات بسيطة عن القضايا البيئية، فإذا أراد هذا النوع من الإعلام أن يساهم في غرس الوعي البيئي في المجتمع ويبلور فعلا ترافعيا موضوعيا ذا مصداقية، فعليه أن يؤسس لذاته لغة إعلامية سلسة قابلة للإدراك والفهم، لتصل الى المتلقين على جميع المستويات. كما أنه يجب على الدولة إضافة هذا التخصص ضمن تخصصات الاعلام في جميع المعاهد والجامعات، ودعم التكوين والتكوين المستمر والمصاحبة المهنية لإعلامي البيئة، وذلك من اجل خلق جسور التواصل بين الاعلاميين والباحثين والجهات الفاعلة في المجالات المرتبطة بالبيئة، لتشجيع انجاز الأبحاث والدراسات المرتبطة بالمجال البيئي.

ان الاعلام البيئي يقوم بمجموعة من الوظائف يروم من خلالها الى نشر الثقافة البيئية السليمة وترسيخها كسلوك معتمد من طرف الافراد والمؤسسات الرسمية وغير الرسمية. فهو يلعب دورا رئيسيا لتوعية المجتمعات بأبرز التحديات البيئية وتأثير السلوكيات البشرية الضارة بالبيئة، وتشجيعهم على اعتماد ممارسات صديقة للبيئة. إذ أن وسائل الإعلام تستطيع أن توفر أنماطا

1191 الحدث الافريقي، اطلاق اكاديمية الاعلام الأخضر لمستقبل بيئي اكثر استدامة، 26 ابريل 2023. تم زيارة الموقع يوم 6 فبراير 2024 19:18.

1192 بيان صحفي، ندوة افتراضية افريقية: التأكيد على ضرورة خلق مركز اعلامي بيئي افريقي بالغرب الاحداث الوطنية. https://albayapresse.ma/%D9%86%D8%AF%D9%88%D8%A9-%D8%A7%D9%81%D8%AA%D8%B1%D8%A7%D8%B6%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%81%D8%B1%D9%8A%D9%82%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%A3%D9%83%D9%8A%D8%AF-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%B6%D8%B1%D9%88.html

جديدة من الاتجاهات الإيجابية، وذلك لما لها من دور محوري في تنمية المواقف والقيم المختلفة، بالإضافة الى إعداد جمهور يتقبل تغيير مواقفه التقليدية، وسلوكياته المضرة بالبيئة، والتأثير فيه من أجل تحسينها[1193]. لذلك وجب تظافر الجهود بين وسائل الإعلام والجهات المعنية للتوعية والتثقيف وتعزيز المسؤولية المجتمعية بغرض تحقيق أهداف التنمية المستدامة والمحافظة على المصادر الطبيعية. فدور الإعلام البيئي لا يقتصر على نقل الأخبار والمعلومات البيئية، وإنما يتعدى ذلك فهو يساهم في إنشاء مواطنة ايكولوجية من خلال غرس الوعي البيئي ونشر الثقافة البيئية في المجتمع وتكوين الرأي العام حول الموضوعات البيئية والتهديدات الجديدة التي تواجهها لخلق روح التضامن الجماعي للحفاظ على البيئة، وتدعيم عنصر المشاركة الإيجابية الفردية والجماعية، وكل هذا يعمل على تكوين ثقافة بيئية تساهم في التطور والرقي الحضاري للمجتمعات، فالثقافة تعتبر جزءا من الحضارة[1194].

استنادا الى ما سبق يمكن القول ان الاعلام البيئي بالمغرب اليوم ،أصبح إعلاما تنمويا فهو يعمل كشريك أساسي إلى جانب باقي الفاعلين الأساسيين في تشكيل ثقافة بيئية مجتمعية رشيدة لتحقيق تنمية مستدامة.

المحور الثاني: تأثير المؤسسات غير الحكومية على بلورة ثقافة بيئية السليمة

إن المتدخلين في تشكيل وخلق الثقافة البيئية السليمة لا يقفون على نفس المسافة، فعلى الرغم من المجهودات التي تقدمها المؤسسات الرسمية يبقى للأسرة على اعتبار أنها أحد اهم عوامل التنشئة الاجتماعية الأثر البالغ في بلورة القيم والمبادئ الأولية تجاه التعامل مع المحيط. فعلاقة الإنسان بالبيئة هي علاقة معقدة والوصول بالفرد الى إنسان صديق للبيئة في ظل ما يشهده العالم من تطورات هو أمر ليس باليسير. فالأسرة الفاعلة في هذا المشهد تسعى الى إيجاد السبل والمقومات الأساسية لتقديم تربية بيئية مساهمة في خلق ثقافة بيئية سليمة وايقاظ الوعي البيئي المسؤول تجاه بيئتهم فالاستدامة بالنسبة لهذه الأسر هي نهج للحياة و أسلوب معيشة (الفقرة الأولى). ولا يمكن في هذا الخضم غض الطرف عن الدور الذي تقوم به مؤسسات المجتمع المدني؛ من وضع اهداف مشتركة للحفاظ على البيئة من خلال الرعاية والحماية المستديمة للنظام الطبيعي والحيواني والنباتي لتحقيق التوازن البيئي الضروري لاستمرار الحياة، وتقديم التأطير والتأهيل لأفراد المجتمع لتجعل من الفرد رقيبا على نفسه وعلى الآخرين في مجال المحافظة على البيئة ومنخرطا في مبادرات حمايتها، على اعتبار أن حماية البيئة والعناية بها يعتبر بعدا من ابعاد التنمية التي تضمن حق العيش في بيئة سليمة لصالح الاجيال الحاضرة والمستقبلية، وإشراك المواطن في صنع القرار عن طريق جمعيات المجتمع المدني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأسرة كفاعل اساسي في تنمية وتعزيز قيم الحفاظ على البيئة

إن التوعية البيئية والصحية لا تعتبر فكرا نظريا فحسب، بل هي ثقافة تربوية وتعليمية تتجلى من خلال التطبيق الفعلي والممارسة والجهد المشترك بين أفراد المجتمع ككل، وذلك لضمان بيئة صحية وآمنة تستجيب للأزمات التي تهدد البشرية خصوصا أن عملية التطبيع الاجتماعي للأبناء تتم من خلال جميع مؤسسات المجتمع التي يتفاعلون معها إلا أن أكثر هذه المؤسسات تأثيرا هي المؤسسة الأسرية[1195].إذ تعتبر الأسرة أحد أهم المؤسسات الثابتة داخل المجتمعات الإنسانية، فهي أول مؤسسة اجتماعية يترعرع داخلها الطفل ويبني فيها شخصيته الاجتماعية. كإحدى المؤسسات الكبرى التي تشكل النسيج المجتمعي لأي مجتمع، وكذلك أحد الفاعلين الرئيسين في تشكيل القيم والمبادئ الأولية للطفل على مستوى جميع المجالات. وللأسرة كذلك الأثر البالغ في تشكيل مجتمع واع أو مجتمع قليل الوعي بالموضوعات المهمة والمتعلقة بما قد يصيب هذا المجتمع من أضرار سياسية ثقافية اجتماعية و بيئية وغيرها.

1193 الشارف محمد الشارف، مرجع سابق، ص:124.

1194 دالع وهيبة، مرجع سابق، ص 158.

1195 زكية إبراهيم الحجي، دور الأسرة في غرس ثقافة التربية البيئية وحماية البيئة عند الأبناء، جريدة الجزيرة، العدد 15492، بتاريخ 27 فبراير 2015.

حيث تلعب الأسرة العديد من الأدوار التي تسعى من خلالها الى تشكيل قيم ومبادئ وأفكار المحافظة على البيئة لدى أطفالها، وتكتسي هذه الأدوار بعدين رئيسيين الأول وقائي يعمل على الحيلولة دون وقوع المشكلات البيئية. والآخر علاجي؛ يسعى الى تخفيف حدة المشكلات البيئية والتصدي لها ومقاومتها. وذلك من خلال :

- التصدي لمشكل الانفجار السكاني: توجد أسباب كثيرة ساهمت في إنتاج مشكل الانفجار السكاني الذي يعرفه كوكبنا ومن ضمنها؛ النقص المعرفي، الجهل الديني، العادات والتقاليد، عقدة الولد الذكر وغيرها.. وتلعب الأسرة دورا مهما في اعتماد بعض الحلول الوقائية كإطالة فترة الرضاعة، وتشجيع الرضاعة الطبيعية، توعية الأبناء بخطورة مشكلة الانفجار السكاني، ومناقشة تبعات هذه القضية معهم، محاربة الزواج المبكر، وبالذات لدى الإناث، تشجيع التعليم، الحفاظ على الممتلكات العامة من التخريب....
- التصدي لمشكل استنزاف الموارد البيئية: إن للأسرة دورها البالغ الأهمية في التصدي لمشكلة استنزاف موارد البيئة بكافة أشكالها الدائمة والمتجددة وغير المتجددة. وذلك من خلال تشكيل اتجاهات إيجابية لدى الأبناء كصيانة الموارد الطبيعية للبيئة ومكوناتها ودعم قيم النظافة وتلقين وتعليم المفاهيم البيئية للأطفال داخل المنزل وترشيد جميع أنواع الاستهلاك المفرط للمياه والكهرباء دون داعي وضمان الفحص الدوري لمنع تسرب المياه وفحص عددات الكهرباء لمراقبة الاستهلاك وإبلاغ المسئولين في حالة وجود أي تسرب وإصلاحه والاهتمام بالمشاركة في المناسبات المحلية كأسبوع التشجير، والعالمية كاليوم العالمي للبيئة والمياه[1196]...
- التصدي لمشكلة التلوث: يكتسب الأبناء السلوكيات التي يقوم بها الآباء وبالخصوص أمهاتهم، وتعد التربية بالتقليد من أهم وسائل التربية التي تلجأ إليها الأسرة لتشكيل اتجاهات إيجابية عند الأبناء نحو البيئة، إذ يجب على الآباء تربية أبنائهم على قيمة النظافة في كل شيء، بهدف التصدي لمشكلات التلوث بمختلف أنواعه، سواء تلوث التربة، تلوث الغذاء، تلوث الماء، تلوث الهواء وغيرها. ونورد فيما يلي بعض الأساليب التي يمكن للأسرة استخدامها في سبيل بث الوعي البيئي لدى الأطفال حيال قضايا المياه والتصدي لمشكلة تلوثها، على سبيل المثال:

- أن يتعامل الأبوان مع المياه بإيجابية فلا يسرفان ولا يلوثان. إذ أنه من غير المعقول أن ينهيان أبناءهما عن خلق الإسراف بالماء وتلويثه ويأتيان بمثله.
- ألا يمل الأبوان من النصح والرشاد الى مكامن الخلل في قضايا المياه. وأن يدل الأبناء على مصادر تلوث المياه، ويوجهانهم الى سبل التصدي لذلك.
- أن يغرس الأبوان في نفوس الأبناء قيمة النظافة في كل شيئ، ومنها نظافة الماء حيثما وجد.
- أن يذكر الآباء بأن الإنسان هو مشكلة الماء، لأن الإنسان قد انحرف عن النهج السليم في التعامل مع الماء، فأسرف ولوث واستنزف، ولن يكون هناك حل لقضايا الماء إلا من خلال الإنسان نفسه.
- أن يشرك الأبوان الأبناء في عمليات تنظيف خزانات مياه الشرب وتعقيم المياه، حتى ولو كان ذلك من خلال المشاهدة، في حال ما تعذرت الممارسة العملية[1197]....

1196 محمد أحمد الخولي، أهم المحددات الديموجرافية والتعليمية والاجتماعية المؤثرة على إدراك الوعي البيئي والصحي لدى الأسرة، مجلة العلوم الإحصائية، العدد الثامن 2017، ص: 68.

https://www.jana.ps/articles/Article/436/ar/%D8%AF%D9%88%D8%B1_%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B3%D8%B1%D8%A9_%D9%81%D9%8A_%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%81%D8%A7%D8%B8_%D8%B9%D9%84%D9%89_%D8%A7%D9%84%D8%A8%D9%8A%D8%A6%D8%A9 السبت 2 -

1197 11 – 2024

تعتبر الأسرة عمليا نقطة الارتكاز في معالجة قضايا البيئة وفي مقدمتها التصدي لمشكلة التلوث وعلى عاتقها تقع مسؤولية بث الوعي البيئي لدى الأبناء حيال قضايا البيئة. ومن هنا يتضح الدور الذي تقوم به الأسرة تجاه الأبناء، المندرج أساسا من كونها البيئة الاجتماعية الأولى التي يتعامل معها الطفل، اذ تمثل له مصدر الأمن والاستقرار واشباع حاجياته[1198].

يكمن دور الأسرة في إخراج جيل جديد ذو وعي بالمشاكل البيئية وقادر على التأقلم معها والتصدي لها منذ الطفولة. وذلك راجع بالأساس الى ما تلقنه الأسرة لأبنائها من الأفعال والسلوكيات السليمة تجاه البيئة، حيث تساهم هذه الثقافة في إذكاء ممارسات فردية ومجتمعية داعمة للمسؤولية التي تقع على عاتق كل فرد تجاه حماية الثروات الطبيعية للبلاد. ذلك أن تغيير الوعي الفردي كفيل بالمساهمة في التغيير البيئي بشكل إيجابي. لان الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم. وهو ما يفرض على الدولة كذلك دعم الجهود المتعلقة بحماية البيئة والتعاون المستمر بين كل الأطراف والجهات الحكومية وغير الحكومية لنشر التوعية البيئية، وهو ما تسعى مكونات المجتمع المدني بالمغرب للعمل عليه كشريك مشارك وفاعل في التوعية بالقضايا البيئية ومحاولة التصدي لمشاكلها.

الفقرة الثانية: مشاركة المجتمع المدني في الإدارة البيئية وخلق نشر الثقافة البيئية السليمة

لمفهوم المجتمع المدني تعاريف عديدة، وذلك راجع بالأساس لعلاقة هذا المفهوم بالسياقات الثقافية والفكرية والاقتصادية والاجتماعية لكل مجتمع. فقد عرفه الفقيه محمد الجابري أنه" ذلك المجتمع الذي تنتظم فيه العلاقات بين افراده على أساس الديمقراطية".

إذ يعتبر المجتمع المدني شريكا أساسيا للفاعلين والمؤثرين في إنتاج وتتبع وتقييم السياسات العمومية بشكل عام، وسياسات التنمية المستدامة بشكل خاص. فقد كرس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1984 في مادته 20 حق المجتمع المدني في المساهمة عن طريق المنظمات والمؤسسات والجمعيات التطوعية إذ " أنه لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الاجتماعات والجمعيات السلمية"، كما أن من ضمن أهم المبادئ التي صدرت عن اعلان ريو هو مبدأ مشاركة المعلومة البيئية، ويتحقق ذلك عن طريق الوعي والتربية البيئية فهي تشكل أحسن السبل لمعالجة المشاكل البيئية والحد من التلوث بجميع أنواعه[1199].

ولمؤسسة المجتمع المدني بالمغرب حضور بارز على مستوى الوثيقة الدستورية للمملكة لسنة 2011 ، فقد تم الارتقاء به الى مصاف الفاعلين على مستوى السياسات العمومية على المستوى الوطني والترابي (الجهة، الإقليم، الجماعة)، وذلك عن طريق تمكينه من مجموعة من الآليات التي تدخل في إطار آليات الديمقراطية التشاركية، ونتحدث هنا عن آليات التشاور والإنصات العمومي من جهة، ومن جهة ثانية آلية العرائض سواء الوطنية أو الترابية[1200].

فقد تبوأ المجتمع المدني مكانة قانونية مهمة خاصة بعد دستور 2011 حيث أصبح شريكا فعليا وفاعلا الى جانب باقي المؤسسات الرسمية وذلك من خلال الصلاحيات التي خولها له الدستور، فقد اصبح لمؤسسات المجتمع المدني دورا لا يقل أهمية عن الأدوار التي يلعبها القطاع العام والخاص وخاصة في مجال التنمية بصفة عامة والتنمية المستديمة بصفة خاصة. فالمجتمع المدني يعتبر تلك القوة الاجتماعية الفاعلة والمنظمة التي تسهم على تفعيل التنمية الشاملة والمستدامة. فبحكم قرب المجتمع المدني من افراد المجتمع من مختلف الفئات واحتكاكه اليومي بالقضايا المجتمعية والمشاكل البيئية على اختلافها، يشكل قوة اقتراحية يمكن أن يضغط من خلالها على السلطات العمومية لحثها على اتخاذ التدابير والتشريعات والسياسات اللازمة التي تراعي إدراج البعد البيئي وتفعيله كممارسة.

1198 السعيد فيطس، دور الأسرة في تعزيز التربية البيئية، المجلة الجزائرية للسياسة والأمن، المجلد 02 العدد 01، يونيو 2023، ص:156.

1199 وكور فارس، حماية الحق في بيئة نظيفة بين التشريع والتطبيق، منشورات البغدادي، الطبعة 1،الجزائر، 2015، ص: 133-136.

1200 مصعب التيجاني، العرائض والتشاور كمتدخلين لمساهمة المجتمع المدني في التنمية المستدامة، مجلة الاقتصاد والقانون جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس الجزائر، العدد الرابع، يونيو 2019، ص 69. * تناولت هذه الدراسة الجانب المسطري بشكل مفصل لآلية تقديم العرائض وآلية التشاورالتي يتمتع بها المجتمع المدني في المغرب التي نص عليها الدستور المغربي وكذلك القوانين التنظيمية بشكل مفصل.

بالإضافة الى أن المجتمع المدني أضحى أحد أهم مداخيل ترسيخ الحكامة البيئية، وذلك من خلال التدبير المعقلن والفعال للثروات الطبيعية والإيكولوجية بشكل عام، حيث يواجه بذلك كل الممارسات المخالفة للقانون سواء كانت تشريعية أو تنفيذية أو قضائية. إذ أصبح لديه الحق في ابداء رأيه وتنبيه السلطات إلى وجود احتياجات تحتاج إلى إشباع أو وجود اختلالات تحتاج إلى معالجة بهدف إدراجها ضمن برامج الدولة سواء على المستوى المحلي أو الوطني، بالإضافة الى ما يقوم به من نشر الثقافة وخلق المبادرة الذاتية والتأكيد على إرادة المواطنين والمساهمة الفعالة في تحقيق التحولات الكبرى للمجتمع، من أجل تفعيل وتنظيم السياسات التي تؤثر في مصير أفراده[1201].

ويأخذ الدور التحسيسي للمجتمع المدني أهمية قصوى، فقد أكد كذلك إعلان "ريو" لعام 1992 على أهمية الدور التحسيسي على مستوى مختلف التدابير الموجهة لحماية البيئة، حيث نص المبدأ العاشر من هذا الإعلان على ضرورة أن تعالج قضايا البيئة على أفضل وجه وذلك بمشاركة جميع المواطنين المعنين على المستوى المناسب، وتقوم الدول بتيسير وتشجيع توعية الجمهور ومشاركته بواسطة اتاحة المعلومات على نطاق واسع، وتضمن فرص الوصول بفعالية إلى الإجراءات القضائية والإدارية بما في ذلك التعويض. وتسعى عملية التحسيس البيئي الى تفعيل مسؤولية الأفراد ميدانيا تجاه المجال البيئي من خلال جعل سلوكيات الأفراد وتصرفاتهم أكثر توافقا مع مقتضيات حماية هذا المجال والمحافظة عليه وتكوين مواطنين واعيين ومدركين أهمية قضايا البيئة وهو ما تتحقق معه فكرة المواطنة البيئية كدلالة على مستوى الوعي بقضايا البيئة داخل المجتمع ككل[1202].

ويتجلى الدور المهم والمنوط بجمعيات ومؤسسات المجتمع في تعبئة الوعي البيئي ونشر الثقافة والمواطنة البيئية بين المواطنين وذلك عن طريق المؤتمرات والندوات والدراسات العلمية وكذلك وضع مشاريع مجتمعية توجه بعضها إلى الأفراد والأخرى المؤسسات الاقتصادية والدفع بالاستثمارات الخضراء وتتخذ تحركات الجمعيات المدنية البيئية أشكالا مختلفة منها:

- تحسيس الشركات والمؤسسات الملوثة بمسؤوليتها تجاه البيئة وتجاوزاتها على هذا الصعيد،
- التحرك بصورة أكثر شدة من خلال التواجد في مواقع المشاريع المراد إنجازها بهدف إيقاف الإنجاز أو في موقع المنشآت المنجزة بالفعل من أجل عرقلة نشاطها الاقتصادي،
- رفع الدعاوي القضائية في المحاكم ضد هذه الشركات[1203]

فعلى سبيل المثال لا الحصر حول الدور الذي يقدمه المجتمع المدني في خلق ونشر ثقافة بيئية سليمة؛ نجد مؤسسة محمد السادس لحماية البيئة والتي قدمت ولازالت تقدم برامج قوية وأساليب عملية مختلفة من خلال التحسيس بأهمية التنمية المستدامة خاصة للفئات الناشئة، وتعبئة جميع الفاعلين المعنيين كالمؤسسات الدولية وإدارات وطنية وجهوية ومقاولات والمجتمع المدني حول برامج وخطط المؤسسة فيما يخص البيئة والتنمية المستدامة والقيام بتكوين فاعليين حقيقين للبيئة وتعزيز قدارتهم على تولي تنفيذ هذه المشاريع...[1204]

نجد كذلك إحدى الجمعيات البارزة ضمن نسق تعاطي جمعيات المجتمع المدني مع عملية الحفاظ على البيئة والتنمية المستدامة، وهي جمعية علوم الحياة والأرض، هذه الجمعية تعمل بالتعاون مع مجموعة من الشركاء الوطنيين والدوليين من ضمنهم عدة وزارات، وتسعى الى المساهمة في بناء مجتمع حديث وشامل وفقا لمبادئ وقيم التنمية المستدامة، تعزيز المعرفة النظرية والعملية لإحداث تغييرات مستدامة فردية وجماعية في السلوك والقيم وتطوير المواقف المدنية والقائمة على التضامن في مجالات البيئة والصحة والتنمية، المساهمة في صنع القرارات المتعلقة بالتنمية المستدامة من خلال إجراءات الدعوى أو من خلال المشاركة في

1201 عبد العزيز مرزاق، الحكامة البيئية وتنمية الاستثمارات بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2016-2017.

1202 خالد مصطفى فهمي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 35.

1203 وكور فارس، مرجع سابق، ص: 137.

1204 https://fm6e.org/ar/

الهيئات الاستشارية، في إطار الديمقراطية التشاركية، تعزيز ثقافة التعلم في مجتمع معلمي علوم الحياة والأرض في المغرب من خلال توفير فرص التطور المهني، وتشجيع وتسهيل تبادل المعلومات والأفكار فيما بينهم، إنشاء إدارة مراكز التعليم البيئي (CEE)، تصور وإنتاج الأدوات والوسائل التعليمية الممكنة لحماية البيئة، تحقيق البرامج التعليمية المتعلقة بتعزيز المواطنة البيئية وغيرها من الأهداف المسطرة في صيغة مشاريع وبرامج.

وقد نظمت هذه الجمعية فرع المحمدية يوم تكويني لفائدة شركاء الجمعية يوم السبت 23 مارس 2024 بهدف تقديم أنشطة وعروض تتعلق بتدبير الموارد المائية بالمغرب والاشكالات المرتبطة بها ومناقشة بعض السلوكيات الممكنة للحفاظ على الثروة المائية، ويأتي ذلك في خضم انطلاق الحملة الوطنية حول التغيير من أجل المحافظة على الموارد المائية[1205].

نجد كذلك حركة الشباب من أجل المناخ بالمغرب والتي تؤطر حاملي مشاريع المقاولات التي تقدم حلولا للمشاكل البيئية المطروحة، وقد كشفت هذه الحركة يوم 15 دجنبر 2023، عن نتائج البرامج المحققة التي تم اطلاقها خلال هذه السنة ويتعلق الأمر بمشروعي "أكاديمية الإعلام الأخضر"، و"بناء القدرات البيئة للشباب" هذا المشروع استهدف أربع جهات بالمملكة وهي إقليم الحسيمة، إقليم بني ملال، إقليم ورززات، وإقليم أكادير. فقد أستطاع برنامج حركة الشباب من أجل المناخ بالمغرب على مر سنة تكوين ما يزيد عن 100 شابة وشاب، اذ تسعى هذه الحركة الى معالجة ضعف مشاركة الشباب في المناقشات البيئية والمناخية لتعزيز كفاءاتهم وقدراتهم. حيث استفاد هؤلاء الشباب من سلسلة من الورشات والجلسات التدريبية شملت مجموعة من المفاهيم الأساسية المرتبطة بالمجالات البيئية والاستدامة البيئية، والابتكار الاجتماعي والترافع البيئي، فهذا البرنامج يعتبر وسيلة لتأطير هؤلاء الشباب وجعلهم فاعلين في المجتمع من خلال أفكار مشاريع التي أنتجوها أثناء فترة التكوين على أمل تقديم حلول لمشاكل البيئية[1206].

لقد قادت تنظيمات المجتمع المدني بالمغرب بمختلف تصنيفاتها، العديد من الأنشطة الميدانية في سبيل إيقاظ وعي أفراد المجتمع المغربي والتحسيس بخطورة الوضع البيئي وتأثيراته المدمرة. فقد عرفت هذه التنظيمات تطورا خلال السنوات الأخيرة، وأصبحت بذلك أكثر حضورا للدود عن القضايا البيئية والمناخية، هذا الحضور صاحبه منح المجتمع المدني مجموعة من الصلاحيات والآليات المتاحة رهن إشارته، والتي تمكنه من خلق شباب أخضر يدرك أهمية البيئة والمناخ والتنمية المستدامة. إلا أن الممارسة الواقعية لهذه التنظيمات لا زالت تتخبط في مجموعة من العراقيل منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي الأمر الذي يعرقل تحقيق مجموعة من أهدافها المتعلقة بالتنمية المستدامة، ذلك أن هاته المؤسسة لازالت تعاني من مشاكل على مستوى تمويل المشاريع التنموية، بالإضافة الى ضعف التكوين الذي يعاني منه المنخرطين في مجال التنمية، مشاكل بشرية على سبيل المثال ضرورة تعزيز الوعي بأهمية المنظمات الأهلية والطاقات الشابة الكامنة في المجتمعات وكذلك دعم الحركات النسائية والنهوض بالوعي النسائي البيئي داخل المجتمع، لان المرأة كما بينت الدراسات السوسيولوجية لها دور أساسي ومحوري في التربية البيئية وفي بلورة وعي بيئي مبكر مستدام لدى الأجيال القادمة.

خاتمة:

عندما كان الانسان الحديث يبحث عن سبل الرفاه والعيش في راحة وسعادة، صنع بيديه عالما موازيا يهدد وجوده ووجود الأجيال القادمة. فالكوكب الأزرق يشهد تهديدا بارزا يستهدف أمنه البيئي بسبب التغيرات المناخية الناتجة عن سوء استعمال الموارد البيئية الطبيعية. الامر الذي ترتب عنه الكثير من المشاكل البيئية مما قد يفاقم قضية المساس بالأمن الصحي والغذائي لساكنة هذا الكوكب. ولدود عن بعض النتائج السلبية والحفاظ على ما تبقى من هذه البيئة الجريحة يبحث العالم عن السبل والآليات لمواجهة هذه التغيرات. ويعتبر المغرب من الدول التي تبذل مجهودات جبارة وذلك من خلال التزامها المتواصل باتفاقية باريس. فقد

1205 https://www.aesvtmaroc.org/ 03:52 2024/03/30 جمعية مدرسي علوم الحياة والطبيعة بالمغرب، تم الاطلاع على ذلك عبر الرابط التالي:

1206 دوزيم، حركة الشباب من أجل المناخ بالمغرب تؤطر وتواكب حاملي مشاريع مقاولات التي تقدم حلولا للمشاكل البيئية المطروحة، الخميس 14 دجنبر 2023، 10:00

تبنت مقاربات جديدة لحل المشاكل البيئية، ترتكز بالأساس على مجموعة من الأسس والتي يأتي على رأسها مواصلة الملائمة وتحديث المنظومة القانونية والمؤسساتية التي لها علاقة بحماية البيئة والحفاظ عليها، باعتبارها محورا أساسيا في السياسات البيئية ودعامة كبرى لترسيخ أسس توجيه التنمية الاجتماعية والاقتصادية بالمغرب. وتعد التجربة الطاقية الواعدة في المغرب وخصوصا؛ التقدم الذي أحرزته البلاد في مجال النجاعة الطاقية، ومختلف التدابير والإجراءات المعتمدة سواء على المستوى الوطني أو الدولي لصالح العمل المناخي خير دليل على ذلك.

فبالرغم من توفر المغرب على العديد من النصوص القانونية وعلى البنية المؤسساتية التي تغطي مجموعة من المجالات البيئية، إلا أن الأمر يتطلب اعتماد حكامة بيئية رشيدة تعتمد على سياسة تشاورية وتشاركية، ينخرط فيها جميع الفاعلين والمتدخلين من مؤسسات حكومية وغير حكومية. بالإضافة الى التركيز على تشكيل ونشر ثقافة بيئية سلمية. فتغيير الوعي الفردي كفيل بالمساهمة في التغيير البيئي بشكل إيجابي، لأن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم. فخلق ثقافة بيئية داخل المجتمع يساعد على نمو الوعي البيئي لدى الفرد والجماعة. الامر الذي يترتب عنه وضع اهداف مشتركة للحفاظ على البيئة من خلال الرعاية والحماية المستديمة للنظام الطبيعي والحيواني والنباتي لتحقيق التوازن البيئي الضروري لاستمرار الحياة. مما قد يساهم في خلق مواطن رقيب على نفسه وعلى الآخرين في مجال المحافظة على البيئة ومنخرط في مبادرات حمايتها.

فأكثر ما نحتاجه اليوم هو الاستفاقة المجتمعية والاهتمام بشكل اعمق بقضايا البيئية، من خلال تفعيل الأبعاد التشاركية للتنمية والحفاظ على البيئة واستدامتها. فنجاح أي سياسية بيئية يستوجب التنسيق بين كل الفاعلين في هذا الميدان وذلك نظرا لما تتميز به المشاكل المحدقة بالبيئة وكذلك كثرة المتسببين فيها. إذ لا يمكن أن يتأتى ذلك الا بوجود تربية وتوعية بيئية ينسجم فيها كل الأطراف من خلال رؤية رسمية وصيرورة مجتمعية متوازيتين. وذلك من خلال المشاركة العامة بين كل مكونات المجتمع سواء الرسمية أو غير الرسمية في نشر قيم التربية البيئية داخل الأسر، وإدراجها ضمن المناهج التعليمية، وإشراك المواطن في صنع القرار عن طريق جمعيات المجتمع المدني ووسائل الإعلام البيئية، بالإضافة الى سن قوانين ردعية يتم من خلالها تحديد سلوك الأفراد تجاه البيئة، فالثقافة البيئية أساس للتنمية المستدامة. وبتحالف هذه المؤسسات فيما بينها، يمكن للمجتمع حين إذن أن يحقق قفزة فكرية وثقافية في مجال حماية البيئة. فالرهان الذي يفرض نفسه هو الوصول الى وعي بيئي عام وثقافة بيئية عامة في المغرب، يمكن من خلالها للجميع ممارسة الضغوط على الفاعلين ومراقبة السياسات العمومية المتعلقة بالمجال البيئي، وخلق مواطن ايكولوجي مسؤول تكون غايته الأسمى تشييد مستقبل مستدام وعادل.

لائحة المصادر و المراجع :

*** الكتب والمقالات:**

1. أمين سامي، التعليم الأخضر آلية لتنزيل التعليم المستدام، شبكة بيئة أبوظبي، المملكة المغربية، 17 يناير 2024.10.
. محمد بادرة، التربية البيئية مدخل لتشكيل الوعي والسلوك السليم، جريدة الاتحاد الاشتراكي، 4/4/2019 أخر تحديث 8/4/2024. 2
. عزاوي أعمر- لعمى أحمد، الثقافة البيئية بعد استراتيجي لحماية البيئة، جامعة ورقلة، 2013/12/22. 3
4. وناس يحي، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007.
5. عبد الله أحمد الشايع عبد العزيز، الإعلام ودوره في تحقيق الأمن البيئي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، 2003.
6. دالع وهيبة، دور الإعلام البيئي في نشر الثقافة البيئية -حالة المجتمعات العربية- ، المجلة الجزائرية للعلوم الاجتماعية والإنسانية، مج 08، العدد 02 (2020).
7. جودية جليل، التحديات البيئية ووسائل مواجهتها، القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة القاضي عياض- مراكش -، الجزء الثاني، الطبعة 11، 2017، مراكش،
8. بيان صحفي، ندوة افتراضية افريقية: التأكيد على ضرورة خلق مركز اعلامي بيئي افريقي بالغرب الاحداث الوطنية.

9. زكية إبراهيم الحجي، دور الأسرة في غرس ثقافة التربية البيئية وحماية البيئة عند الأبناء، جريدة الجزيرة، العدد 15492، بتاريخ 27 فبراير 2015.

10. محمد أحمد الخولي، أهم المحددات الديموجرافية والتعليمية والاجتماعية المؤثرة على إدراك الوعي البيئي والصحي لدى الأسرة، مجلة العلوم الإحصائية، العدد الثامن 2017.

11. السعيد فيطس، دور الأسرة في تعزيز التربية البيئية، المجلة الجزائرية للسياسة والأمن، المجلد 02 العدد 01، يونيو 2023.

12. مصعب التيجاني، العرائض والتشاور كمتدخلين لمساهمة المجتمع المدني في التنمية المستدامة، مجلة الاقتصاد والقانون جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس الجزائر، العدد الرابع، يونيو 2019.

13. عبد العزيز مرزاق، الحكامة البيئية وتنمية الاستثمارات بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2016-2017.

14.خالد مصطفى فهمي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

15.ؤوكور فارس، حماية الحق في بيئة نظيفة بين التشريع والتطبيق، منشورات البغدادي، الطبعة 1،الجزائر، 2015.

16. خلد الغزالي، البعد التنموي في القوانين البيئية المغربية، مركز إدريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية وجدة، السبت 23 أبريل 2022

17. سعادة فاطمة الزهرة، حماية البيئة في ظل التشريع المغربي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2018.

18. فاطمة عاريب، تحديات ورهانات الاقتصاد الأخضر في المغرب، كتاب الإنسان والبيئة مقاربات فكرية واجتماعية واقتصادية، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان.

19. زهية بورفيس، منى غبولي، الثقافة البيئية آلية لتجسيد التنمية المستدامة في المجتمع، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مج 13، العدد 02، أكتوبر 2021.

20. فتيحة طويل، التربية البيئية ودورها في التنمية المستدامة –دراسة ميدانية بمؤسسات التعليم المتوسط بمدينة بسكرة-، أطروحة دكتوراه تخصص علم الاجتماع التنمية، جامعة محمد خيضر –بسكرة- ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم العلوم الاجتماعية شعبة علم الاجتماع، الجزائر، 2012-2013.

الحدث الافريقي، اطلاق اكاديمية الاعلام الأخضر لمستقبل بيئي اكثر استدامة، 26 ابريل 2023. تم زيارة الموقع يوم 6 فبراير 2024 19:18. 21.

دالع وهيبة، دور الإعلام البيئي في نشر الثقافة البيئية -حالة المجتمعات العربية- ، المجلة الجزائرية للعلوم الاجتماعية والإنسانية، مج 08، العدد 02 (2020). 22.

الشارف محمد الشارف، الإعلام ودوره في حماية البيئة، مجلة العلوم الإنسانية والتطبيقية، مج 7، العدد 14، 31 ديسمبر 2022. 23.

عبد العالي الطاهري، التشريع البيئي بالمغرب بين تحصين المكتسبات وتنزيل مقتضيات العهود والاتفاقيات الدولية، شبكة بيئة أبوظبي، المملكة المغربية، 13 يناير2022.6. 24.

عبد الكريم محمد السروي، الرقابة الشعبية على سلطة رئيس الدولة، دراسة مقارنة بين النظامين الدستوري المعاصر والإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.

عزيزة بوطهير، المدارس الايكولوجية: التربية على البيئة داخل المدارس، لوبوكلاج، 19 فبراير 2023. 24.

مبني نور الدين، الطيب عيساوي، الإعلام البيئي كفاعل استراتيجي لتحقيق التنمية البيئية المستدامة في الجزائر، المجلة الجزائرية للأمنالإنساني، مخبر الأمن الإنساني الواقع الرهانات والآفاق ، جامعة باتنة 1، مج 05، العدد 02، 2020.

محمد بن عبو، الإعلام الإيكولوجي في المغرب ..تطور همه وجهد متواصل خدمة لقضايا البيئة والتنمية المستدامة، بيان اليوم 6 فبراير 2022 – 6:47. 25.

الظهائر والمراسيم التقارير

- الفصل 19 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011.
- المادة 12 من المرسوم رقم 2.93.1011 صادر في 18 من شعبان 1415 (20 يناير 1995) يتعلق بإعادة تنظيم الهيئات المكلفة بالمحافظة على البيئة تحسينها.
- المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، من أجل مدرسة الإنصاف والجودة والارتقاء رؤية استراتيجية للإصلاح 2015-2030، المادة 117.
- الميثاق الوطني للبيئة والتنمية المستدامة، كتابة الدولة المكلفة بالماء والبيئة، الرباط المملكة المغربية.
- وزارة الانتقال الطاقي والتنمية المستدمة - قطاع التنمية المستدامة -،مؤشر الأداء المناخي –نسخة 2023 المغرب يقفز إلى المرتبة الرابعة عالميا بلاغ صحفي.
- ظهير شريف رقم 1.03.59 صادر في 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003) بتنفيذ القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية استصلاح البيئة، ج.ر عدد 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 19(يونيو2003).
- ظهير شريف رقم 1.03.61 صادر في 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003) بتنفيذ القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء، ج.ر عدد 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 (19 يونيو 2003).
- المرسوم رقم 2.93.1011 صادر في 18 من شعبان 1415 (20 يناير 1995) يتعلق بإعادة تنظيم الهيئات المكلفة بالمحافظة على البيئة تحسينها.
- ظهير شريف رقم 1.14.09 صادر في 4 جمادى الأولى 1435 (6مارس 2014) بتنفيذ القانون الإطار رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة، ج.ر عدد 6240 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1435 (20 مارس 2014).

المو اقع الإلكترونية:

https://www.jana.ps/articles/Article/436/ar/%D8%AF%D9%88%D8%B1_%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B3%D8%B1%D8%A9_%D9%81%D9%8A_%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%81%D8%A7%D8%B8_%D8%B9%D9%84%D9%89_%D8%A7%D9%84%D8%A8%D9%8A%D8%A6%D8%A9 السبت 2 - 11 – 2024

https://fm6e.org/ar/

جمعية مدرسي علوم الحياة والطبيعة بالمغرب، تم الاطلاع على ذلك عبر الرابط التالي:

https://www.aesvtmaroc.org/ 03:52 2024/03/30

دوزيم، حركة الشباب من أجل المناخ بالمغرب تؤطر وتواكب حاملي مشاريع مقاولات التي تقدم حلولا للمشاكل البيئية المطروحة، الخميس 14 دجنبر 2023، 10:00

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com

محور المساطر الإجرائية

الإجراءات القانونية المتخذة لمواجهة جائحة كورونا وآثارها الإقتصاد في سلطنة عمان

The legal measures taken to confront the Corona pandemic and its economic impact in the Sultanate of Oman

الباحث الأول الدكتور/ مسلم بن سالم بن محمد العوائد
أستاذ الإقتصاد المساعد – بقسم القانون العام
كلية الحقوق – جامعة ظفار – سلطنة عمان
الباحث الثاني الدكتور/ جابر بن علي قيطون الشحري
أستاذ القانون المدني المساعد – بقسم القانون الخاص
كلية الحقوق – جامعة ظفار – سلطنة عمان

الملخص:

لقد أظهرت جائحة كورونا أهمية كبرى في التوسع بالقطاعات الإستراتيجية، مثل الغذاء والخدمات الأساسية وقطاعات المعلومات والتكنولوجيا للتغلب على الإشكاليات التي تظهر بظهور الحالات الطارئة، كما يمكن إستغلال التغيرات الناجمة في سوق العمل، والتي أحدثتها الجائحة لتقليل من الاختلالات في منظومة السوق وزيادة مشاركة القوى العاملة الوطنية وتحسين إنتاجيتها.

في هذا السياق ونظراً لما تم التطرق إليه من آثار إقتصادية على الإقتصاد العماني، فقد إتخذت الحكومة إجراءات مالية تتمثل في خطة التوازن المالي متوسطة المدى (2020-2024) الصادرة عن وزارة المالية والتي حظيت بالمباركة السامية من عاهل البلاد السلطان هيثم بن طارق المعظم حفظه الله ورعاه، وبطبيعة الحال لم تأتي هذه الإجراءات من فراغ وإنما من جراء العجز الشديد في الموازنة العامة للدولة نتيجة إنهيار أسعار النفط من جهة وآثار جائحة كورونا من جهة أخرى، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن خطة التوازن المالي تهدف إلى تحقيق مستويات مستدامة للتوازن المالي مع نهاية عام 2024م، وتهيئة الظروف المالية الداعمة لرؤية عُمان 2040م، من هنا نجد بأن جائحة كورونا "كوفيد19" وتداعياتها تشكل فرصة للخروج بحلول ومقترحات من شأنها السيطرة على الوضع الإقتصادي وتحسين من أدائه مستقبلاً.

لذا أتت هذه الدراسة لتسلط الضوء على عدت جوانب مهمة ذات علاقة مباشرة بجائحة كورونا "كوفيد19" حيث تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين وأربعة مطالب، وهي على النحو التالي: المبحث الأول يتكلم عن الإجراءات القانونية بشأن التعامل مع فيروس كورونا "كوفيد19" في سلطنة عمان، وينقسم إلى مطلبين هما: المطلب الأول يتناول الإجراءات الإحترازية المتخذة من قبل اللجنة العليا في شأن المنع والحظر، في حين يتناول المطلب الثاني الإجراءات الإحترازية المتخذة من قبل اللجنة العليا في شأن السماح بحذر، أما المبحث الثاني يتكلم عن تداعيات فيروس كورونا على الإقتصاد العماني والإجراءات المتخذة من قبل الحكومة لتخفيف من حدت تلك التداعيات، حيث تم تقسيمه إلى مطالبين هم: المطلب الأول يتناول تداعيات فيروس كورونا على الإقتصاد العماني، في حين يتناول المطلب الثاني الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة لتخفيف من حدت تداعيات الجائحة، وبناءً على أهداف الدراسة والمتمثلة في أولاً: إبراز مدى نجاح الإجراءات القانونية المتخذة من قبل الحكومة لإحتواء الإزمة، وثانياً إنعكاسات الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة على الحياة الاقتصادية، لذا خرجت هذه الدراسة بالعديد من النتائج والتوصيات التي تجدونها في نهاية الدراسة، ومن أهم النتائج، أولاً: إلى الآن يعتبر الإقتصاد العماني يعتمد على خزانة الدولة، بإستثناء بعض الشركات العائلية ذات المسؤولية الفردية، والتي في بداية تأسيسها كانت تعتمد على نفقات الحكومة ومشاريعها، ثانياً: ضعف نمطية الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وإنما إعتماد جميع المواطنين وكذلك القطاع الخاص معاً على القطاع العام.

Abstract:

The COVID-19 pandemic has highlighted the great importance of expanding strategic sectors, such as food, essential services, and information and technology sectors, to overcome the challenges that emerge during emergencies. Additionally, the changes in the labor market caused by the pandemic can be leveraged to reduce imbalances in the market system, increase the participation of the national workforce, and improve its productivity. In this context, and in light of the economic impacts on the Omani economy, the government has taken financial measures in the form of the Medium-Term Fiscal Balance Plan (2020-2024) issued by the Ministry of Finance, which received the royal approval of His Majesty Sultan Haitham bin Tariq, may God protect him. Naturally, these measures did not come out of nowhere, but as a result of the severe budget deficit caused by the collapse in oil prices on one hand, and the impacts of the COVID-19 pandemic on the other. It is important to note that the fiscal balance plan aims to achieve sustainable levels of fiscal balance by the end of 2024 and to create the financial conditions that support Oman Vision 2040. Thus, the COVID-19 pandemic and its consequences represent an opportunity to come up with solutions and proposals that could help control the economic situation and improve its future performance.

Therefore, this study aims to shed light on several key aspects directly related to the COVID-19 pandemic. The study is divided into two sections and four subsections, as follows: The first section addresses the legal measures taken in dealing with the coronavirus (COVID-19) in Oman, divided into two subsections: the first addresses the precautionary measures taken by the Supreme Committee regarding restrictions and bans, while the second discusses the precautionary measures taken by the Supreme Committee regarding cautious allowances. The second section discusses the impact of COVID-19 on the Omani economy and the measures taken by the government to mitigate the effects of these impacts, which is divided into two subsections: the first addresses the consequences of COVID-19 on the Omani economy, while the second examines the government's actions to reduce the severity of the pandemic's effects.

Based on the objectives of the study, which are: first, to highlight the success of the legal measures taken by the government to contain the crisis, and second, to assess the economic implications of these measures, the study reached several conclusions and recommendations, which can be found at the end of the study. Some of the most important findings are: first, the Omani economy still heavily relies on the state treasury, with the exception of some family-owned businesses with limited liability, which, in their early stages, were dependent on government spending and projects; second, there is a weakness in the partnership model between the public and private sectors, as both citizens and the private sector rely heavily on the public sector.

المقدمة:

إن الباحث في شأن الجائحة وآلية التعامل معها في سلطنة عمان، ليجد نفسه أمام وقائع من الضرورة الوقوف عليها ألا وهي الأوامر السامية من لدن عاهل البلاد المفدى السلطان هيثم بن طارق المعظم حفظه الله ورعاه، القاضية بتشكيل "لجنة عليا" لبحث آليات التعامل مع هذه الجائحة[1207]، نظراً لأهمية الأمر والاستعداد الأمثل لمواجهة هذا الوباء، وما صدر عن تلك اللجنة من إجراءات وقرارات متماثلة مع مقتضيات كل مرحلة، الأمر الذي أدى إلى تقليل تأثيرات هذه الجائحة و انتشارها وبالإضافة إلى تعديل قانون مكافحة الأمراض المعدية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2020/32) [1208]لأعطى الصلاحية لوزير الصحة في أتخاذ بعض التدابير وكذلك تشديد العقوبات لتكون رادعة في سبيل تحقيق الغاية المنشودة ، ومما لا شك فيه أن مستوى الوعي والتعاطي المجتمعي مع قرارات اللجنة سببٌ رئيسي في تقليل عدد الحالات المصابة بالفيروس، ومع صدور الإجراءات التي تمخضت عن اللجنة المكلفة بمتابعة مستجدات جائحة فيروس كورونا "كوفيد19" والتي جاءت متدرجة، بهدف إحتواء إنتشار الفيروس من ناحية، ومن ناحية أخرى عدم تضرر مصالح المواطنين والمقيمين أو تأثر حياتهم اليومية قدر الإمكان، حيث يلاحظ بأنه جاءت الاستجابة مباشرة من أفراد المجتمع العماني في جميع المحافظات وبمختلف المستويات لتكامل الجهود والأهداف المرجوة، وثمن المواطنون من مختلف محافظات وولايات السلطنة القرارات والإجراءات التي تم اتخذها من قبل الحكومة لإحتواء إنتشار هذه الجائحة، على الرغم من معاناتهم من إجراءات الحظر والمنع.

بظهور الوباء تجلت أهمية بعض الفئات في المجتمع، ومنها: "الأطباء، والطو اقم الطبية الذين أصبحوا أول من يتصدى لهذا الفيروس، وأصحاب الخدمات الضرورية لاستدامة الحياة، ووسائل الإعلام المرئية منها والمسموعة، والأنشطة التجارية والخدمية خاصة المرتبطة بالتجارة الإلكترونية".

أمام هذا التحدي تبرز معادلة صعبة جداً، تكمن في تحقيق التوازن بين أهمية حياة البشر وصحتهم من جهة، وبين تحريك الإقتصاد ودفع عجلة التنمية إلى الأمام، وهنا يتجلى وعي الفرد، ومدى إتباعه كل التعليمات وحماية نفسه وأسرته والمجتمع من تفشي هذا الوباء الذي أصبح يهدد الكبير والصغير والحاكم والمحكوم والغني والفقير على حدٍ سواء، نظراً لفقدان السيطرة عليه، و انحراف مجرى الحياة العامة عن طبيعتها الإعتيادية والمألوفة، ناهيكم عن إتساع أجواء من حالة عدم اليقين بالمستقبل.

هنا بلا شك سيترك هذا الفيروس تأثيرات إقتصادية كبيرة وعميقة لمعظم الإقتصاديات العالمية، سواءً كان على مستوى الدول المتقدمة أو الدول النامية، ولكن التأثيرات الإقتصادية ستكون أكبر على إقتصاديات الدول النامية، والدول الأقل نمواً، وفي ضوء ذلك تحاول هذه الدراسة تسليط الضوء على الإجراءات القانونية المتخذة من قبل حكومة سلطنة عمان بشأن التعامل مع فيروس كورونا و أبعادها الإقتصاد والإجتماعية في سلطنة عمان.

إن مضمون الكلمات المضيئة لجلالة السلطان هيثم بن طارق حفظه الله ورعاه، في 18 نوفمبر 2020م والتي يقول فيها: "أولينا الأمر اهتماماً خاصاً، متابعين تطوراته على المستوى الوطني وعلى المستويات الإقليمية والدولية، مسخرين كافة الأسباب التي تسهل استيعاب تأثيرات هذه الأوضاع، وتخفيف حدة آثارها، على كافة قطاعات الدولة" كان لها الأثر الإيجابي في التخفيف من حدت تداعيات جائحة كورونا على الحياة العامة في ربوع البلاد[1209].

أهمية الدراسة:

1207 . أمر سامي، صادر بتاريخ 2020/03/10م.

1208 صدر بتاريخ 2020/3/23 ونشر بالجريدة الرسمية عدد 1334.

1209 . صحيفة أثير الإلكترونية بتاريخ 2020/11/19.

تكمن أهمية هذه الدراسة في تسليط الضوء على أهم الإجراءات القانونية المتخذة من قبل الحكومة بشأن التعامل مع فيروس كورونا وأبعادها الإقتصاد في سلطنة عمان، ومدى النجاح في إحتواء الإزمة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى رفد المكتبة العُمانية بدراسة علمية ومنشورة في مجلة دولية محكمة لتصبح مرجعاً لأجيال المستقبل.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى الوقوف على النقاط التالية:

1. إبراز مدى نجاح الإجراءات القانونية المتخذة من قبل الحكومة لإحتواء الإزمة.
2. إنعكاسات الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة على الحياة الاقتصادية.

فرضيات الدراسة:

تفترض هذه الدراسة بأنه بالرغم من الإجراءات المتخذة من قبل حكومة سلطنة عمان وباقي حكومات العالم بشأن تقليص الأثار الناتجة عن جائحة كورونا إلا أن الآثار فاقة التوقعات تماماً.

منهجية الدراسة:

تم إعتماد المنهج الوصفي في وصف المواد والقرارات القانونية والاجراءات وبالأخص عن "اللجنة العليا" المكلفة ببحث تداعيات جائحة كورونا التي أعطاها المشرع الصفة القانونية، وكذلك المنهج التحليلي للتحليل الآراء الفقهية والدراسات السابقة والنشرات الإحصائية والمجلات والصحف ووسائل التواصل الإجتماعي ونشرات الأخبار المقروءة والمسموعة، ونشرات وزارة الصحة العمانية، ومصادر المركز الوطني للإحصاء والمعلومات، ونشرات وزارتي الداخلية والمالية، بغرض تحليلها ومعرفة مدى تأثير هذه الجائحة وقوة التصدي لها.

كلمات المفتاحية:

الإجراءات، القانونية، البلاد، الحكومة، اللجنة العليا، التدابير، الظروف الطارئة، فيروس، كورونا، الجائحة، القوة القاهرة، الوقاية، الإقتصاد، الاجتماعية، التنمية.

المبحث الأول

الإجراءات القانونية بشأن التعامل مع جائحة كورونا في سلطنة عمان

لقد إتخذت معظم حكومات العالم إن لم تكن جميعها إجراءات إحترازية من أجل التصدي لآثار جائحة كورونا، ومن هذه الإجراءات إغلاق المراكز التجارية والمنتزهات العامة، وتجميد العمل بالمدارس والجامعات والمطاعم والمقاهي، وأيضاً تعليق الحضور لأماكن العمل إلى حدّ 50%، وإغلاق أماكن العبادة بصورة نهائية، وإيقاف أو الحدّ من حركة السفر عبر المطارات والموانئ[1210]، حيث شهد العالم في تلك الفترة أحداث تُذكر بفترات الحروب، ومنها:

- إغلاق للمنشآت الإجتماعية والتعليمية والدينية شبه كامل.
- توقف تيار الإنتاج وتجمد الإقتصاد إلا في حالات إستثنائية.
- وضع الشعوب في عزل إجتماعي، الأمر الذي أدى إلى خلو الشوارع والأزقة وتحولها إلى "مدن أشباح".

من هنا نجد بأن حكومة سلطنة عمان قد إتخذت عدة إجراءات إحترازية من شأنها محاصرة الفيروس وتقليص فجوة انتشاره، والسيطرة عليه، وبالفعل نجحت الحكومة متمثلة في اللجنة العليا لبحث تداعيات جائحة كورونا إلى حدٌ بعيد في السيطرة على إنتشار الفيروس في موجته الأولى، وفيما يلي ستتناول هذه الدراسة تلك الإجراءات من خلال المطلبين التاليين: المطلب الأول: الإجراءات الإحترازية المتخذة من قبل اللجنة العليا في شأن المنع والحظر، المطلب الثاني: الإجراءات الإحترازية المتخذة من قبل اللجنة العليا في شأن السماح مع أخذ جميع الإجراءات الإحترازية.

المطلب الأول: الإجراءات الإحترازية المتخذة من قبل اللجنة العليا في شأن المنع والحظر.

1210 . فيروس كورونا، التكلفة الاقتصادية على المنطقة العربية، إزدهار البلدان كرامة الإنسان، الإسكوا، الأمم المتحدة.

قبل أن نتناول قرارات اللجنة العليا نبين أن اللجنة العليا استندت إجراءاتها التشريعية من تفويض السلطان هيثم – حفظه الله – للجنة العليا وكذلك لوزير الصحة في قانون مكافحة الأمراض المعدية، حيث طبقا للمادة 49 من النظام الأساسي للدولة رقم 2021/6 للسلطان الحق في اصدار التشريعات اتخاذ الإجراءات السريعة لمواجهة أي خطر يهدد سلامة الدولة، أو وحدة أراضيها، أو أمن شعبها ومصالحه، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء مهامها[1211]. كما سنبين فيروس كورونا كونه المرض الذي جاءت كل الإجراءات لمكافحته.

جائحة كورونا:

مما لا شك فيه بأن المنظمة العالمية المعنية بالصحة تعمل جنباً إلى جنب مع الخبراء والحكومات والشركاء العالميين للإسراع في التوسيع نحو المعارف العلمية عن هذا الفيروس الجديد، حيث تعمل جاهدة على تتبع خطى إنتشار الفيروس، وتبادل المشورة مع الشركاء، وإسداء التوجيهات والنصح إلى البلدان والمنظمات الأخرى والأفراد على حدٍ سواء، بشأن التدابير التي يجب اتخاذها لحماية الصحة العامة والحيلولة دون إنتشار هذه الجائحة، وجائحة كورونا عبارة عن نوع من أنواع الفيروسات التي تصيب الجهاز التنفسي، وهذا الفيروس من شأنه أن يترافق مع عدد من الأعراض المختلفة، أهمها: (إرتفاع درجة حرارة الجسم، والسعال، وضيق في التنفس) وهذه الأعراض قد تتراوح بين الطفيفة والشديدة، حيث تشير بعض المراكز البحثية ومنها على سبيل المثال (المركز الأمريكي للوقاية من الأمراض ومكافحتها "CDC " أن أعراض فيروس كورونا قد تظهر ما بين {2-14} يوم تقريباً من تعرض الشخص للفيروس.

أ. مفهوم جائحة كورونا:

إن جائحة كورونا تنتمي إلى عائلة كبيرة من فيروسات الجهاز التنفسي، حيث تسبب هذه الفيروسات أمراضاً، ولكن بعضها أقل من غيرها، مثل نزلات البرد، وأمراض أخرى أشد، أمثال متلازمتا "الشرق الأوسط التنفسية، والتنفسية الحادة الوخيمة" وتنتقل بعض هذه الفيروسات بسهولة من شخص لآخر، بعكس الفيروسات الأخرى.

ب. الوقاية من جائحة كورونا:

حتى الآن لا توجد طرق محددة للوقاية من فيروس كورونا، لذا فإن الطريقة الأمثل للوقاية منه هي محاولة تجنبه كلياً، حيث توصي جميع القطاعات الصحية ومراكز الأبحاث، بإتباع طرق الوقاية من الالتهابات الرئوية والتي تشمل: (الإستمرار على غسل اليدين بالماء والصابون، تجنب ملامسة العينين أو الفم أو الأنف في حال عدم التمكن من غسل اليدين، تحقيق مبدأ التباعد الإجتماعي والذي من شأنه أن يقلل من فرص الإصابة بالفيروس، وإستخدام المعقم في حال عدم توفر الماء والصابون، على أن يحتوي المعقم على 60% كحول على الأقل).

هذا وتقوم الصحة العامة بكافة مجموعاتها المختصة، مثل: المراكز الخاصة بمكافحة الأمراض والوقاية منها في الولايات المتحدة CDC والمنظمة العالمية المعنية بالصحة WHO بمراقبة هذه الجائحة والعمل على نشر التحديثات أول بأول على مواقعها على الشبكة العالمية "الإنترنت"، ووفق التقارير المنشورة فإن شدة أعراض الجائحة تتراوح بين خفيفة جداً إلى الحادة، وقد يُصاب بعض الأشخاص بأعراض لا تكاد تذكر، وقد لا تكون لدى بعض الناس أي أعراض على الإطلاق، كما قد يعاني بعض الأشخاص من تأزم الأعراض، مثل: تفاقم شديد في ضيق النفس، والالتهاب الرئوي، في فترة اسبوع تقريباً من بدء الأعراض، والأشخاص الأكبر سناً عرضة بشكل أكبر لخطر الإصابة بأعراض كورونا، ويزداد ذلك الخطر كلما تقدم الشخص في العمر، وهذا يدل على أن الفيروس ينتشر بسهولة بين الناس، وإلى هنا يستمر العلماء باكتشاف المزيد عن كيفية انتشاره، حيث أظهرت البيانات المتوافرة إلى حدّ الآن بأنه ينتشر من خلال مخالطة الناس بعضهم بالبعض خاصة المخالطة اللصيقة دون الأخذ بالتباعد الآمن المتمثل في "6 أقدام أو 2 متر" كما أن الفيروس ينتشر عن طريق الرذاذ التنفسي المنطلق من الفم عندما يسعل المصاب بالفيروس أو يعطس أو يتحدث،،،الخ، الأمر الذي يمكن استنشاق هذا الرذاذ أو دخوله في فم شخص قريب أو أنفه أو عينيه، ويسبب له العدوى

1211 . صدر بتاريخ 2021/1/11 منشور بالجريدة الرسمية ملحق رقم 1374

بالمرض، وفي الآونة الأخيرة أصدرت إدارة الغذاء والدواء الأمريكية FDA ترخيصاً بصورة طارئة بشأن إستخدام ثلاث لقاحات كورونا، الأول من إنتاج فايزر _ بيونتيك، والثاني من إنتاج موديرنا، والثالث من إنتاج جانسن - جونسن آند جونسن، وهذه اللقاحات قد تفيك من العدوى في حال أُصبت بكورونا، هذا وتشير التقارير العالمية إلى أن المسافرين قد يكونوا أكثر عرضة للإصابة بالفيروس، لذا يجب التحقق من مواقع الإنترنت الخاصة والمهتمة بنشر معلومات ونصائح عن هذا الفيروس، مثل: المراكز الخاصة بمكافحة الأمراض والوقاية منها بالولايات المتحدة الأمريكية "CDC" والمنظمة العالمية المعنية بالصحة WHO للإطلاع على آخر المستجدات.

أهم القرارات الصادرة عن "اللجنة العليا" الخاصة بآليات التعامل مع جائحة كورونا: والمتمثلة بسياسة المنع والحظر والتوقف والعقوبة، بهدف إحتواء الموقف والحد من إنتشار الجائحة، وإليكم بعض هذه الإجراءات:

- في 17 مارس 2020م أصدرت الحكومة متمثلة في "اللجنة العليا" لبحث آلية التعامل مع التطورات الناتجة عن إنتشار جائحة كورونا القرارات التالية: {إغلاق جميع المحلات التجارية في المجمعات التجارية، إغلاق الأسواق التقليدية، إيقاف الأسواق الشعبية، وإغلاق الصالات الرياضية والأندية الثقافية، وإغلاق الصالات الرياضية، والنوادي الصحية، ومنع تقديم الطعام في المطاعم والمقاهي، بما فيها تلك الموجودة في الفنادق، وإغلاق محلات الحلاقة والتجميل الرجالية والنسائية}.
- في 22 مارس 2020م إتخذت اللجنة العليا، عدة قرارات على أن يتم العمل بها إعتباراً من 23 مارس 2020م، والقرارات هي:

1. العمل على تقليص عدد الموظفين الموجودين في مقرات العمل في الجهات الحكومية إلى ما لا يزيد عن 30% من إجمالي عدد الموظفين لإنجاز الأعمال الضرورية، فيما يباشر بقية الموظفين أعمالهم عن بعد وفق ما تحدده الوحدة أو الجهة التي يعمل بها الموظف، وعلى رؤساء الوحدات الحكومية إتخاذ التدابير اللازمة لضمان عدم تأثير الأعمال الأساسية بتقليص عدد الموظفين، واتخاذ التدابير الإحترازية والوقائية الازمة لمنع إنتشار الجائحة.
2. منع التجمعات بكافة أنواعها في الأماكن العامة، واتخاذ الإجراءات المناسبة حيال المخالفين.
3. العمل على إغلاق قاعات خدمات المراجعين في المؤسسات العامة والخاصة، وإستخدام الخدمات الإلكترونية بقدر الإمكان.
4. إغلاق محلات الصرافة، وتتولى البنوك القيام بتقديم خدمات الصرافة، مع ضرورة اتخاذها التدابير الإحترازية والوقائية الأزمة لمنع إنتشار الجائحة.
5. العمل على وقف الطباعة الورقية للصحف والمجلات والمنشورات بمختلف أنواعها، ومنع تداولها، ومنع بيع وتداول الصحف والمجلات والمنشورات التي تصدر خارج السلطنة.

في هذا الصدد تحث اللجنة القطاع الخاص على إستحداث آليات مناسبة للعمل عن بعد بما يتوافق مع الوضع الحالي، وتقليل تجمعات العمال والموظفين أثناء العمل، كما تحث اللجنة المؤسسات التجارية والأفراد على الحد من التعامل بالأوراق النقدية، وإستخدام الدفع الإلكتروني بديلاً لذلك، لما تشكله الأوراق النقدية من خطورة فيما يتعلق بنشر الفيروس في أوساط المجتمع.

أكدت اللجنة مناشدتها الجميع بضرورة الإلتزام التام بكل ما يصدر من قرارات وتوصيات لما فيه الصالح العام.

- في 23 مارس 2020م أصدرت اللجنة العليا قراراً يقضي بإغلاق جميع المحلات داخل وخارج المجمعات التجارية، على أن يستثنى من القرار {العيادات، ومحلات النظارات، والمحلات التموينية الغذائية والاستهلاكية، والصيدليات}.
- في 1 إبريل 2020م تم إصدار قرار عزل ولاية مطرح بمحافظة مسقط، في 10 إبريل 2020م محافظة مسقط كلياً[1212] وهي ما يطبق عليها نظرية القوة القاهرة للعقود [1213]

1212 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، one إبريل 2020م.

1213 . أنس خالد الشبيب : الظروف الطارئة والقوة القاهرة و أثرها على العقود المستمرة في الفقه الإسلامي والقانون ، بحث منشور مجلة ريحان للنشر العلمي ، حلب ، سوريا ، عدد 2 ، ص 21

- في 14 مايو 2020م، خصص جهاز الشرطة الأرقام التالية: (24569183 – 24569186) للإبلاغ عن المخالفات المتعلقة بإقامة التجمعات وأي مخالفة أخرى، وهنا تؤكد الشرطة بأن الإبلاغ عن المخالفين مهمة إجتماعية وأخلاقية[1214]، وفي هذا الصدد صدرة عقوبة صادرة ضد مخالفين، بموجب القضية رقم (8484/2020/36) في 9 يونيو 2020م حكمت المحكمة الابتدائية بقريات بإدانة سبعة متهمين بجنحة الإمتناع عن تنفيذ الإجراءات والتدابير المقررة لمنع إنتشار العدوى، حيث قضت بمعاقبتهم بغرامة (600 ريال عماني) لكل واحد منهم، بإستثناء "الحدث" يكتفي بتوبيخه، حيث تم توبيخه في قاعة المحكمة، وتم إلزامهم - ماعدا الحدث – بالمصروفات الجزائية، كما قضت المحكمة ذاتها بالعقوبة ضد تسعة بنجاليين في القضايا أرقام (20208760/36) و (8761/2020/36) و (8762/2020/36) و (8763/2020/36) على التوالي بتاريخ 15 يونيو 2020م بجنحة الإمتناع عن تنفيذ الإجراءات والتدابير المقررة لمنع إنتشار العدوى، حيث قضت بمعاقبتهم بغرامة (500 ريال عماني) لكل واحد منهم، ومصادرة المضبوطات وإبعادهم جميعاً بصفة دائمة من البلاد بعد الإنتهاء من تنفيذ العقوبة وإلزامهم بالمصروفات الجزائية[1215].

في خضم هذا المعترك تم تصنيف الغرامات المفروضة على الانتهاكات وتحديد المبالغ من قبل السلطات المختصة، ووفقاً للجدول التالي:

الغرامات المفروضة على الانتهاكات	القيمة ر.ع
عدم إغلاق المحلات التجارية التي قررت اللجنة العليا إغلاقها	3,000
منظمو التجمعات المحظورة، بما في ذلك تجمعات العيد، وحفلات الزفاف، والجنازات، والتجمعات في أماكن العبادة، وغير ذلك من التجمعات	1,500
خلع سوار التتبع أو إتلافه	300
عدم ترك مقعد فارغ بين عامل وآخر في وسيلة نقل العمال	300
عدم تقسيم العمال في أماكن السكن على مجموعات حسب الأسس المقررة	300
عدم توفير وحدات عزل وحجر صحي للعمال الموجودين في أماكن سكن العمال	500
الامتناع عن إجراء اختبارات فيروس كورونا	200
انتهاك الحجر الصحي المنزلي أو المؤسسي	200
حضور التجمعات المحظورة	100
عدم التقيد بعدد العمال الموجودين في كل غرفة بما يتوافق مع اشتراطات الصحة والسلامة المهنية	100
الامتناع عن وضع قناع الوجه في الأماكن العامة	20

[1216] [1217]

- قررت اللجنة العليا، إغلاق كلاً من: الجبل الأخضر وجبل شمس وولاية مصيره ومحافظة ظفار، ومنع أية تجمعات أو أنشطة سياحية، إعتباراً من الساعة الثانية عشر ظهر يوم السبت 13 يونيو 2020م حتى نهاية يوم الجمعة الموافق 3 يوليو 2020م.

1214 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 14 مليو 2020م.

1215 . إدارة الادعاء العام-قريات، ش.م.ح/36/9067-9380-9381-9382-9383/2020.

1216 ttps://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AC%D8%A7%D8%A6%D8%AD%D8%A9_%D9%81%D9%8A%D8%B1%D9%88%D8%B3_%D9%83%D9%88%D8%B1%D9%88%D9%86%D8%A7_%D9%81%D9%8A_%D8%B9%D9%85%D8%A7%D9%86

1217 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 5 يوليو 2020م.

- في 21 يوليو 2020م، قامت اللجنة العليا بإصدار قرار بالإغلاق التام بين محافظات السلطنة إبتداءً من يوم السبت 25 يوليو 2020م إلى يوم السبت 8 أغسطس 2020م، كما قررت منع الحركة، وإغلاق الأماكن العامة والمحلات التجارية خلال المدة المذكورة سلفاً من الساعة (7) مساءً حتى الساعة (6) صباحاً[1218]، وبالتالي الأغلاق الجزئي يطبق عليه نظرية الظروف الطارئة[1219].
- إعتباراً من يوم الأحد الموافق 11 أكتوبر 2020م تقرر منع الحركة وإغلاق جميع الأماكن العامة والمحلات التجارية من الساعة (8) مساءاً، وحتى الساعة (5) صباحاً، وذلك حتى يوم السبت 24 أكتوبر 2020م[1220].

من هنا نجد بأن حكومة سلطنة عمان قد إتخذت العديد من الإجراءات القانونية من خلال اللجنة العليا، وهذا بال شك كان له الأثر الإيجابي نحو التقليل من إنتشار الوباء

- وفي إطار متابعة اللجنة للوضع الوبائي للسلالة الجديدة من جائحة كورونا، قررت في 21 ديسمبر 2020م، منع الدخول والخروج من وإلى السلطنة، عبر مختلف المنافذ البرية والجوية والبحرية، إبتداءً من الساعة الواحدة من صباح يوم الثلاثاء 22 ديسمبر 2020م ولمدة إسبوع، مع إستثناء طائرات وسفن الشحن والشاحنات[1221].

المطلب الثاني: الإجراءات الإحترازية المتخذة من قبل اللجنة العليا في شأن السماح بحذر.

صدرت عن اللجنة العليا المكلفة ببحث ومتابعة تداعيات جائحة كورونا، العديد من القرارات في شأن السماح بعودة معظم القطاعات إلى ممارسة أعمالها، مع أخذ جميع الإجراءات الإحترازية لسلام الجميع، وتوالت تلك القرارات حتى عادت معظم جوانب الحياة إلى حالتها الطبيعية، ولكن وللأسف الموجه الثانية والثالثة وما صاحبهما من إنتشار للفيروس، أدت إلى العودة إلى سياسة الحظر والمنع والإغلاق، وسوف نستعرض فيما يلي أهم تلك القرارات:

- إعتباراً من 17 يناير 2020م قررت اللجنة العليا العودة التدريجية لطلبة المدارس بنظام التعليم المدمج، وفق الأسس والآليات التي تضعها الوزارة المختصة، مع التأكيد على ضرورة الإلتزام بتطبيق كافة الإجراءات الإحترازية التي وردت في البروتوكول الصحي، حفاظاً على سلامة الطلبة والهيئتين التدريسية والإدارية[1222].
- في 24 يوليو 2020م قررت اللجنة تسهيل السفر للخارج عبر المنافذ الجوية للمواطنين، بشرط إلتزامهم عند العودة بالضوابط الإحترازية الموضوعة لمثل تلك الحالات.
- في 26 أغسطس 2020م قررت اللجنة العليا فتح حزمة إضافية من الأنشطة التجارية والصناعية، مع التأكيد على إتخاذ كافة الإجراءات الإحترازية، والأنشطة هي: (استئناف سباقات الهجن العربية، وقاعات الاجتماعات في المنشآت الفندقية، والمطاعم والمقاهي العامة، وصالات اللياقة البدنية، ومحلات الحلاقة ومحلات العناية الشخصية الرجالية، ومراكز التجميل ومحلات تصفيف الشعر النسائية، والتجميل بالليزر في صالونات التجميل، والدراجات المائية والشاطئية، وتأجير وبيع مستلزمات الأفراح، عيادات الطب التقليدي (الشعبي)[1223].
- وفي 22 سبتمبر 2020م، قررت اللجنة رفع الإغلاق عن محافظة ظفار إعتباراً من يوم الخميس الأول من أكتوبر 2020م مع ضرورة الإلتزام بالإجراءات الإحترازية والوقائية التي تضمن سلامة الجميع، كما تقرر السماح بعودة من يحمل إقامة سارية المفعول إلى السلطنة إعتباراً من الأول من أكتوبر 2020م، شريطة الخضوع للفحص المخبري (PCR) عند العودة والإلتزام بالحجر الصحي لمدة (14) يوماً[1224].

1218. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 21 يوليو 2020م.
1219. حسين عامر : القوة الملزة للعقد ، مطبعة مصر ، القاهرة ، 1949 ، ص 125
1220. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 11 أكتوبر 2020م.
1221. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 21 ديسمبر 2020م.
1222. جريدة عمان بتاريخ 2020/10/22.
1223. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 26 أغسطس 2020م.
1224. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 22 سبتمبر 2020م.

- بتاريخ 27 ديسمبر 2020م، قررت اللجنة العليا إنهاء العمل بقرار منع الدخول والخروج من وإلى السلطنة عبر جميع المنافذ من الساعة الثانية عشرة من صباح يوم الثلاثاء 29 ديسمبر 2020م، مع الإلتزام بجميع الاشتراطات الصحية المنصوص عليها[1225].

وبهذه الإجراءات تشهد الحياة العامة انفراج وعودة القطاعات في تقديم خدماتها للجماهير، حيث بدأت الحياة تدب في مفاصل جميع القطاعات خاصة الإقتصادية منها.

المبحث الثاني

تداعيات جائحة كورونا على الإقتصاد العماني والإجراءات المتخذة من قبل الحكومة لتخفيف من حدت تلك التداعيات

يعتبر الإقتصاد العماني من الإقتصاديات التي تعتمد على الموارد الريعية مثل "النفط والغاز" ويصنف ضمن الإقتصاديات النامية والحديثة، إلا أن السياسة الخارجية العمانية المتسمة بالتوازن والعلاقات الطيبة مع الجميع قد ساهمت في استقطاب الكثير من الإستثمارات إلى أرض السلطنة، بالإضافة إلى البنية التحتية التي تكاد أن تكون متكاملة، خاصة في قطاع المواصلات على الرغم من التضاريس والطبيعة الوعرة والمكلفة لتنفيذ أي مشروع.

هنا يفترض بأن الإقتصاد العماني يكون أقل تأثر جائحة كورونا، نظراً لأنه أقل انفتاحاً للإقتصاد العالمي من جهة، ومن جهة أخرى نجد مفهوم التكافل الإجتماعي الذي يتميز به الشعب العماني له آثار إيجابية في التقليل من وطأة هذه الجائحة وغيرها، مثل مبادرات التي قدمتها مؤسسات المجتمع المدني، وكذلك إسهامات الأفراد التي كان لها الأثر الإيجابي في مساعدة الفئات المتضررة، علاوةً على ظهور المنصات الإلكترونية المساندة والتي تركز على تقديم استشارات في كافة القطاعات تقريباً، ناهيكم عن تلك المنصات التي تسعى إلى إستثمار وقت فراغ الأفراد في مختلف الفئات بطرح دورات وبرامج تدريبية إلكترونية مجانية وغيرها من الإجراءات الإيجابية التي تعد في حد ذاتها سبلاً لمواجهة هذه الجائحة، التي عملت على تعطيل العديد من الأنشطة التجارية والإقتصادية، وألغت الكثير من المؤتمرات والمعارض الدولية التي بلا شك كانت رافداً مهماً للقطاع الاقتصادي، وتعمل على تعزز التبادل التجاري بين كافة البلدان، مسجلاً تراجعاً كبيراً في الحركة السياحية وغيرها من أوجه الحياة الإقتصادية.

وذكرت صحيفة ديلي ميل البريطانية بتاريخ 2021/2/13 في دراسة أعدها باحثون من جامعة سيدني الأسترالية، إن تفشي الوباء وتدابير الحد من انتشاره كلف الإقتصاد العالمي في عام 2020م تقريباً، (3.8) تريليون دولار، وتسبب في فقد (147) مليون شخص لوظائفهم[1226].

كما لا يخفى أن التعاون الكبير بين المؤسسات الرسمية في التعاطي مع هذه الجائحة أدى إلى أدوار تكاملية لتوفير كافة الإمكانات وتسخير كل الجهود للعبور من هذه الأزمة، فلا يشعر المواطن مع كل هذه الإجراءات بأي نقص في أي خدمة من الخدمات حيث كان السعي دؤوباً لتوفير كافة السلع الإستهلاكية والمواد الغذائية.

من هنا نجد بأن سلطنة عمان تأثرت بهذه المجريات حالها كحال بقية الدول الأخرى، إلا أن الحكومة قد إستجابة بأسرع وقت للتعامل مع تلك التداعيات، والعمل على التخفيف من الأثار الإقتصادية من خلال حزمة من الإجراءات للحفاظ على الإستقرار المالي، ودعم القطاعات والفئات المتضررة، وتحفيز الطلب لمنع حدوث ركود إقتصادي طويل.

في هذا الصدد سنتناول في هذا المبحث مطلبين؛ في المطلب الأول: تداعيات فيروس كورونا على الإقتصاد العماني، في حين المطلب الثاني: تناول الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة لتخفيف من حدَت تداعيات الجائحة.

المطلب الأول: تداعيات جائحة كورونا على الإقتصاد العماني.

1225 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 27 ديسمبر 2020م.

1226. صحيفة "ديلي ميل" البريطانية.

تعتبر سنة 1970م بداية انطلاقة الإقتصاد العماني الحديث، وكذلك انطلاقة نهضة عمان المباركة التي رسم خططها المغفور له بإذن الله تعالى جلالة السلطان قابوس بن سعيد بن تيمور، طيب الله ثراه، حيث خرجت عمان من عتمة الظلام إلى النور، فعملت حكومة سلطنة عمان منذ ذلك الحين على الإهتمام بالإنسان كمحور رئيسي للتنمية كما عملت على تأسيس بنى تحتية راسخة ودفع عجلة التنمية والتطور قدماً، حيث نشط الإقتصاد العماني بالاكتشافات المتتالية لحقول النفط والغاز والمعادن وغيرها من الثروات، إلا أن الإعتماد على النفط أخذ الصدارة على الرغم من الخطط الإقتصادية التي تهدف إلى التنويع الاقتصادي.

ينتهج الاقتصاد العماني سياسة الخطط الخمسية، حيث رُسمت أول خطة خمسية في السلطنة عام (1976-1980م)، وبطبيعة الحال تنقسم كل خطة خمسية إلى خمسة موازناتٌ عامة، ونجد بأن حكومة السلطنة قد أخذت على عاتقها أمرُ التنمية وتوجيه الاقتصاد العماني، مع الاهتمام بالقطاع الخاص ودعه حتى يأخذ بزمام المسؤولية في المراحل القادمة، فمن موازنة لا تتعدى نفقاتها (245,000,000) ريال عماني في عام 1980م، إلى موازنة بلغت نفقاتها (13,200,000,000) ريال عماني في عام 2020م.

تسببت جائحة كورونا في تداعيات غير مسبوقة في جميع دول العالم، حيث أن إستمرار الجائحة مع إستمرار الانخفاض الشديد في أسعار النفط، ترتب عليه الأثر الكبير على عدة قطاعات إقتصادية، وفي ضوء الإنعكاسات الإقتصادية محلياً وعالمياً، فقد تفضل جلالة السلطان هيثم بن طارق المعظم، فأسدى أوامره السامية الكريمة بتشكيل لجنة منبثقة عن اللجنة العليا، تتولى معالجة الآثار الاقتصادية الناتجة عن الجائحة عبر وضع آلية مناسبة تضمن سرعة عودة الأنشطة الإقتصادية لضمان تحقيق معدلات نمو إقتصادي متسارع.

أما في شأن تأثير جائحة كورونا على الإقتصاد العماني فقد تأثرت السلطنة شأنها شأن الدول الأخرى المصدرة للنفط، بانخفاض أسعار النفط من جهة، وتفشي الوباء العالمي من جهة أخرى، وعلى الرغم من التراجع في عائدات النفط والوضع المالي الصعب، نتيجة تراجع أسعار النفط منذ عام 2014م، فقد إتخذت الحكومة إجراءات من شأنها التخفيف من العواقب الإقتصادية للأزمة، وذلك من خلال حزمة من الإجراءات للحفاظ على الإستقرار المالي ودعم القطاعات والفئات المتضررة وتحفيز الطلب لمنع حدوث ركود إقتصادي متوسط أو طويل الأمد.

من أبرز القطاعات المتأثرة بالجائحة في سلطنة عمان، قطاع الفنادق والمطاعم، وفي المرتبة الثانية قطاع النقل والتخزين، ثم قطاع تجارة الجملة والتجزئة "وخاصة في السلع المعمرة والكماليات" ويقع العبء الأكبر في هذه القطاعات على الشركات الصغيرة والمتوسط، خاصة العاملين لحسابهم الخاص، كما أن هذه القطاعات تتطلب صلة مباشرة مع المستهلك وقد تأثرت نتيجة إنخفاض الطلب الداخلي وكذلك إنهيار الطلب من قبل السياح والمسافرين من رجال الأعمال وغيرهم نتيجة إغلاق الحدود.

في إطار إهتمام جلالته أعزه الله، بتداعيات جائحة كورونا على الوضع الاقتصادي في السلطنة، فقد تفضل فأصدر أوامره السامية باعتماد برنامج القروض الطارئة بدون فوائد، لمساعدة بعض الفئات الأكثر تضرراً من رواد ورائدات الأعمال خاصة الحالات التالية: الحاصلين على بطاقة ريادة، والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، والعاملين لحسابهم الخاص، وكذلك المستفيدين من قروض بنك التنمية العماني وصندوق الرفد.

لذا نجد بأن تداعيات فيروس كورونا على فرص العمل في جميع القطاعات أصبحت واضحة، ولا سيما قطاع «الخدمات» على الصعيد العالمي نتيجة التباعد الإجتماعي، ونظراً إلى أن هذا القطاع هو المصدر الرئيسي لفرص العمل، فأي تأثيرات وخيمة تطاله ستترجم إلى خسائر كبيرة في الوظائف[1227].

أما التأثيرات على العمالة الوطنية فقد أوضح رئيس اتحاد عمال السلطنة في مقابلة خاصة مع إذاعة الشبيبة، بأنه تم إنهاء خدمات وتصريح عدد (6341) عامل في أكثر من (120) شركة ومؤسسة في سلطنة عمان خلال عام 2020م، حيث أنه بلا شك بأن

1227 . فيروس كورونا، التكلفة الاقتصادية على المنطقة العربية، إزدهار البلدان كرامة الإنسان، الإسكوا، الأمم المتحدة،

اتحاد عمال السلطنة يحارب هذه الظاهرة لما لها من آثار وخيمة إجتماعية وإقتصادية على العمال بشكل خاص وعلى الحياة الإقتصادية بشكل عام[1228]،

علاوةً على ذلك فإن جائحة كورونا قد ألقى بظلاله على جميع مفاصل الحياة الإقتصادية، وفي إطار تداعيات كورونا تم إلغاء المهرجانات وجميع المناسبات والمعارض، ومنها على سبيل المثال، إلغاء مهرجان صلالة السياحي للعام 2020م، وهنا انحرمت محافظة ظفار من أبرز نشاط إقتصادي سنوي، يعول عليه جميع المواطنين وكافة القطاعات الإقتصادية، بالإضافة إلى إلغاء معرض الكتاب في مسقط، ومما لا شك فيه بأن التأثيرات الإقتصادية سوف تكون وخيمة جداً.

فيما يلي سوف نستعرض مؤشرات التجارة الخارجية في سلطنة عمان خلال الثلاثة سنوات الأخيرة 2018م، 2019م، 2020م، وفق ما توضحه إحصائيات المركز الوطني "للإحصاء والمعلومات" في سلطنة عمان.

بالريال العماني

المؤشر	سبتمبر 2018م	سبتمبر 2019م	سبتمبر 2020م
الواردات	9,908,601,453	9,038,268,488	6,039,357,423
الصادرات	23,658,703,932	22,690,984,461	7,469,107,061
إعادة التصدير	1,843,143,685	1,464,187,194	1,243,482,736
الميزان التجاري	15,593,246,164	15,116,903,167	2,673,232,374

1229

يتضح من الجدول أعلاه بأن هناك تراجع قوي جداً في مجريات التجارة الخارجية في سلطنة عمان، ويعزى ذلك إلى إنخفاض أسعار النفط من جهة، وآثار جائحة كورونا من جهة أخرى.

وفي هذا الصدد يعد قطاع السياحة من أكثر القطاعات تأثراً بالجائحة، حيث أن الكثير من الدول تعول على قطاع السياحة لدعم الدخل وتوفير فرص عمل للمواطنين، والسلطنة ليست بمعزل عن دول العالم حيث تعول على هذا القطاع بأن يصبح من القطاعات الواعدة في تنويع مصادر الدخل، إلا أنه لم يعد هناك مجال للسياحة نتيجة هذه الجائحة، وذلك بسبب توقف حركة الطيران وإغلاق المطارات وخوف الأفراد من التنقل مع انتشار الوباء1230.

المطلب الثاني: الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة لتخفيف من حدت تداعيات الجائحة.

إن الإجراءات التي اتبعتها السلطنة لمواجهة جائحة كورونا "كوفيد19" تتمثل في مجموعة من الإجراءات النقدية والمالية لتوفير السيولة وخفض تكلفة الإقتراض وضمان إستمرار توفير الائتمان للقطاعات المتأثرة، كما حث البنك المركزي العماني البنوك التجارية على تأجيل سداد قروض القطاع الخاص لمدة ستة أشهر لدعم انتعاشها، وكذلك تبنت الحكومة بعض التدابير لمساعدة الشركات الصغيرة والمتوسطة بما في ذلك دعم القوى العاملة، وتأجيل المدفوعات "مثل الضرائب، والإيجارات، ومدفوعات المرافق، وغيرها" وتوفير قروض بدون فوائد من بنك التنمية.

عن دور الجهات المعنية في التقليل من الأضرار الإجتماعية التي ألحقتها هذه الجائحة تمثلت تلك التدابير في تكاتف المؤسسات المختلفة للتصدي للجائحة ومعالجة آثارها، فقد تم إنشاء حساب رسمي خاص بمتابعة مستجدات كورونا على منصة الانستجرام: { @OmanVsCovid-19 }

1228 . تصريح لرئيس اتحاد عمال السلطنة، أمام إذاعة الشبيبة. https://shabiba.com/article/id/154940

1229 . المركز الوطني للإحصاء والمعلومات، سلطنة عمان.

1230 . https://www.squ.edu.om/research-ar/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%B4%D9%88%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D8%AC%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%85%D9%8A/ArticleID/866/--------

كما قامت الحكومة متمثلة في اللجنة العليا بإنشاء الصندوق الوقفي لدعم الخدمات الطبية لمواجهة هذه الجائحة، وذلك من خلال تلقي التبرعات عبر حساباتها بالبنوك، التالية:

م	إسم البنك	رقم الحساب الوقفي
1	بنك مسقط	0423057947840019
2	بنك ظفار	0141388677001
3	بنك صحار	005020063531
4	البنك الوطني العماني	10840319012001
5	بنك عمان العربي	3160500500500
6	البنك الأهلي	9700078888001

بالإضافة إلى التبرع عبر الرسائل النصية، عمانتل: 90006 أوريدو: 91958.[1231]

الجدير بالذكر هنا بأن هناك دراسة لاستطلاع رأي العمانيين حول تأثير جائحة كورونا قام بها المركز الوطني للإحصاء والمعلومات خلال الفترة (7 – 21 مايو 2020م) توضح بأن 53% من العمانيين تبرعوا لأعمال خيرية خلال الجائحة، و14% شاركوا في أعمال تطوعية[1232].

كما تم توزيع مراكز العزل المؤسسي التي يشرف عليها قطاع الإغاثة والإيواء على مختلف محافظات السلطنة.

- في 19 مارس 2020م أقرت اللجنة العليا، مجموعة من الإجراءات والتسهيلات بهدف التخفيف من آثار الإجراءات الإحترازية لجائحة كورونا المستجدة، والمتمثلة فيما يلي[1233]:

1. توفير مخزون احتياطي إضافي من السلع الغذائية الأساسية.
2. إتاحة المخازن المتوفرة لدى الجهات الحكومية للقطاع الخاص بدون مقابل للسلع الاستهلاكية والغذائية لمدة ستة أشهر قادمة.
3. إعفاء من الضريبة السياحة على المطاعم حتى نهاية شهر أغسطس2020م.
4. إعفاء من الضريبة البلدية على المطاعم حتى نهاية شهر أغسطس 2020م.
5. إعفاء من الرسوم البلدية للمنشآت التجارية حتى نهاية شهر أغسطس 2020م.
6. تأجيل أقساط قروض المؤسسات "الصغيرة والمتوسطة" المستحقة الدفع لصندوق الرفد خلال الستة أشهر القادمة.
7. تأجيل أقساط القروض المستحقة الدفع لبنك التنمية العماني خلال الستة أشهر القادمة.

- في 26 مارس 2020م تفضل جلالة السلطان هيثم بن طارق المعظم وترأس إجتماع "اللجنة العليا" المكلفة ببحث آلية التعامل مع التطورات الناتجة عن إنتشار جائحة كورونا حيث تبرع جلالته {بمبلغ 10 ملايين ريال عماني للصندوق الوقفي} لدعم الخدمات الطبية المخصص لمواجهة كورونا[1234].

- في إطار تخفيف من التداعيات المترتبة على جائحة كورونا على الخاضعين للضريبة، فقد تم الإعلان في 31 مارس 2020م، عن إجراءات متخذة من قبل جهاز الضرائب، حيث أنه في ظل التطورات الناتجة عن تأثيرات جائحة كورونا المستجد وتداعياتها السلبية على الوضع التشغيلي والمالي لبعض الخاضعين للضريبة وانسجاماً مع توجهات حكومة السلطنة للتعامل مع تداعيات هذه الجائحة على قطاع الأعمال وحرصاً من جهاز الضرائب على القيام بكل ما من شأنه مساعدة الخاضعين للضريبة المتأثرين بهذه

1231 . @OmanVsCovid-19 ، عمان - تواجه – كورونا، مركز الإتصال بوزارة الصحة 24441999.

1232 . المركز الوطني للإحصاء والمعلومات، إستطلاع رأي: العمانيين حول تأثير فيروس كورونا المستجد (ك وفيد19).

1233 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 19 مارس 2020م.

1234 . @OmanVsCovid-19 ، 26 مارس 2020م.

الجائحة على تجاوزها والتسهيل عليهم لأداء التزاماتهم الضريبية بكل يسر، وتجنيبهم الجزاءات والعقوبات المنصوص عليها بقانون ضريبة الدخل، يعلن جهاز الضرائب عن الإجراءات التالية[1235]:

أولاً: في حالة عدم تقديم الإقرارات في مواعيدها المقررة يجوز تقديمها وسداد الضريبة المستحقة من واقعها خلال مدة أقصاها (3) أشهر من تاريخه، والإعفاء من الغرامات والجزاءات المترتبة على عدم تقديم هذه الإقرارات وسداد الضريبة في مواعيدها، وذلك للمتضررين من الوضع الراهن نتيجة للإجراءات الإحترازية التي فرضتها الحكومة.

ثانياً: جواز سداد الضريبة على أقساط والإعفاء من الضريبة الإضافية (المحددة قانوناً بواقع 1% شهريا من قيمة المبلغ غير المسدد) وفقا للضوابط التي يتفق عليها مع جهاز الضرائب لهذا الغرض وذلك في الحالات التي يثبت فيها أن الوفاء بالضريبة بعد الميعاد يرجع لأسباب أو ظروف ترتبت على الجائحة المذكورة.

ثالثاً: يجوز للخاضع للضريبة أن يعترض على ربط الضريبة أو تصحيحه أو تعديله أو إجراء الربط الإضافي وذلك خلال (45) يوماً من تاريخ إعلانه بالربط. إلا أنه وتسهيلا على الخاضعين للضريبة ممن يتعذر عليهم تقديم الاعتراض - بسبب تداعيات جائحة كورونا والإجراءات الإحترازية المفروضة من قبل الحكومة - خلال الأجل المذكور سلفاً سيتم قبول الاعتراض المقدم بعد الميعاد إذا ثبت أن موعد تقديمه يتزامن مع فترة تطبيق الإجراءات الاحترازية، على إعتبار أن تلك الفترة تندرج ضمن الظروف الطارئة.

رابعاً: تحقيقا لمبدأ العدالة الضريبية وإتاحة الفرصة للخاضعين للضريبة لتقديم ما لديهم من مستندات وإيضاحات تدعم أوجه اعتراضهم على الربط الضريبي يجوز للخاضع للضريبة طلب مهلة إضافية لتقديم الإيضاحات والمستندات المطلوبة للنظر في الاعتراضات المقدمة منهم. على أنه في حالة الموافقة على المهلة المطلوبة تعتبر المهلة الممنوحة مدة وقف للميعاد المقرر للفصل في الاعتراض.

خامساً: خصم التبرعات (التي تثبت سدادها لأغراض المساهمة في مكافحة الجائحة) خلال السنة الضريبة من الدخل الخاضع للضريبة لسنة 2020م، وفقاً للقواعد المحددة بالقانون ولائحته التنفيذية.

هذا وقامت هيئة سوق المال بتوجيه شركات التأمين نحو السماح بتوفير التغطية التأمينية والتعويضات لأصحاب رخص القيادة المنتهية حتى إنتهاء إجراءات فيروس كورونا، وتضمنت تلك التوجهات الآتي:

1. السماح لشركات التأمين بتوفير التغطية التأمينية لأصحاب المركبات المنتهية ورخص القيادة الخاصة بهم، وذلك بعد قيام شرطة عمان السلطانية بإيقاف خدمات تجديد رخص القيادة تماشيا مع الإجراءات الاحترازية التي أعلنت عنها "اللجنة العليا" المكلفة ببحث آلية التعامل مع جائحة كورونا والحد من انتشاره في المجتمع المحلي.
2. السماح لشركات التأمين بتوفير التغطية التأمينية دون توقف حتى وإن كانت رخصة القيادة للمؤمن له منتهية الصلاحية، وذلك إلى حين انقضاء جائحة كورونا.
3. الاكتفاء بتوفير التغطية التأمينية في التعويض الناشئ عن الحوادث المرورية حتى إن كانت رخصة القيادة غير سارية.

ويأتي هذا الإجراء حرصاً من هيئة سوق المال على توفير التسهيلات، وعدم تعقيد الإجراءات في ظل الظروف الاستثنائية وضرورة التكيف مع الترتيبات الاحترازية التي أعلن عنها، فضلا عن أهمية توفير التغطية التأمينية لأصحاب المركبات كواحدة من أبرز الأولويات للحد من آثار المخاطر المتوقعة من استخدام المركبات، وما ينتج عنها من حوادث تترتب عليها في أحيان كثيرة مبالغ مالية كبيرة[1236].

1235 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 31 مارس 2020م.

1236 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، الهيئة العامة لسوق المال، تطور مستدام.

وحرصاً من الحكومة قام الطيران العماني بجهود في دعم أسواق السلطنة بالإحتياجات الأساسية، حيث سير عدد (8) رحلات شحن غير مجدولة خلال شهر أبريل 2020م، بحيث تصل حمولة كل رحلة (25) طناً من المواد الغذائية والطبية[1237]، علاوةً على تواصل نقل المتطلبات المعيشية والمواد التموينية المتنوعة عبر البحرية السلطانية العمانية.

- وفي 2 إبريل 2020م قدمت وزارة الأوقاف والشؤون الدينية مبادرة تحت عنوان: يسارعون في الخيرات لإعانة متضرري جائحة كورونا، لذا يمكن التبرع من خلال البوابة الإلكترونية لخدمات الزكاة[1238].
- أطلقت مجموعة نماء في 19 إبريل 2020م مبادرة تحت عنوان: (لرخاء يدوم) دعماً للفئات المتضررة بجائحة كورونا والمتمثلة في[1239]:

1. تأسيس صندوق للتبرعات برأس مال قدره (300,000) ريال عماني.
2. وقف عمليات قطع الكهرباء عن المشتركين.
3. الدفع عبر عدة قنوات إلكترونية.

المستفيدون من مبادرة نماء "أسر الضمان الاجتماعي والدخل المحدود" و "المؤسسات الصغيرة والمتوسطة".

- وفي 20 إبريل 2020م دشنت "اللجنة العليا" المكلفة ببحث آلية التعامل مع التطورات الناتجة عن إنتشار كورونا منصة ترصد "بلس" لمتابعة وتعقب الحالات الطبية للمصابين والأشخاص تحت العزل الصحي، حيث أن المنصة متكاملة ومطورة بكوادر وكفاءات محلية وبمواصفات عالمية ومتوافقة بشكل تام مع تطبيق "ترصد" التابع لوزارة الصحة[1240].
- أثناء المؤتمر الصحفي السابع للجنة العليا بتاريخ 14 مايو 2020م، أكيدت اللجنة على أن إجمالي التبرعات التي تم استلامها (26,555,000) ريال عماني، منها مساهمة كريمة من حضرة صاحب الجلالة حفظه الله ورعاه، وما تم صرفه حتى ذاك الوقت تجاوز (18,000,000) ريال عماني[1241].
- بتاريخ 8 يوليو 2020م تم الإعلان عن مبادرات جهاز الضرائب للحد من الآثار الاقتصادية لجائحة كورونا، والمتمثلة في مجموعة من التسهيلات والحوافز المتعلقة بأداء الضريبة المستحقة خلال عام 2020م، وذلك على النحو التالي[1242].

1. تعليق سريان الضريبة الإضافية المترتبة على عدم الوفاء بضريبة الدخل المستحقة والواجبة السداد عن السنة الضريبية المنتهية في 31 /12 /2019م لمدة أقصاها نهاية شهر سبتمبر 2020م، ويمتد الميعاد المحدد سابقاً بالنسبة للحالات التي تنتهي سنتها المالية في تاريخ لاحق لتاريخ 31 /12 /2020م لمدة أقصاها (9) أشهر من تاريخ إنتهاء سنتها المالية.
2. وقف سريان الغرامات والجزاءات المترتبة على عدم تقديم الإقرارات والحسابات عن السنة الضريبية 2019م، لمدة أقصاها نهاية شهر سبتمبر 2020م.

- وفي 19 يوليو 2020م أوضحت اللجنة العليا بأن تخفيض رسوم بطاقات القوى العاملة الوافدة من (301) ريال عماني إلى (201) ريال عماني، تسري على الفئات التالية[1243]:

1. المؤسسات والشركات التي بها قوى عاملة وطنية، بغض النظر عن عدد العمانيين العاملين بها.
2. أصحاب المؤسسات "الصغيرة والمتوسطة" المتفرغين لأعمالهم والمسجلين بهيئة التأمينات الإجتماعية كصاحب عمل.

1237 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، أبريل 2020م.
1238 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، https://zakah.om/ar/Pay/Sadaqah.
1239 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 19 إبريل 2020م.
1240 . @OmanVsCovid-19 ، 20 إبريل 2020م.
1241 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 14 مايو 2020م.
1242 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 8 يوليو 2020م.
1243 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 19 يوليو 2020م.

- وفي 29 يوليو 2020م أعلن بنك التنمية العماني عن إتاحة نافذة إلكترونية في موقع البنك لتمكين المستفيدين من برنامج القروض الطارئة من تقديم طلباتهم إلكترونياً[1244].
- أصدرت اللجنة العليا بياناً في 30 نوفمبر 2020م، حيث تمثل في إنهاء العمل بقرار تقليص عدد الموظفين بالجهاز الإداري للدولة، وشمل البيان السماح بإصدار التأشيرات السياحية لدخول السلطنة، شريطة أن يكون قدوم السواح في إطار أفواج سياحية منظمة من قبل الفنادق والشركات السياحية[1245].
- في 31 ديسمبر 2020م أقرت حزمة التسهيلات التي قدمتها وزارة العمل، والمتمثلة فيما يلي[1246]:

1. يجوز في الظروف الحالية لشركات ومؤسسات القطاع الخاص المتأثرة التفاوض لتخفيض أجور العاملين لديها لفترة ثلاثة أشهر مقابل تخفيض ساعات العمل بعد إستنفاذ رصيد إجازات الموظف المدفوعة الأجر كاملة على أن يطبق هذا الإجراء في حال أقتضى الأمر حتى تاريخ 31 مارس 2021م.
2. الإعفاء من الرسوم والغرامات المترتبة على تراخيص مزاولة العمل للقوى العاملة غير العمانية شريطة مغادرتها السلطنة مغادرة نهائية.
3. إعفاء من الغرامات أول مرة والتجديد ونقل خدمات من تاريخ إنتهاء البطاقة 15 مارس 2020م إلى 31 مارس 2021م.
4. السماح لشركات ومؤسسات القطاع الخاص المتأثرة أن تنهي خدمات القوى العاملة الوافدة شريطة سداد جميع مستحقات السابقة ومغادرتها للسلطنة.

لقد أظهرت جائحة كورونا أهمية كبرى في التوسع بالقطاعات الإستراتيجية، مثل الغذاء والخدمات الأساسية وقطاعات المعلومات والتكنولوجيا للتغلب على الإشكاليات التي تظهر بظهور الحالات الطارئة، كما يمكن إستغلال التغيرات الناجمة في سوق العمل، والتي أحدثتها الجائحة لتقليل من الاختلالات في منظومة السوق وزيادة مشاركة القوى العاملة الوطنية وتحسين إنتاجيتها.

وفي هذا السياق ونظراً لما تم التطرق إليه من آثار إقتصادية على الإقتصاد العماني، فقد إتخذت الحكومة إجراءات مالية تتمثل في خطة التوازن المالي متوسطة المدى (2020-2024) الصادرة عن وزارة المالية والتي حظيت بالمباركة السامية من عاهل البلاد السلطان هيثم بن طارق المعظم حفظه الله ورعاه، وبطبيعة الحال لم تأتي هذه الإجراءات من فراغ وإنما من جراء العجز الشديد في الموازنة العامة للدولة نتيجة إنهيار أسعار النفط من جهة وآثار جائحة كورونا من جهة أخرى، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن خطة التوازن المالي تهدف إلى تحقيق مستويات مستدامة للتوازن المالي مع نهاية عام 2024م[1247]، وتهيئة الظروف المالية الداعمة لرؤية عُمان 2040م ، من هنا نجد بأن جائحة كورونا وتداعياتها تشكل فرصة للخروج بحلول ومقترحات من شأنها السيطرة على الوضع الإقتصادي وتحسين من أدائه مستقبلاً.

النتائج والتوصيات:

لقد كان لجائحة كورونا أثر على جميع دول العالم ومن بينها السلطنة على كافة المستويات، مما قام السلطان بالمبادر بإصدار التشريعات المناسبة لمكافحة الجائحة واتخاذ اللجنة العليا المكلفة القرارات المناسبة حسب الحاجة في كل فترة زمنيه تراه مناسبا، ومن خلال ما سبق في هذا البحث أنه نستنتج نتائج نبينها أولا ثم نقترح عدة توصيات:

أولاً-النتائج:

1244 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 29 يوليو 2020م.
1245 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 30 نوفمبر 2020م.
1246 . @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 31 ديسمبر 2020م.
1247 . الموقع الرسمي لوزارة المالية، سلطنة عمان، خطة التوازن المالي 2020-2024م.

1. يتضح من خلال الدراسة والتحليل بأن الأساس في الاقتصاد العماني، لا زال بحاجة إلى ترسيخ وتعريض قاعدته، بما يتلاءم مع تقلبات السوق والأزمات.
2. يتضح بأن قطاع السياحة وحركة التصدير والإستيراد وإعادة التصدير والميزان التجاري، من القطاعات الأكثر تضرر من جائحة كورونا.
3. ضعف في منظومة الإكفاء الذاتي حتى في أبسط القطاعات التي من المفترض أن تكون ذات فائض في منتوجها، مثل بعض المنتوجات الزراعية.
4. الإستفادة من فائض النفط طيلة السنوات السابقة لم يكن في الجوانب الإستثمارية، وإنما تركز على البنية التحتية وتحسين مستوى العيش للمواطنين.
5. لم تقوم الحكومة بتكليف أو على الأقل توجيه القطاع الخاصة بالاضطلاع بالمسؤولية الوطنية التي من المفترض أن يقوم بها، خاصة في وقت الرخاء حتى يقف إلى جانب الدولة في وقت الضيق والأزمات.
6. القروض التي تقدم من قبل مؤسسات الحكومة الائتمانية، لم تظهر كفاءتها ونجاحها، إما لأنها محسوبة بفوائد مما أثقل كاهل المُقترض أو لم توضع في مكانها الصحيح.
7. إلى الآن يعتبر الإقتصاد العماني يعتمد على خزانة الدولة، بإستثناء بعض الشركات العائلية ذات المسؤولية الفردية، والتي في بداية تأسيسها كانت تعتمد على نفقات الحكومة ومشاريعها.
8. ضعف نمطية الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وإنما إعتماد جميع المواطنين وكذلك القطاع الخاص معاً على القطاع العام.

ثانيا: التوصيات:

1. التسريع في برامج الإصلاحات الهيكلية مثل تنمية القطاع الخاص وبالذات الصناعات الثقيلة المعتمدة على التكنولوجيا ، مع تحسين فعالية الإنفاق والدعم الحكومي وتعزيز الشراكة بينه وبين القطاع العام.
2. ترشيد الإنفاق وإيقاف بعض المشاريع الحكومية غير الضرورية، والتركيز على القطاعات الإنتاجية ذات الطابع الإستثماري.
3. فتح مجالات نقاشية بين مختلف المؤسسات الحكومية والخاصة ومؤسسات المجتمع المدني والقطاع الخاص والمواطنين للخروج بحلول مبتكرة أخرى.
4. دعم الشركات ومؤسسات القطاع الخاص، من خلال تقديم الإعفاءات الضريبية، وتمديد آجال سداد الديون، خاصة الشركات الصغيرة والمتوسطة.
5. النهوض بنظم الحماية الإجتماعية، من خلال تعزيز خطط الحماية الإجتماعية لصالح الفئات ذات الدخل المحدود وفئات الضمان الإجتماعي، وإنشاء صناديق تعويضات للباحثين عن عمل "البطالة" وتوسيع نطاق المستفيدين منها، وتمديد آجال سداد القروض الفردية وضريبة القيمة المضافة والتسعيرة الجديدة لبعض الرسوم التي تدفع مقابل خدمات تقدمها الحكومة خاصة الكهرباء والمياه.
6. ينبغي للمنظمات المتعددة الأطراف والمؤسسات المالية الدولية، النظر في زيادة ما تقدمه من منح ودعم فني للبلدان المعرضة للمخاطر، بما في ذلك البلدان النامية والأقل نمواً، التي تواجه ضغوطاً مالية نتيجة إنخفاض أسعار النفط من جهة، وجائحة كورونا من جهة أخرى.
7. على الشركات ومؤسسات القطاع الخاص أن تسعى إلى تغيير نموذجها التجاري بعد الجائحة، من خلال جعل هيكلها أكثر رشاقة واستجابة للصدمات وتغيير نمط الإستثمار من خلال عدة إجراءات، تتمثل فيما يلي:

أ. الإعتماد على استئجار المعدات والآليات بدلاً من تملكها.

ب. التقليل من أعداد الموظفين الثابتين في المؤسسة والاستعانة بموظفين خارجيين حسب المهمة أو إسناد الأعمال لشركات أخرى، مثل أعمال التغليف والنقل والتنظيف، الخ.

ج. إعادة هيكلة سلاسل التوريد لجعلها أكثر إستقراراً وأقل عرضة للتعطل أثناء الأزمات.

المراجع:

1. أمر سامي، صادر بتاريخ 2020/03/10م.
2. صدر بتاريخ 2020/3/23 ونشر بالجريدة الرسمية عدد 1334.
3. صحيفة أثير الإلكترونية بتاريخ 2020/11/19.
4. . فيروس كورونا، التكلفة الاقتصادية على المنطقة العربية، إزدهار البلدان كرامة الإنسان، الإسكوا، الأمم المتحدة.
5. . صدر بتاريخ 2021/1/11 منشور بالجريدة الرسمية ملحق رقم 1374.
6. الموقع نبض، https://nabd.com/corona
7. الموازنة العامة لسلطنة عمان 1980 و2020، وزارة المالية.
8. الموقع الرسمي لمنظمة الصحة العالمية، https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses
9. . الموقع الرسمي للأمم المتحدة، الاستجابة لك وفيد19، https://www.un.org/ar/coronavirus/info-for-un-staff
10. https://www.webteb.com/articles/%D9%81%D9%8A%D8%B1%D9%88%D8%B3-%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%88%D8%B1%D9%88%D9%86%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D9%8A%D9%83-%D8%A7%D9%87%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D9%84%D9%88%D9%85%D8%A7%D8%AA_21644
11. الموقع الرسمي لمايو كلنك، Mayo Clinic https://www.mayoclinic.org/ar/diseases-conditions/coronavirus/symptoms-causes/syc-20479963
12. فيروس كورونا، التكلفة الاقتصادية على المنطقة العربية، إزدهار البلدان كرامة الإنسان، الإسكوا، الأمم المتحدة.
13. حسين عامر : القوة الملزة للعقد ، مطبعة مصر ، القاهرة ، 1949 ، ص 125.
14. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، one إبريل 2020م.
15. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 14 مليو 2020م.
16. إدارة الادعاء العام-قريات، ش.م.ح/36-9067-9380-9381-9382-9383/2020.
17. **https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AC%D8%A7%D8%A6%D8%AD%D8%A9_%D9%81%D9%8A%D8%B1%D9%88%D8%B3_%D9%83%D9%88%D8%B1%D9%88%D9%86%D8%A7_%D9%81%D9%8A_%D8%B9%D9%85%D8%A7%D9%86**
18. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 5 يوليو 2020م.
19. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 21 يوليو 2020م.
20. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 11 أكتوبر 2020م.
21. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 21 ديسمبر 2020م.
22. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 26 أغسطس 2020م.
23. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 22 سبتمبر 2020م.
24. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 27 ديسمبر 2020م.

25. كوفيد 19 ينخر الاقتصاد العالمي، المعمري، نوح وزملاءه، 2020.
26. https://arabi21.com/story/1285381/%D8%A8%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B1%D9%82%D8%A7%D9%85-%D9%87%D8%B0%D9%87-%D8%AD%D8%B5%D9%8A%D9%84%D8%A9-%D8%AE%D8%B3%D8%A7%D8%A6%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%82%D8%AA%D8%B5%D8%A7%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%8A-%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A1-%D9%83%D9%88%D8%B1%D9%88%D9%86%D8%A7
27. https://omannews.gov.om/Oman-News-Agency/ArtMID/458/ArticleID/11297
28. تأثير أزمة كورونا المستجد على قطاعات التنمية في السلطنة، الهنائي، وزملاءه، أكتوبر2020.
29. فيروس كورونا، التكلفة الاقتصادية على المنطقة العربية، إزدهار البلدان كرامة الإنسان، الإسكوا، الأمم المتحدة،
30. تصريح لرئيس اتحاد عمال السلطنة، أمام إذاعة الشبيبة. https://shabiba.com/article/id/154940
31. المركز الوطني للإحصاء والمعلومات، سلطنة عمان.
32. https://www.squ.edu.om/research-ar/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%B4%D9%88%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D8%AC%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%85%D9%8A/ArticleID/866/--------
33. @OmanVsCovid-19 ، عمان - تواجه – كورونا، مركز الإتصال بوزارة الصحة 24441999.
34. المركز الوطني للإحصاء والمعلومات، إستطلاع رأي: العمانيين حول تأثير فيروس كورونا المستجد (كوفيد19).
35. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 19 مارس 2020م.
36. @OmanVsCovid-19 ، 26 مارس 2020م.
37. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 31 مارس 2020م.
38. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، الهيئة العامة لسوق المال، تطور مستدام.
39. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، أبريل 2020م.
40. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، https://zakah.om/ar/Pay/Sadaqah.
41. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 19 إبريل 2020م.
42. @OmanVsCovid-19 ، 20 إبريل 2020م.
43. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 14 مايو 2020م.
44. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 8 يوليو 2020م.
45. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 19 يوليو 2020م.
46. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 29 يوليو 2020م.
47. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 30 نوفمبر 2020م.
48. @OmanVsCovid-19 ، عمان – تواجه – كورونا، 31 ديسمبر 2020م.
الموقع الرسمي لوزارة المالية، سلطنة عمان، خطة التوازن المالي 2020-2024م.

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

الطعن في الأحكام القضائية بين الآجال والآثار وفق مشروع قانون 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية

Appealing Judicial Rulings: Deadlines and effects According to Draft Law 02.23 concerning the Civil Procedure Code

الدكتور : يوسف الشكر
دكتور في الحقوق
أستاذ زائر بكلية الحقوق أكدال- الرباط

الباحث : براء هلالي
باحث بسلك الدكتوراه
أستاذ زائر بكلية الحقوق أكدال- الرباط

ملخص:
تشكل طرق الطعن ضمانة أساسية للمحكوم عليهم، حيث تتيح لهم الاعتراض على الأحكام التي قد تشوبها أخطاء سواء عن قصد أو عن غير قصد، نظرا لما للأحكام القضائية من أثار ونتائج مختلفة في مواجهة أطراف الدعوى وأحيانا في مواجهة الغير، ومن الطبيعي أن يمنح المشرع لأطراف الدعوى إمكانية المطالبة بتصحيح وإصلاح ما يظهر لهم أنه فاسد وغير صحيح عن طريق ما يعرف في فقه قانون المسطرة بطرق الطعن.
ولم يضع المشرع في هذا الإطار أي تصنيف لطرق الطعن بل اكتفى بالإشارة إليها بشكل متفرق في عدة أبواب وأقسام من قانون المسطرة المدنية وقوانين أخرى خاصة، في حين أن الفقه هو الذي وضع تقسيمات لطرق الطعن، فقسمها إما إلى طرق الطعن عادية، وأخرى استثنائية أو غير عادية، أو إلى طرق مراجعة أي الطعن أمام نفس المحكمة، وطرق تصحيح أي تقديم الطعن أمام جهة قضائية أعلى درجة، وهناك تقسيم أخر يتمثل في طرق الطعن المسماة وأخرى غير مسماة، والتي اقتصر فيها المشرع على استعمال كلمة طعن دون أي تحديد.

ABSTRACT
Methods of appeal are essential safeguards for defendants, allowing them to challenge judgments that may contain mistakes, whether intentional or accidental. Judicial rulings can have various effects on the parties in a case, and occasionally on third parties. The legislator has, therefore, granted litigants the right to seek correction of rulings they consider flawed, using what is known as "methods of appeal."
However, the legislator has not provided a specific classification of appeal methods, instead referencing them across different sections of the Code of Civil Procedure and other laws. Legal scholarship has categorized these methods into ordinary and extraordinary appeals, review methods (appeals before the same court), and correction methods (appeals before a higher court). Another classification divides them into "named" and "unnamed" appeals, with the legislator simply using the term "appeal" without further specification.

تقديم

تمثل طرق الطعن أهم الضمانات الممنوحة للمحكوم عليه فهي تضمن نزاهة القاضي وعدالة الحكم الذي يصدر عنه[1248]، لكون الأحكام الصادرة عن القضاء يمكن أن يعتريها أحيانا الخطأ، وأن تجانب الصواب عمدا أو سهوا أحيانا أخرى فالعصمة لله وحده، ولذلك وجب تمكين المتقاضين من ضمانات يواجهون بها مثل هاته المخاطر وتسمح لهم بإعادة دراسة ملف القضية من جديد.

وكما هو معلوم فإن للأحكام القضائية أثار ونتائج مختلفة في مواجهة أطراف الدعوى وأحيانا في مواجهة الغير، ومن الطبيعي أن الشخص الذي يجد في الحكم ما يطلبه أو يتمسك به فهو يرضى به ويقبله، في حين أن الذي يخسر الدعوى يكون مستاءا وغير راض عن الحكم، أو قد يكون مرد هذه الأشياء مجرد رد فعلي ذاتي انفعالي وقد يكون مبنيا على أسس صحيحة إذا وقعت فعلا إخلالات مسطرية تسيء لتطبيق القانون.

ولإعادة التوازن فقد أعطى المشرع لأطراف الدعوى إمكانية المطالبة بتصحيح وإصلاح ما يظهر لهم أنه فاسد وغير صحيح عن طريق ما يعرف في فقه قانون المسطرة بطرق الطعن[1249]، وهذه الأخيرة لم يعرفها المشرع وإنما ترك أمر تعريفها إلى الفقه، الذي عرفها بأنها تلك الوسائل القضائية الاختيارية التي ينظمها القانون لمصلحة المحكوم عليه للاعتراض على الحكم الصادر ضده بقصد إلغائه أو تعديله.

فالقواعد المنظمة للطعن في الأحكام إن كانت جوازية واختيارية فهي مقررة في القانون بنصوص خاصة لا يجوز الاتفاق على تعديلها، وذلك وعيا بمجموعة من الاعتبارات التي قصد المشرع تحقيقها وعلى رأسها إعطاء المحكوم عليه فرصة طرح النزاع من جديد على قضاء أعلى درجة[1250] كالاستئناف والنقض، أو طرحه أمام نفس المحكمة المصدرة للحكم كالتعرض وإعادة النظر ، كما سمح كذلك للغير أن يتدخل عن طريق آلية تعرض الغير الخارج عن الخصومة. إلا أنه ليست كل الأحكام القضائية تقبل الطعن فهناك أحكام غير قابلة لأي طعن كالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع مثل الأحكام التمهيدية وهي تلك الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوة والتي من شأنها أن تهيئ الفصل في النزاع كالحكم بإجراء الخبرة.

وجدير بالذكر أن المشرع لم يقم بأي تصنيف لطرق الطعن بل اكتفى بالإشارة إليها بشكل متفرق في عدة أبواب وأقسام من قانون المسطرة المدنية وقوانين أخرى خاصة، وبالمقابل فإن الفقه هو الذي وضع تقسيمات لطرق الطعن فقسمها إما إلى طرق الطعن عادية وأخرى استثنائية أو غير عادية، أو إلى طرق مراجعة أي الطعن أمام نفس المحكمة، وطرق تصحيح أي تقديم الطعن أمام جهة قضائية أعلى درجة، وهناك تقسيم أخر يتمثل في طرق الطعن المسماة وأخرى غير مسماة والتي اقتصر فيها المشرع على استعمال كلمة طعن دون أي تحديد. وفي بحثنا هذا سنعتمد على التصنيف المتداول فقها وهو طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية، والذي تبنته مجموعة من التشريعات المقارنة ونخص بالذكر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وتجدر الإشارة إلى أن ممارسة طرق الطعن سواء كانت عادية أو غير عادية فإنها تمارس داخل آجال محددة قانونا سواء في قانون المسطرة المدنية أو وفق مقتضيات نصوص خاصة[1251]، بحيث تتميز هذه الآجال بنوع من الاختلاف من طعن لآخر، كما يترتب عن ممارسة هذه الطعون مجموعة من الآثار التي قد تؤثر سواء على مراكز أطراف الدعوى أو الغير وكذلك في موضوعها، وقد جاء مشروع قانون المسطرة المدنية ببعض المستجدات بخصوص هذه الآجال والآثار بهدف تجاوز بعض الإشكالات المطروحة في هذا الصدد.

1248 محمد السماحي، طرق الطعن في الأحكام المدنية والإداري، دراسة عملية مقارنة، مطبعة الصومعة، الرباط، الطبعة الأولى 1995، ص 9.

1249 عبد الوهاب المريني، دروس في القانون القضائي الخاص المغربي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع-الرباط ، دون ذكر الطبعة، ص 93.

1250 عبد الحميد أخريف، محاضرات في قانون المسطرة المدنية، مسلك القانون الخاص، كلية الحقوق فاس، مادة المسطرة المدنية، السداسي السادس، ص 67.

1251 كالمقتضيات الواردة في القانون المنظم لمحاكم الاستئناف الإدارية والواردة في القانون المحدث للمحاكم التجارية ، وقانون الكراء، وظهير التحفيظ العقاري.

وكما هو معلوم فإن للطعن في الأحكام القضائية مرجعية ضاربة في عمق التاريخ فهو من المبادئ التي أقرها النظام الإسلامي لضمان العدالة ونزاهة الأحكام، حيث وردت بعض أسس الطعون في القرآن الكريم التي تستشف خصوصا من قصة سيدنا داود وسليمان[1252] في قضية الحرث.

أما في المغرب فقد عرفت طرق الطعن في الأحكام القضائية وخاصة الإدارية عدة تطورات حيث لم تكن هناك طرق الطعن بالمفهوم المعاصر قبل الحماية الفرنسية، وإنما كان باستطاعة المتقاضين تقديم تظلماتهم إلى قاضي الجماعة الذي أصبح فيما بعد وزير الشكايات، أما بعد الحماية فقد اختلف الأمر بحسب الجهة القضائية التي تنظر في النزاع، وقد تم إحداث المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في 27 شتنبر1957 باعتباره أعلى هيئة قضائية بهدف النظر في طلبات نقض الأحكام والقرارات الصادرة عن مختلف المحاكم وتوحيد الاجتهاد القضائي، وكذا غرف الإستئنافات في المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف.

ويكتسي موضوع الطعن في الأحكام أهمية كبرى وذلك باعتباره من الوسائل التي تهدف إلى تحقيق العدالة والإنصاف ومراجعة الأحكام من أجل ضمان حقوق المتقاضيين، وذلك بوضع آلية الطعن في الأحكام في متناول أطراف النزاع وكذا في متناول الغير للتظلم في حكم أضر بحقوقه أو مصالحه، ابتغاء إزالة أو تخفيف الضرر الذي ألحقه به الحكم المطعون فيه، **وبالتالي فإلى أي حد استطاع المشرع من خلال تنظيمه لآجال الطعن و أثاره في تحقيق العدالة والإنصاف وضمان ثقة المتقاضين في القضاء؟**

مما سبق يمكن القول إن **تحقيق العدالة والإنصاف وضمان ثقة المتقاضين في القضاء رهين بمدى فعالية ونجاعة أجال طرق الطعن و أثاره.**

وسيكون من المفيد لمعالجة هذا الموضوع تناوله من خلال التصميم التالي:

المبحث الأول: الطعن في الأحكام كآلية لتحقيق العدالة و إنصاف المتقاضين

المطلب الأول: آجال الطعن بين تنوع المدد وضمان حقوق المتقاضين

الفقرة الأولى: تعدد مدد آجال الطعن

الفقرة الثانية: مدى معقولية ونجاعة آجال الطعن

المطلب الثاني: خصوصيات أثار الطعن في الأحكام بين طرق الطعن العادية وغير العادية

الفقرة الأولى: ازدواجية الآثار المترتبة عن طرق الطعن العادية

الفقرة الثانية: تعدد أثار طرق الطعن غير العادية

المبحث الثاني: الطعن في الأحكام بين الو اقع والأفاق

المطلب الأول: الإشكالات القانونية والو اقعية للطعن في الأحكام

الفقرة الأولى: محدودية بعض المقتضيات القانونية المنظمة للطعن في الأحكام

الفقرة الثانية: رصد ومناقشة الإكراهات الواقعية

المطلب الثاني: منظور جديد لطرق الطعن في الأحكام

الفقرة الأولى: رصد لأهم المستجدات

الفقرة الثانية: تحليل المستجدات المرتقبة على ضوء التجارب المقارنة

المبحث الأول: الطعن في الأحكام كآلية لتحقيق العدالة و إنصاف المتقاضين

لقد حظيت طرق الطعن بمكانة هامة من طرف المشرع، باعتبارها من الوسائل القانونية التي يمكن للمتقاضين استعمالها في مواجهة كافة الأحكام القضائية الصادرة عن مختلف المحاكم[1253]، وتنقسم طرق الطعن حسب الفقه إلى طعون عادية (التعرض والاستئناف) وغير عادية (تعرض الغير الخارج عن الخصومة، النقض و إعادة النظر)، وتجدر الإشارة إلى أن طرق الطعن بصفة

1252 سورة الأنبياء، الآية 78 .

1253 محمادي العكشاوي، الوجيز في الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها في ضوء قانون المسطرة المدنية، مطبعة دار النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، السنة 2011، ص 48.

عامة سواء كانت عادية أو غير عادية يجب أن تمارس داخل أجال محددة قانونا، كما يترتب عن ممارستها مجموعة من الآثار بحيث يجب على كل متقاضي قبل سلوكه أي طريق من طرق الطعن أن يأخذ بعين الاعتبار أجال ممارسته والآثار التي يمكنها أن تترتب عنه، وللتوضيح أكثر سنتطرق في **المطلب الأول** لأجال الطعن بين تنوع المدد وضمان حقوق المتقاضين على أن نعالج في **المطلب الثاني** خصوصيات الآثار بين طرق الطعن العادية وغير العادية.

المطلب الأول: أجال الطعن بين تنوع المدد وضمان حقوق المتقاضين

يمكن تعريف أجال الطعن بتلك الفترة الزمنية التي بانقضائها يسقط الحق في الطعن ، ولتوضيح أحكام هذه الآجال يقتضي منا البحث عن مدى تعدد مدد أجال الطعن (**الفقرة الأولى)** وعن مدى معقولية ونجاعة أجال الطعن في الأحكام (**الفقرة الثانية).**

الفقرة الأولى: تعدد مدد أجال الطعن

تختلف أجال الطعن من طعن لأخر، إلا أن هناك بعض الطعون التي حدد لها المشرع نفس الآجال هي ثلاثين (30)[1254] يوما ونخص بالذكر هنا الطعن بإعادة النظر، والنقض والاستئناف وتضاعف هذه الآجال ثلاث مرات لمصلحة الأطراف الذين ليس لهم موطن ولا محل إقامة بالمملكة[1255] . أما بالنسبة لأجل التعرض على الأحكام الغيابية غير القابلة للطعن بالاستئناف فهو عشرة أيام وذلك حسب الفقرة الأولى من الفصل 130 من قانون المسطرة المدنية، وحسنا فعل المشرع لما رفع مدة هذا الأجل إلى 15يوما في مشروع قانون المسطرة المدنية في صيغته لسنة 2016، من أجل توحيد أجال التعرض في الأحكام الغيابية والتعرض على الأمر بالأداء المنصوص عليه في المادة 161 من قانون المسطرة المدنية، لكن ما يلاحظ هو أن المشرع تراجع عن ذلك في مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية، واحتفظ بآجل 10 أيام المعمول به في قانون المسطرة المدنية الحالي.

وإذا كانت كل الطعون التي سبق ذكرها وجب أن تمارس داخل أجل محدد فإن الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة لم يحدد له المشرع أجال لممارسته، بحيث يمكن لكل من تضرر من حكم وهو خارج عن تلك الخصومة أي لم يكن طرفا فيها أن يطعن في الحكم عن طريق تعرض الغير الخارج عن الخصومة ، وعدم تحديد المشرع آجال لهذا النوع من الطعون ناتج عن استحالة معرفة تاريخ انطلاقه فهو وسيلة قانونية وضعت رهن إشارة الطرف الذي كان في جهل تام من وجود الحكم مصدر الضرر.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم احترام أجل الطعن يؤدي إلى سقوط الحق في الطعن[1256]، وكذلك الطعن خارج الآجال القانوني سيكون مآله عدم القبول، وهو ما أكده قرار للمجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا)[1257] حيث جاء فيه أن الطعن بالاستئناف كان خارج الأجل القانوني المخصص له الأمر الذي سيؤدي به إلى عدم القبول.

إذا كانت هذه آجال طرق الطعن فما مدى معقولية ونجاعة هذه الآجال؟ وهذا ما سنعالجه في الفقرة الثانية من هذا المطلب.

الفقرة الثانية: مدى معقولية ونجاعة آجال الطعن

لتفادي البطء في صدور الأحكام والحصول على حكم داخل أجل معقول بهدف حماية حقوق ومصالح المتقاضين، جعل المشرع ممارسة حق الطعن مقيدة بآجال محددة قانونا كما تمت الإشارة إليه أنفا، حيث إن تعدد هذه الآجال راجع إلى خصوصية كل مادة على حدى، ونأخذ على سبيل المثال الآجال المقررة في مادة معالجة صعوبة المقاولة، حيث يتضح أن المشرع متع هذه الطعون بمميزات خاصة مقارنة مع الآجال المتعلقة بالمادة التجارية في حد ذاتها أو الخاصة بالمادة المدنية والإدارية، ففيما يتعلق بالآجال عمد المشرع إلى توحيدها على غرار قانون المسطرة الجنائية وحددها في عشرة أيام سواء تعلق الأمر بالاستئناف أو بتعرض الغير

1254 وفقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 134 والفقرة الأولى من الفصل 358 والفقرة الثانية من الفصل 403 من قانون المسطرة المدنية إلا أن المشرع قد قلص من هذا الأجل في الطعن بالاستئناف إلى 15 يوما في بعض الحالات الخاصة مثل قضايا الأسرة ؛ الأوامر الإستعجالية؛ واستئناف القرارات الصادرة عن رئيس المحكمة الإدارية برفض منح المساعدة القضائية (المادة 8 من القانون المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية).

1255 وفقا لأحكام الفصل 136 من قانون المسطرة المدنية.

1256 وفقا لأحكام الفصل 511 من قانون المسطرة المدنية .

1257 قرار عدد 429 بتاريخ 10 ماي 2006 عدد 31 في الغرفة الاجتماعية –القسم الأول- لسنة 2006، منشور في الموقع الالكتروني " jurisprud-maroc".

الخارج عن الخصومة أو النقض[1258]، وكما جعل تبليغ[1259] الأحكام إلى أطراف النزاع نقطة انطلاق آجال الطعن، وفي هذا السياق أكد المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) [1260] على أن آجال الطعون لا تسري إلا بناء على تبليغ صحيح، وأن المعتبر هو الإعلام وليس العلم.

وباعتمادنا على مقتضيات الفصل 512 من قانون المسطرة المدنية يمكن القول إن آجال طرق الطعن هي آجال كاملة أي لا يحتسب فيها اليوم الأول واليوم الأخير وإذا صادف اليوم الأخير يوم عطلة امتد الأجل إلى أول يوم عمل وهذا ما أكده المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) في أحد قراراته[1261] .

وتجسيدا لحماية حقوق المتقاضين فإن سريان أجال الطعن قد يتوقف في بعض الحالات حيث حدد المشرع الطعون التي يتوقف سريان أجالها وهي الطعن بالاستئناف وإعادة النظر، وذلك إذا ما حدث تغيير في أهلية المبلغ إليه أو بوفاة أحد أطراف الحكم، ونتيجة لبداية سريان هذا الأجل فقد ألزم المشرع إعادة التبليغ من جديد للورثة، ولا يسري الأجل في حقهم إلا بعد مرور خمسة عشر يوما التالية لتبليغ الحكم لهم بموطن الشخص المتوفي[1262]، وكما يمكن أن يتوقف سريان آجال الطعن بالنقض في حالة إيداع طلب المساعدة القضائية بكتابة ضبط محكمة النقض، ويسري هذا الأجل من جديد من يوم تبليغ مقرر بمكتب المساعدة القضائية للوكيل المعين تلقائيا، وكذا من يوم تبليغ قرار الرفض للطرف عند اتخاذه حسب مضمون المادة 358 من قانون المسطرة المدنية.

والملاحظ أن المشرع أقد أغفل تكريس حالات التوقف نتيجة الوفاة أو فقدان الأهلية بالنسبة لآجال التعرض والنقض، وهو فراغ تشريعي كان يكفي لتداركه تعميم مقتضيات الفصل 137 من قانون المسطرة المدنية على كافة الآجال بصفة عامة[1263].

وبعد التطرق لمختلف آجال طرق الطعن سواء كانت عادية أو غير عادية سوف نتناول في المطلب الثاني خصوصيات الآثار المترتبة عن ممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية بين طرق الطعن العادية وغير العادية.

المطلب الثاني: خصوصيات أثار الأحكام بين طرق الطعن العادية وغير العادية

إن ممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية يترتب عنها مجموعة من الآثار وتختلف هذه الأخيرة من طرق الطعن العادية إلى طرق الطعن غير العادية وللكشف عن هذا الاختلاف يقتضي منا الأمر تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين بحيث سنخصص الأولى لآثار ممارسة طرق الطعن العادية على أن نخصص الفقرة الثانية لآثار طرق الطعن غير العادية.

الفقرة الأولى: ازدواجية الآثار المترتبة عن طرق الطعن العادية

يترتب عن ممارسة طرق الطعن العادية (التعرض والاستئناف) مجموعة من الآثار إلا أننا سنركز في هذا البحث على أثرين بارزين وهما:

أولا: الأثر الناشر

1258 علال فالي، مساطر معالجة صعوبات المقاولة، الطبعة الثانية، مطبعة دار السلام، نونبر 2015، ص210.

1259 ماعدا الحالات الاستثنائية كالطعن بالنقض في الأحكام الغيابية الذي لا يبدأ أجال الطعن فيها إلا من اليوم الذي يصبح فيه التعرض غير مقبول، والطعن بإعادة النظر بسبب التدليس أو التزوير أو اكتشاف مستندات جديدة بحيث لا يسري أجل الطعن إلا من يوم الاعتراف بالزور أم التدليس أو اكتشاف المستندات الجديدة بشرط أن تتوفر بالنسبة للتدليس أو اكتشاف مستندات حجة كتابية، وفقا لأحكام الفصل 404 من قانون المسطرة المدنية.

1260 قرار عدد 1823 بتاريخ 17 يوليوز 1985، مجلة المحاكم المغربية عدد 41 ، ص81 ، أورده الطيب بن المقدم، الطعون المدنية في التشريع المغربي، الجزء الأول، نظرية عامة، الشركة المغربية للطباعة والنشر، دون ذكر الطبعة، السنة 1996.

1261 راجع قرار عدد 2853 بتاريخ 23 يوليوز 2008، عدد 1592 الغرفة المدنية –القسم الأول- لسنة 2004، ، منشور في الموقع الالكتروني "jurisprud-maroc"، تاريخ زيارة الموقع 2024/10/05، على الساعة الواحدة زوالا.

1262 وفقا لأحكام الفصلين 137 و402 من قانون المسطرة المدنية.

1263 محمد السماحي، م.س، ص23.

يراد بالأثر الناشر أن القضية تنشر من جديد بجميع ما تنطوي عليه من عناصر - واقعية وقانونية- أمام المحكمة التي تتمتع بسلطة واسعة للبحث والتحقيق[1264]، وقد نص مشروع قانون المسطرة صراحة على هذا الأثر، وأكد على أن الاستئناف ينشر الدعوى من جديد أمام المحكمة المرفوع إليها، وفي هذا الإطار سبق للمجلس الأعلى [1265] (محكمة النقض حاليا) أن قضى في قرار له على أن الاستئناف ينشر الدعوى من جديد أمام محكمة الدرجة الثانية ويبقى للأطراف الحق في إثارة كل الدفوع التي يرونها لصالحهم أمام المحكمة المذكورة، وكما أن الطعن بالاستئناف ينقل النزاع من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الثانية.

ومما لاشك فيه أن الطعن بالتعرض هو الأخر ينشر النزاع من جديد أمام المحكمة التي تنظر فيه ويمكن هذا الأثر المحكمة المذكورة من بسط سلطتها على المسائل المرتبطة بالقانون وتلك المرتبطة بالواقع، مما يعيد الأطراف إلى الوضعية التي كانوا عليها قبل صدور الحكم الغيابي[1266].

ثانيا: الأثر الواقف

لقد نص المشرع على هذا الأثر في الفصلين 132 و 134 من ق.م.م ويقصد بالأثر الواقف أن الطعن بالاستئناف والتعرض يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه ما لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل سواء القانوني أو القضائي. فإذا كان الحكم المطعون فيه مشمولا بالنفاذ المعجل يمكن للمستأنف أو المتعرض تقديم طلب مستقل عن الدعوى الأصلية أمام المحكمة التي تنظر في التعرض أو الاستئناف لإيقاف تنفيذ الحكم و يجب أن تبت فيه داخل أجل ثلاثين يوما وذلك بهدف حماية حقوق المستأنف أو المتعرض و بث الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين.

هذه أثار طرق الطعن العادية أما بالنسبة لطرق الطعن غير عادية سنعالجها في الفقرة الثانية من هذا المطلب.

الفقرة الثانية: تعدد أثار طرق الطعن غير العادية

إذا كانت طرق الطعن العادية (الاستئناف والتعرض) توقف تنفيذ الأحكام والقرارات المطعون فيها فإن الأمر على خلاف طرق الطعن غير العادية (تعرض الغير الخارج عن الخصومة، النقض وإعادة النظر) والتي ليس لها أثر موقف لأن الأحكام الإنتهائية تكون قابلة للتنفيذ رغم قابليتها للطعن بطرق غير عادية، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الاستثناءات المنصوص عليها قانونا والمتعلقة أساسا بالطعن بالنقض حيث يوقف الطعن بالنقض التنفيذ في قضايا الأسرة والزور الفرعي والتحفيظ العقاري.[1267]

كما أن المشرع منح للمحكمة سلطة وقف التنفيذ في القضايا الإدارية ومقررات السلطة الإدارية التي وقع ضدها طلب الإلغاء بشرط أن يكون أمر وقف التنفيذ بطلب صريح من رافع الدعوى[1268] وتعزيزا لهذه الاستثناءات جاء في قرار لمحكمة النقض في مادة التحفيظ العقاري أن للطعن بالنقض أثر موقف وهذا الأخير.

ثانيا: تعويض المطعون ضده

تفاديا للطعون التعسفية منح المشرع للمطعون ضده أو للطرف الأخر عند الاقتضاء حق المطالبة بالتعويض عن الطعن التعسفي[1269]، إلا أن تعويض المطعون ضده ليس بالضرورة أن يكون مرتبط بتدليس الطاعن أو ارتكابه خطأ فادحا، بل يكفي أن يكون الطاعن قد ألحق ضرر بالطرف الأخر وأن تتحقق المحكمة من حصول هذا الضرر ، ويخضع تقدير هذا التعويض للسلطة التقديرية للمحكمة المرفوع لديها الطعن.

1264 نورة غزلان الشنيوي، التوجهات الأساسية الإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة والمسطرة المدنية في ضوء مشروع قانون فرعي صيغة 12 يناير 2016 الطبعة الأولى 2016، ص 186.

1265 قرار المجلس الأعلى عدد 70 بتاريخ 24ماي 1977، مجلة القضاء والقانون عدد 128 الصفحة 100، أورده الطيب بن المقدم، م. س، ص 56.

1266 محمد السماحي، م.س، ص 36.

1267 راجع المادة 361 من قانون المسطرة المدنية.

1268 وكما أضاف مشروع قانون المسطرة القضايا المتعلقة بتذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية والقضايا التي يرد بشأنها نص خاص.

1269 وفقا لأحكام الفصول 305 و 376 و407 من قانون المسطرة المدنية.

ثالثا: تغريم خاسر الطعن

يعتبر تغريم الطاعن من الآثار المحتملة في حالة رفض طلب الطعن بحيث يجبر الطاعن بإيداع مبلغ من المال تختلف قيمته حسب درجة المحكمة التي طلب الطعن أمامها أو حسب كل نوع من أنواع الطعون[1270] وتؤدى هذه الغرامة لفائدة الخزينة العامة، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يترك للمحكمة أي مجال هنا لتقدير الغرامة بحسب ظروف كل قضية وبحسب سوء أو حسن نية الطاعن، فقد ألزمها بالحكم بالغرامة بمجرد رفض الطعن ولا سلطة تقديرية لها في ذلك، ولكن بالرغم من أن المشرع لم يمنح للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد إلا أنه منحها سلطة في تفريد تلك الغرامة لأنه حدد حدها الأقصى فقط بالإضافة إلى أن الجزاء المشار إليه أعلاه ليس له طابع جنائي فهو ضمن زمرة الغرامات المدنية التي درج المشرع على ترتيبها كجزاء على بعض الإجراءات والممارسات التي يسلكها المتقاضين في الميدان المدني وذلك لتفادي المجازفة والتعسف.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الأثر لا يترتب على طرق الطعن غير العادية فحسب وإنما يشمل الطعون العادية أيضا كالطعن بالاستئناف أو التعرض في الأمر بالأداء وفق أحكام الفصل 165من ق.م.م.[1271]

المبحث الثاني: الطعن في الأحكام بين الو اقع والأفاق

أجاز المشرع المغربي الطعن في الأحكام القضائية عن طريق تحديد وسائل الطعن ووضع ضوابط وآجال محددة لاستعمالها، فالمشرع كما هو معلوم لم يحصن الأحكام القضائية من إمكانية مراجعتها كما أنه لم يختزل الأمر في قسم معين من أقسام المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وفي نفس الوقت لم يتح مراجعتها بأي وسيلة وإنما نظمها وحدد أحكامها في ق.م.م وفي قوانين خاصة، مما أدى به إلى السقوط في فخ تعدد الإشكالات القانونية والواقعية التي تمس حقوق المتقاضين وتؤثر في نجاعة وفعالية الأحكام القضائية (المطلب الأول) مما استدعى المشرع إلى إدخال تعديلات على بعض المقتضيات القانونية الخاصة بالطعن في الأحكام من أجل تجاوز هذه الإشكالات بإيجاد حلول مناسبة (المطلب الثاني) لتحقيق العدالة والإنصاف.

المطلب الأول: الإشكالات القانونية والو اقعية للطعن في الأحكام

حدد المشرع المغربي من خلال قانون المسطرة المدنية، وسائل وآجال منظمة للطعن بكل أنواعه بخصوص الأحكام القضائية، كما حدد أيضا هذه الوسائل والآجال في نصوص أخرى خاصة ومتفرقة مسايرة لمبدأ التخصص كما هو الشأن بالنسبة للطعن أمام المحاكم التجارية والإدارية، وقضاء الأسرة، وقضاء القرب، مما أدى إلى وجود مساطر وآ؟جال خاصة بكل نوع من الأنواع السالفة الذكر والتي غالبا ما تخالف قواعد المسطرة المدنية الشيء الذي يترتب عنه عدة إشكالات من خلال قصور بعض هذه المقتضيات القانونية المنظمة للطعن في الأحكام وعدم وضوحها (الفقرة الأولى) مما يؤثر سلبا على المتقاضين بسبب صعوبة التركيز على مسطرة معينة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: محدودية بعض المقتضيات القانونية

يلاحظ من خلال استقراء المقتضيات القانونية المؤطرة لطرق الطعن سواء العادية منها أو غير العادية، أنها تثير مجموعة من الإشكالات التي تختلف من طريق لأخر مما يؤثر سلبا على حقوق المتقاضين، وسنتطرق لمختلف هذه الإشكالات المطروحة كما يلي:

أولا: بالنسبة لطرق الطعن العادية :

- **الطعن بالتعرض :**

1270 وفقا لأحكام الفصول 305 و379 و 407 من قانون المسطرة المدنية.

1271 إذا رأت المحكمة أن التعرض أو الاستئناف لم يقصد منهما إلا المماطلة والتسويف وجب عليها أن تحكم على المدين بغرامة مدنية لا تقل عن 5% ولا تفوق نسبة 15% من مبلغ الدين لفائدة الخزينة.

تطرق المشرع للطعن بالتعرض كما تمت الإشارة إليه سابقا من الفصول 130 إلى 133 من ق. م.م وكذا قوانين خاصة، ويظهر من خلال قراءة متمعنة لهذه المقتضيات أنها تطرح إشكالا يتجلى في أن أثر وقف التنفيذ بالنسبة للتعرض لا يمتد إلى إجراءات التنفيذ المؤقتة التي يمكن اتخاذها في أي وقت، حيث إن المشرع لم يميز بين الإجراءات المؤقتة والإجراءات المستمرة والدائمة بدليل أنه جعل وقف التنفيذ الناتج عن التعرض مطلقا.

كما أن هناك إشكال آخر يرتبط بهذا الطريق العادي من الطعن يكمن في حالة تبليغ الطرف المعني بالأمر، حيث نصت مقتضيات الفصل 130 من ق.م.م على أنه يجب التنبيه في وثيقة التبليغ إلى أنه بانقضاء الأجل المذكور يسقط حقه في التعرض ، لكن الفصل المذكور لم يشر إلى الجزاء المترتب عن عدم الإشارة إلى هذا المقتضى في وثيقة التبليغ، فبالرجوع إلى المقتضيات القانونية المتعلقة بالمسطرة المدنية فإننا نجد أن هناك فراغا تشريعيا، في المقابل أكد المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) على أن تنبيه المتعرض هو إجراء من النظام العام يؤدي الإخلال به إلى بطلان التبليغ ولا ينتج أثره في مواجهة المتعرض الذي يبقى أجل التعرض مفتوحا أمامه ولو انقضى أكثر من 10 أيام على وقوع التبليغ.[1272]

- **الطعن بالاستئناف:**

من بين الإشكالات المطروحة بخصوص الطعن بالاستئناف أن محكمة ثاني درجة تضطر لزوما بمقتضى نصوص القانون إلى نشر الدعوى بجميع مقتضياتها شكلا وموضوعا في جميع الدفوع والطلبات التي سبق للمحكمة الابتدائية أن استنفذت ولايتها فيها، رغم أن نسبة كبيرة من هذه الطلبات يكون محسوما فيها في محكمة أول درجة وبالتالي لا يتغير غالبا المركز القانوني للطرف المستأنف مما ينتج عنه تكدس عدد كبير من القضايا داخل المحاكم وبالتالي تضيع حقوق المتقاضين أو يجد فيه المتماطل سيء النية ضالته من خلال الاستفادة من إطالة إجراءات التقاضي.

كما أن هناك إشكال آخر تثيره المقتضيات القانونية المنظمة للاستئناف في ق.م.م بخصوص الأثر الناشر، وخصوصا ذلك المتعلق بالطعن بالاستئناف في الأوامر الاستعجالية الصادرة عن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في حالة توفر شروط اختصاصه المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 149 من ق.م.م، وفي هذا الإطار ذهب بعض الفقه[1273] إلى أن المشرع قد أغفل تنظيم هذا الأمر بنص تشريعي حاسم، كما أن محاكم الاستئناف المغربية لم تذهب عكس ذلك أي لم تجز بممارسة الرقابة على قرارات رئيسها وبالتالي تبقى طرق الطعن غير العادية هي السبيل الوحيد للوقوف في وجه هاته الأوامر وفق المسطرة المتبعة في الطعن في القرارات الاستعجالية بصفة عامة.

ثانيا: بالنسبة لطرق الطعن غير العادية

- **الطعن بالنقض :**

هذا النوع من طرق الطعن لا يوقف التنفيذ إلا في حالات محددة حسب مقتضيات الفصل 361 من ق.م.م ولا شك أن هذا الأثر يخلق إشكالا كبيرا في حالة قبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه، ذلك لأنه من المبادئ المسلم بها أن الحكم المتضمن قبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه يجرد الحكم المنقوض من أثاره كافة، بحيث يعتبر هذا الحكم كأنه لم يكن ويعاد الأطراف إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل صدوره.

ويترتب عن هذا المبدأ إشكاليتين:

- الأولى متعلقة ببطلان جميع الأعمال التنفيذية التي تمت وجميع الأوامر التنفيذية التي اتخذت استنادا للحكم المنقوض.
- والثانية مرتبطة بإلزام الطرف الذي كان قد صدر الحكم بالنقض لمصلحته أن يرد إلى الطاعن ما قبضه منه استنادا للحكم الذي تم نقضه أمام محكمة النقض.

- **تعرض الغير الخارج عن الخصومة:**

1272 قرار المجلس الأعلى – محكمة النقض حاليا – عدد 544 بتاريخ 1986/12/29 ملف اجتماعي عدد 3803 ، قضاء مجلس الأعلى – محكمة النقض – عدد40 ، ص 188.

1273 محمد السماحي، م.س، ص 148.

يعتبر تعرض الغير الخارج عن الخصومة طريق من طرق الطعن غير العادية إلى جانب الطعن بالنقض وإعادة النظر، حيث أقره المشرع لفائدة من تضرر من حكم قضائي لم يستدعى له شخصيا ولا بواسطة من ينوب عنه من أجل الحصول على مراجعة ذلك الحكم من طرف نفس المحكمة المصدرة له دون غيرها، إلا أنه من خلال استقراء الفصول المنظمة لهذا الطعن رغم محدوديتها (303 إلى 305 من ق.م.م). يلاحظ أنها تثير إشكالات مختلفة:

- يتعلق الإشكال الأول بمدى إمكانية القيام بهذا الطعن من عدمه ضد الحكم الابتدائي أمام محكمة الاستئناف، يمكن القول بأنه لا يجوز أن يعتبر التدخل في الدعوى عن طريق الطعن بالتعرض الخارج عن الخصومة في الحكم الابتدائي أمام محكمة الاستئناف، وهذا ما أكده قضاء محكمة النقض معتبرة أن " تعرض الغير الخارج عن الخصومة على حكم ابتدائي أو قرار استئنافي يجب أن يقدم للمحكمة التي أصدرت الحكم المتعرض عليه كما يستفاد من مقارنة الفصلين 303 و308 من قانون المسطرة المدنية. ومحكمة الاستئناف لما قبلت تعرض الغير الخارج عن الخصومة على حكم ابتدائي تكون قد خالفت القانون وعرضت قرارها بشأن هذا التعرض للنقض".[1274]

- كما يطرح هذا الطعن كذلك إشكال آخر يتعلق بمدى قبول تعرض الغير الخارج عن الخصومة بالنسبة للأوامر الإستعجالية باعتبارها لا تمس أصل الحق، **فأغلب الفقه**[1275] **يميل إلى القول بجواز تعرض الغير الخارج عن الخصومة على هذه الأحكام إذا مست بحقوقه، ولو كان هذا المساس يكتسي صبغة مؤقتة، خصوصا وأن الأوامر الاستعجالية مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون.**

كما أن مناط قبول تعرض الغير الخارج عن الخصومة ليس هو الفصل في موضوع الدعوى، وإنما هو الضرر الذي يصيب المتدخل نتيجة الحكم المتعرض عليه، سواء كان الضرر ناتجا عن حكم فاصل في الموضوع، أو عن أمر استعجالي. وهذا ما يتضح من خلال مقتضيات الفصل 303 من ق.م.م التي تنص على أنه "يمكن لكل شخص أن يتعرض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا كان لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى". إذ إن استعمال المشرع لعبارة "حكم قضائي يمس بحقوقه" توحي صراحة انتفاء المنع، وجواز هذا الطعن ضد الأحكام الاستعجالية الصادرة عن القضاء المستعجل.

بعد أن تطرقنا إلى بعض الإشكالات القانونية التي تظهر بشكل كبير من خلال قصور ومحدودية بعض المقتضيات القانونية المؤطرة لمختلف طرق الطعن فإننا سنعالج في الفقرة الثانية رصد ومناقشة أهم الإكراهات والصعوبات الواقعية لهذه الطرق.

الفقرة الثانية: رصد ومناقشة أهم الإكراهات الو اقعية

سنطرق في هذه الفقرة لمختلف الإكراهات والصعوبات الواقعية التي تعترض المتقاضين في علاقتهم بالقضاء بخصوص أجال الطعن وأثاره والتي رصدناها وفق الشكل التالي:

- تثار إشكالية المتعلقة بآجال التعرض أو الاستئناف في حالة صادف اليوم الأخير يوم إضراب الموظفين بالمحكمة المتعرضة أمامها فهل يعمل بالقاعدة التي تسري على أيام العطلة أي يجدد الأجل إلى اليوم الموالي لأول يوم عمل، ففي هذا الصدد هناك اتجاهين قضائيين حاول الإجابة على هذه الإشكالية.

أ- **الإتجاه الأول** اعتبرها إهمالا من قبل المتعرض بتركه لآخر يوم من الآجال ليقدم تعرضه ؛

ب- **الاتجاه الثاني** اعتبر هذا الإضراب قوة قاهرة وبالتالي عدم احتساب يوم الإضراب من أجال الطعن.

- أما بالنسبة للإشكال العملي الذي يطرحه الطعن بإعادة النظر فيبقى السؤال المطروح هنا لماذا المشرع استثنى في الفصل 109 من ظهير التحفيظ العقاري طلب إعادة النظر ضد قرارات محكمة النقض الصادرة في التحفيظ رغم إمكانية ثبوت أسباب الطعن؟ فرغم وضوح النص ظل القضاء المغربي متأرجح بين اتجاه يقبل الطعن بإعادة النظر ضد قرارات محكمة النقض الصادرة في نزاعات التحفيظ واتجاه أخر يرى العكس.

1274 قرار عدد 3848 صادر بتاريخ 1994/11/09 في الملف المدني عدد 85/1789 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 47 ، السنة 17، يوليوز1995، ص 65 .

1275 للمزيد من التوضيح راجع: محمد العشماوي وعبدالوهاب العشماوي: " شرح قواعد المرافعات " الجزء 1 ، دون ذكر المطبعة، السنة 1958 ، ص 1022.

إن محكمة النقض لم تستقر على اتجاه موحد بخصوص قبول إعادة النظر في القرارات الصادرة عن محكمة النقض في نزاعات التحفيظ، حيث تميز هذا الموضوع بتضارب القرارات الصادرة عن محكمة النقض بخصوصه بين مؤيد[1276] ومعارض[1277] لقبول هذا النوع من الطعون في قرارات التحفيظ الصادرة عن محكمة النقض، ومن الواضح أن المستقر عليه حاليا هو عدم جواز الطعن بإعادة النظر ضد القرارات الصادرة في نزاعات التحفيظ وهو ما نصت عليه محكمة النقض في قرار[1278] لها صادر 2 بتاريخ 28 ماي 2013.

والأصل أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ إلا في حالات استثنائية نص عليها المشرع في الفصل 361 من ق.م.م، فمقتضيات هذا الفصل تعتبر إستثناءا من القاعدة العامة التي تفيد أن الأحكام قابلة للتنفيذ فور صدورها، فهذا الفصل بدوره أثار العديد من الإشكالات في الواقع العملي سواء أمام قضاء الموضوع أو محكمة النقض من خلال تضارب أحكام هذه الأخيرة بخصوص إعطاء تفسير لمفهوم التحفيظ، وكذا الأحوال الشخصية المنصوص عليها في الفصل 361 من ق.م.م .

وقد سبق لوزارة العدل[1279] أن سارت في اتجاه موسع لمفهوم التحفيظ المنصوص عليه في المادة المذكورة، بخلاف ما سلكته بخصوص مصطلح الأحوال الشخصية ، في حين ذهب الاجتهاد القضائي[1280] لمحكمة النقض إلى أن مفهوم التحفيظ العقاري الوارد في الفصل 361 من ق.م.م هو منه كل ما يتعلق بمطلب التحفيظ ومسطرته دون أن تشمل تقييد التصرفات، والعلة من هذا الاستثناء الوارد في الفصل 361 من ق.م.م هو درء الضرر المتمثل في عدم قابلية إصلاح الوضعية بعد صدور قرار النقض بمعنى أنه لا يمكن تدارك ما يترتب عن أحكامها إذا نفذت.

وجدير بالذكر أن محكمة النقض قد تنقض القرار مع إحالته إلى نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم أو إلى محكمة أخرى من نفس درجة المحكمة التي صدر عنها الحكم المنقوض مشكلة من هيئة أخرى بصفة استثنائية ، وذلك حفاظا على حقوق المتقاضيين أو تنقض بدون إحالته، فالأصل إذن هو الإحالة على محكمة أخرى غير المحكمة المصدرة للحكم موضوع النقض، والاستثناء هو الإحالة على نفس المحكمة بهيئة مختلفة.

لكن بالرجوع إلى قرارات محكمة النقض يلاحظ أنها تطبق الاستثناء قبل الأصل في هذا الإطار ويطرح في هذا الصدد إشكال يتجلى في صعوبة إيجاد في المحكمة الواحدة تشكيلات أو أكثر لنفس المادة (الأحوال الشخصية أو العقار...) مع الأخذ بعين الاعتبار نقص عدد القضاة بالمحاكم وتراكم القضايا ، إلا أن هذه الإحالة تطرح إشكالا جوهريا يتمثل في مدى تقيد محكمة الإحالة بالنقط القانونية من عدمه فمحاكم الإحالة كانت فيما مضى قراراتها متضاربة بخصوص التقيد بالنقطة القانونية لمحكمة النقض، لكن فيما بعد استقر الحال على التقيد بالنقطة القانونية وهذا ما نلمسه في أكثر من قرار لمحكمة النقض[1281].

وإضافة إلى ما سبق هناك إشكال آخر يرتبط بعقلية المتقاضين يتجلى في الطعون بسوء نية[1282] وذلك باستغلال الضمانات الممنوحة للمتقاضين بشكل يسيء للقضاة والعدالة بصفة عامة وذلك بإطالة وعرقلة سير إجراءات الدعوى مما يساهم في إطالة المسطرة أمام القضاء على حساب أطراف أخرى هي في أمس الحاجة للحصول على حقوقها في آجل معقول.

1276 قرار عدد 277 صادر بتاريخ 14 يناير 1989 في الملف المدني عدد 3250/83 ، جاء في حيثياته: "...إن طلب إعادة النظر أمام المجلس الأعلى يقبل في جميع القرارات التي يصدرها سواء تعلق بمطلب التحفيظ أم بغيرها ولا يعتبر فيه إلا أحد الأسباب المنصوص عليها في الفصل 379 من قانون المسطرة المدنية".

1277 راجع قرار عدد 1826 بتاريخ 2000/11/22في الملف المدني عدد 536/2000 أشار إليه الأستاذ أحمد ادريوش في كتابه مفهوم التحفيظ.

1278 قرار محكمة النقض عدد 302 صادر بتاريخ 2013/4/28 في الملف المدني عدد 867/1/8/2013 منشور بمجلة ملفات عقارية، عدد4 ، سنة 2014، ص11.

1279 رسالة عدد 1748 بتاريخ 9 يونيو 1980 الموجهة لوزير الفلاحة حيث أجابته في طلبه حول تفسير مصطلح التحفيظ العقاري الوارد في الفصل 361 من ق.م.م

1280 قرار الغرفة الإدارية عدد 125 صادر بتاريخ 1980/06/02 أشار إليه ذ أحمد ادريوش في كتابه مفهوم التحفيظ العقاري .

1281 قرار محكمة النقض عدد 18/8 صادر بتاريخ 2015/01/06 ملف مدني عدد 2014 /2670/1/8 ، جاء فيه " التقيد بقرار محكمة النقض الواردة في الفصل 369 من ق.م.م هو عدم مخالفة النقطة القانونية التي بتت فيها هذه المحكمة ولا يمتد ذلك إلى حرمان محكمة الإحالة من البت في جوانب القضية واعتماد تعليل جديد مستمد من مجموع مستندات القضية لا يتعارض مع نقطة النقض"، منشور في موقع www.mahkamaty.com.

1282 راجع الفصل 376 من ق.م.م .

بعد عرض الإشكالات القانونية والواقعية التي تعترض مختلف طرق الطعن سواء من حيث الآجال المرتبطة بها والآثار المترتبة عنها وأثرها على حقوق المتقاضين، فإننا سنتناول في المطلب الثاني أفاق تطوير الطعن والارتقاء به من خلال رصد مختلف المستجدات المرتبطة بمشروع ق.م.م.

المطلب الثاني: منظور جديد لطرق الطعن في الأحكام

جاءت في هذا الإطار مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية بمجموعة من المستجدات ، وذلك من خلال إضافة بعض المقتضيات القانونية وتعديل أخرى من أجل الضمان الأمثل لحقوق المتقاضيين وتجاوز الإشكالات التي كانت تعترض تطبيق هذه المقتضيات القانونية، وكان لطرق الطعن نصيب من هذه التعديلات الجوهرية من خلال الوقوف على أهم النقاط المرتبطة بالطعن، حيث سنتطرق لرصد أهم هذه المستجدات في الفقرة الأولى على أن نقوم بتقييم هذه المستجدات في علاقتها بالتجارب المقارنة في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: رصد أهم مستجدات الطعن في الأحكام

لقد استند مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية[1283] على الخطاب الملكي 20 غشت 2009 ، وكذا على توصيات الميثاق الوطني للإصلاح منظومة العدالة، وذلك في سبيل الارتقاء بفعالية ونجاعة القضاء، والبت في القضايا على وجه السرعة، ومحاربة هدر الزمن القضائي، وتنفيذ الأحكام خلال آجال معقولة، و تم تنزيل أغلب هذه التوصيات في المقتضيات القانونية المضمنة في مشروع قانون المسطرة المدنية ، حيث تم الاعتماد فيه على منهجية تشاركية في صياغة مقتضياته، وذلك بسن مجموعة من المستجدات المسطرية ، ونذكر منها بالخصوص ما يرتبط بآجال الطعن في الأحكام القضائية .

ومن أبرز هذه التعديلات نجد أن المشرع قد سبق له في مسودة مشروع ق.م.م في صيغته السابقة لسنة 2016، أن رفع من آجال التعرض وحدده في 15 يوما من خلال المادة 130 منه عوضا عن 10 أيام، وقد تراجع المشرع عن ذلك واحتفظ بنفس الآجل أي 10 أيام، من خلال المادة 200 من مشروع قانون 02.23 المتعلق ب ق.م.م، كما أن المشرع أعاد لمحكمة النقض حق التصدي الذي كانت تمارسه في مرحلة سابقة، قبل أن تتراجع عنه، حيث تنص المادة 391 من مشروع قانون 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية، أنه يمكن لمحكمة النقض، عند نقضها حكما أو قرارا كليا أو جزئيا، أن تتصدى للبت في القضية بشرط أن يكون الطعن بالنقض قد وقع للمرة الثانية ، و أن تتوفر جميع العناصر الواقعية التي ثبتت لقضاة الموضوع.

كما تم كذلك التنصيص على الأثر الناشر للطعن بالاستئناف وكذا تعرض الغير الخارج عن الخصومة صراحة بدليل المادة 348 من المشروع على خلاف ق.م.م الحالي، كما أن المشروع المذكور نص في المادة 204 باستثناء قضايا الوصية والميراث من قضايا الأسرة التي منح المشرع للمتقاضين أجل 15 يوما للإستئنافها، وبالتالي أصبحت هذه القضايا تخضع لأجل 30 يوما للإستئنافها على غرار باقي القضايا العادية نظرا للطابع الخاص الذي تتصف بها هذه القضايا .

أما بخصوص الحالات الاستثنائية التي يوقف فيها الطعن بالنقض التنفيذ، نجد أن المشروع المذكور عدل الفصل 361 من ق.م.م الحالي، وذلك بإضافة حالات أخرى من قبيل تذييل المقررات الأجنبية بالصيغة التنفيذية بالإضافة إلى المقررات الصادرة عن المحاكم في مواجهة شركات الدولة المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون رقم 69.00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المنشآت العامة وهيئات أخرى، وكذلك المقررات الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف العامة المطعون فيها من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، والحالات التي ينص عليها القانون،[1284] حيث ترك المشرع المجال مفتوحا لإدراج حالات أخرى منصوص عليها في نصوص خاصة.

1283 منشور بالموقع الالكتروني لمجلس النواب www.chambredesrepresentants.ma.

1284 راجع المادة 383 من مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية.

والملاحظ كذلك أن المشرع عمد إلى الرفع من الغرامات بسبب رفض الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة وكذا الطعن بإعادة النظر بحسب نوع المحكمة التي قدم أمامها هذا الطعن[1285]. وبعدما تطرقنا في هذه الفقرة لأغلب المستجدات التي جاء بها مشروع ق.م.م فإننا سنعمل على تحليل هذه المستجدات على ضوء التجارب المقارنة في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: تحليل المستجدات المرتقبة على ضوء التجارب المقارنة

تقتضي هذه الفقرة من الموضوع أن نقف على بعض التجارب المقارنة فيما يخص طرق الطعن من حيث آجالها وآثارها وذلك من خلال قراءة بعض المقتضيات القانونية المنصوص عليها في قوانين إجرائية لبعض الدول، من أجل الوقوف على بعض أوجه التشابه والاختلاف في تنظيم آلية الطعن في الأحكام، وعليه فقد وقفنا على مجموعة من الملاحظات والتي سنتناولها ببعض من التحليل والتفصيل على الشكل التالي:

إن المشرع التونسي في نظامه الإجرائي لم يتطرق إلى مفهوم الحكم الغيابي في المادة المدنية لأن الأحكام المدنية هي دائما حضورية بالنسبة له، لذلك فالطرف في الخصومة لا يمكنه التعرض بل الغير فقط من خول له المشرع التونسي ذلك، على عكس المشرع المغربي الذي أعطى إمكانية التعرض على الأحكام الغيابية غير قابلة للاستئناف.

أما بخصوص تعرض الغير الخارج عن الخصومة فإن المشرع التونسي أطلق نطاقه بأن جعله ممكنا ضد كل الأحكام كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي من خلال الفصل 303 من ق.م.م الذي أكد على أن لكل شخص أن يتعرض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى، على عكس المشرع الفرنسي الذي يقبل هذا النوع من الطعون على الأحكام ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[1286] في حين قام المشرع اللبناني بتعداد الأحكام القابلة لهذا الطعن تعدادا حصريا[1287].

أما بخصوص آجال الطعن فإنها تختلف من طعن لآخر كما تمت الإشارة إليه سابقا ومن تشريع لآخر، حيث نجد أن آجل الاستئناف في قانون الإجراءات التونسي هو 20 يوما من تاريخ بلوغ الإعلام بالحكم، وقيد آجل التعقيب ب 20 يوما من تاريخ الإعلام، في حين أن المشرع اللبناني حدد آجل القيام بالاعتراض (تعرض الغير الخارج عن الخصومة في عشر سنوات من تاريخ صدور الحكم المتعرض عليه على خلاف المشرع المغربي الذي لم يحدد آجل لممارسته.

يبدو من خلال هذه المقارنات لبعض التشريعات بخصوص موضوع الطعن في الأحكام، أنها لا تختلف كثيرا من حيث المبدأ ، ولكنها تختلف من حيث بعض آجالات الطعن.

خاتمة :

ختاما يمكن القول إن المشرع المغربي عمل من خلال المقتضيات الوارد ذكرها في معرض موضوعنا، على إنصاف الطرف المتضرر، و لم يقف المشرع عند هذا الحد بل تعداه لحماية الأغيار ممن قد تمس مصالحهم في الدعاوى القضائية.

وهكذا رغم ما يؤاخذ على المشرع في قانون المسطرة المدنية بخصوص الطعون، هو ما ينتج عنها من إطالة للمسطرة أمام المحاكم، بالإضافة إلى سوء استعمال هذه الطعون من طرف بعض الأطراف بهدف إطالة أمد القضية و تعقيد مساطرها، وبالتالي المساهمة في هدر الزمن القضائي، فإنها تبقى السبيل الأنجع لحماية المتضرر من حكم أضر بمصالحه .

ومن خلال دراستنا لموضوع طرق الطعن من حيث الآجال والآثار وكذا الإشكالات التي يطرحها فإننا نجد أنه من الواجب اتخاذ بعض الخطوات القانونية والعملية من اجل تحسين آلية الطعن في الأحكام نظرا لارتباطها بتحقيق العدالة والإنصاف وضمان

1285 وفقا لأحكام المادتين 350 و430 من مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية.

1286 ينص الفصل 585 من مجلة الإجراءات الفرنسية على ما يلي:

« Tout jugement est susceptible de tierce oposition si la loi n'en dispose autrement »

1287 راجع الفصل 551 من أصول المحاكمات اللبناني، الذي يقبل الاعتراض ضد الأحكام والقرارات الصادرة في الأمور المستعجلة .

حقوق المتقاضين بشكل يسمح بوضع ثقة المتقاضين في مؤسسة القضاء وذلك من خلال الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من المبادئ الأساسية من أبرزها:

- تسريع سن المقتضيات القانونية المرتبطة بالطعون سواء من خلال مشروع قانون المسطرة المدنية أو في نصوص خاصة، بشكل يساير الأهداف المرسومة في ميثاق منظومة العدالة وعلى رأسها تحقيق الفعالية والنجاعة القضائية عن طريق؛
- إعادة النظر في الطعن بالتعرض ومدى فعاليته ونجاعته كطريق عادي لا يمارس بكثرة في الواقع العملي؛
- تخويل محكمة النقض حق التصدي في حالة الطعن بالنقض للمرة الثانية.

لائحة المراجع

القوانين:

- ظهير شريف بمثابة قانون رقم1.74.447 بتاريخ 11 رمضان1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية؛
- مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية، منشور بالموقع الالكتروني لمجلس النواب المغربي، www.chambredesrepresentants.ma.

الكتب:

- **محمد السماحي**، طرق الطعن في الأحكام المدنية والإداري، دراسة عملية مقارنة، مطبعة الصومعة، الرباط، الطبعة الأولى 1995؛
- **عبد الوهاب المريني**، دروس في القانون القضائي الخاص المغربي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع-الرباط ، دون ذكر الطبعة ؛
- **عبد الحميد أخريف**، محاضرات في قانون المسطرة المدنية، مسلك القانون الخاص، كلية الحقوق فاس، مادة المسطرة المدنية، السداسي السادس؛
- **محمادي العكشاوي**، الوجيز في الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها في ضوء قانون المسطرة المدنية، مطبعة دار النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، السنة 2011؛
- **علال فالي**، مساطر معالجة صعوبات المقاولة، الطبعة الثانية، مطبعة دار السلام، نونبر 2015؛
- **نورة غزلان الشنيوي**، التوجهات الأساسية الإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة والمسطرة المدنية في ضوء مشروع قانون فرعي صيغة 12 يناير 2016 الطبعة الأولى 2016؛
- **محمد العشماوي وعبدالوهاب العشماوي**: " شرح قواعد المرافعات " الجزء 1 ، دون ذكر المطبعة، السنة 1958.

الأحكام القضائية :

- قرار عدد 429 بتاريخ 10 ماي 2006 عدد 31 في الغرفة الاجتماعية –القسم الأول- لسنة 2006، منشور في الموقع الالكتروني " jurisprud-maroc؛
- قرار عدد 1823 بتاريخ 17 يوليوز 1985، مجلة المحاكم المغربية عدد 41 ، ص81 ، أورده الطيب بن المقدم، الطعون المدنية في التشريع المغربي، الجزء الأول، نظرية عامة، الشركة المغربية للطباعة والنشر، دون ذكر الطبعة، السنة 1996؛
- راجع قرار عدد 2853 بتاريخ 23 يوليوز 2008، عدد 1592 الغرفة المدنية –القسم الأول- لسنة 2004، ، منشور في الموقع الالكتروني "jurisprud-maroc "؛
- قرار المجلس الأعلى عدد 70 بتاريخ 24ماي 1977، مجلة القضاء والقانون عدد 128 الصفحة 100، أورده الطيب بن المقدم، م.س؛

- **قرار المجلس الأعلى – محكمة النقض حاليا – عدد 544 بتاريخ 1986/12/29 ملف اجتماعي عدد 3803 ، قضاء مجلس الأعلى – محكمة النقض – عدد40؛**
- قرار عدد 3848 صادر بتاريخ 1994/11/09 في الملف المدني عدد 85/1789 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 47 ، السنة 17، يوليوز1995؛
- قرار عدد 277 صادر بتاريخ 14 يناير 1989 في الملف المدني عدد 3250/83؛
- قرار عدد 1826 صادر بتاريخ 2000/11/22في الملف المدني عدد 536/2000؛
- قرار محكمة النقض عدد 302 صادر بتاريخ 2013/4/28 في الملف المدني عدد 867/1/8/2013؛
- قرار الغرفة الإدارية عدد 125 صادر بتاريخ 1980/06/02 أشار إليه ذ أحمد ادريوش في كتابه مفهوم التحفيظ العقاري؛
- قرار محكمة النقض عدد 18/8 صادر بتاريخ 2015/01/06 ملف مدني عدد 2014 /2670/1/8.

قرينة البراءة وضمانات المحاكمة العادلة – دراسة تحليلة مقارنة بين التشريعين الفلسطيني والمغربي

The Presumption of Innocence and Guarantees of a Fair Trial – A Comparative Analytical Study between the Palestinian and Moroccan Legislation system -

الباحث : أنيس محمود أنيس شلطف

طالب باحث في سلك الدكتوراه/ مختبر قانون الأعمال – جامعة الحسن الأول – المملكة المغربية.

محامي مزاول بنقابة المحامين الفلسطينيين – فلسطين.

الملخص

أصبحت قرينة البراءة من المبادئ التي تتغني الدول بها، وتعمل على تكريسها في دساتيرها وقوانينها الوطنية، وتعمل كذلك على ما ينتج عنها من مبادئ أخرى مثل الشك يفسر لصالح المتهم، والمتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي، وعلانية جلسات المحاكمة، وسرية مرحلة البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي، وغيرها من المبادئ. وعليه برزت أهمية قرينة البراءة في المجال الزجري لما فيها من تكريس لحقوق وحريات الأفراد والمتهمين، وترتيب البطلان على العديد من الإجراءات عند خرقها لقرينة البراءة، وعليه لا بد من تكريس الضوء على أهم مكامن تواجد قرينة البراءة في مراحل الدعوى العمومية، وكذلك أثر هذه القرينة على إجراءات البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي ومرحلة المحاكمة، والجزاء المترتب على خرقها وما أنتجته من مبادئ وحقوق.

الكلمات المفتاحية: المحاكمة العادلة، حقوق المتهمين، الشك يفسر لصالح المتهم، قرينة البراءة

Abstract

The presumption of innocence has become one of the principles that led the countries to proudly promote and work to embed in their constitutions and their national laws. Also this presumption lead to put other principles, like the benefit of doubt being given to the accused, the presumption that the accused is innocent until proven guilty by a judicial ruling, the public nature of trial sessions, the confidentiality of preliminary investigations, and other principles.

Thus, the importance of the presumption of innocence has emerged in criminal law due to its reinforcement of the rights of individuals, resulting the annulment of many procedures when the presumption of innocence is violated. Therefore, it is essential to highlight the key aspects of the presumption of innocence throughout all the stages of prosecution.

مقدمة

عرفت المجتمعات تطور كبير على مستوى الحقوق والحريات منذ العهود القديمة، وخلال هذا التطور ظهر في الثورة الفرنسية ما يطلق عليه قرينة البراءة، والتي كانت حجر الأساس للمناداة بحقوق وحريات المتهمين وضمانات المحاكمة العادلة.[1288]

1288 للمزيد من التعمق في التطور التاريخي لقرينة البراءة، راجع: جهاد الكسواني، قرينة البراءة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2013، ص 26 وما بعدها.

وتعرف قرينة البراءة بأنها "التعامل مع شخص المتهم على أنه بريء مهما بلغت جسامة الجريمة المنسوب إليه ارتكابها وفي أية مرحلة من مراحل الدعوى سواء في مرحلة الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة، إلى أن يصدر عليه حكم قضائي بات بإدانته لا يمكن الطعن فيه مع توفير كافة الضمانات القانونية لهذا الشخص في مراحل الدعوى جميعها".[1289]

ولهذه القرنية آثار كبيرة على حقوق وحريات الأفراد ولمتهمين، فهي تعتبر السياج الحامي للحريات والحقوق التي لا يجوز المساس بها، وعلى من يدعي عكس هذه القرينة إثبات ذلك، وهو ما يطلق عليه بعبء الإثبات الجنائي.

ومن هذا المنطلق فإن قرينة البراءة تكتسي أهمية بالغة على مستوى كافة إجراءات الدعوى العمومية بدءاً من مرحلة البحث التمهيدي[1290] مروراً بمرحلة التحقيق الإعدادي[1291] وصولاً إلى مرحلة المحاكمة وإصدار الحكم الجزائي.

الأمر الذي جعل الدول تعتمد العديد من الإعلانات والاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية، وبذات الوقت تعمل على تكريس قرينة البراءة في داخل دساتيرها وقوانينها الوطنية، ناهيك أيضاً عن جعلها ملاصقة لمعظم الإجراءات منذ بدء مرحلة البحث التمهيدي وجمع الأدلة.

وعليه تنبع **أهمية** هذا الموضوع من خلال المكانة الهامة التي أكنها المجتمع الدولي لهذه القرينة، والذي بدوره جعل من المشرعين يكرسون هذه القرينة على المستوى الدستوري والقانوني في القوانين محل الصلة.

كما وتنبع أهميته من خلال ملامسة قرينة البراءة لمعظم إجراءات الدعوى العمومية، وكذلك مبادئ المحاكمة العادلة الأمر الذي جعل منا نقوم بدراسة دورها في المحاكمة العادلة.

وفي هذا السياق يمكن لنا طرح **الإشكال الرئيسي** النابع عن هذا الموضوع وهو:

مدى تجلي قرينة البراءة في إجراءات الدعوى العمومية و مبادئ المحاكمة العادلة ؟

وهو الإشكال الذي طرح بعض **التساؤلات الفرعية** وهي:

- حدود التزام المشرعين المغربي والفلسطيني بتضمين قرينة البراءة ؟
- مدى استجابة بعض أعمال مرحلة البحث التمهيدي لاحترام قرينة البراءة ؟
- أثر قرينة البراءة على إجراءات التحقيق الإعدادي ؟
- ما هية مآل خرق القواعد الإجرائية الجزائية لقرينة البراءة ؟
- تأثير قرينة البراءة على مبادئ المحاكمة العادلة وسيرها ؟
- تجليات قرينة البراءة على الاقتناع الوجداني للقاضي الجزائي ؟
- مدى حضور قرينة البراءة على المستوى الدولي والوطني ؟

وفي تناولنا لهذا البحث، اعتمدنا على **المنهجين** التحليلي والمقارن لغايات تحليل النصوص القانونية على المستوى الدولي والوطني بخصوص قرينة البراءة وأثرها على المحاكمة العادلة، وبذات الوقت إعمال مقارنة ما بين التشريعين المغربي والفلسطيني لإبراز مكامن الضعف والقوة بينهما في احترام وتنظيم قرينة البراءة.

وفي هذا السياق، سوف نعتمد التقسيم الثنائي للإجابة عن الإشكالية الرئيسية والتساؤلات الفرعية، من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، **المبحث الأول: مرجعيات قرينة البراءة بين المواثيق الدولية والقوانين الوطنية، والذي قمنا بتقسيمه إلى مطلبين تناولنا في (المطلب الأول) المرجعية الدولية لقرينة البراءة ، وقرينة البراءة بين الدساتير والقوانين الوطنية في (المطلب الثاني).**

1289 عمر الحديثي، قرينة البراءة في التشريع الجنائي الإسلامي وتطبيقاته في المنظومة القضائية الإسلامية: دراسة مقارنة، الأكاديمية الأمريكية العربية للعلوم والتكنولوجيا، المجلد 11، العدد 38، (بدون شهر – 2020)، ص 77.

1290 يطلق على هذه المرحلة في القانون الفلسطيني جمع الاستدلالات وإقامة الدعوى.

1291 يقابل مرحلة التحقيق الإعدادي في القانون الفلسطيني مرحلة التحقيق الإبتدائي والذي تمارسه النيابة العامة كسلطة تحقيق.

أما المبحث الثاني فخصصناه تجليات قرينة البراءة على الدعوى الجزائية، والذي تناولنا فيه أثر قرينة البراءة على مرحلة البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي في (المطلب الأول)، و أثر قرينة البراءة على مرحلة المحاكمة في (المطلب الثاني).

المبحث الأول: مرجعيات قرينة البراءة بين المواثيق الدولية والقوانين الوطنية.

تعد قرينة البراءة ثمرة تحول المجتمعات على مر العديد من الأزمنة، وعليه كانت هذه القرينة نتيجةً للتراكمات الفكرية لدى المفكرين والباحثين في الشأن القانون والجنائي،[1292] وإيماناً من الجتمع الدولي بحقوق الأفراد وحرياتهم، قامت العديد من الدول بتكريس بعض المبادئ الدولية اللصيقة بالأفراد، وكان من بعض هذه المبادئ مبادئ لصيقة بالأفراد منذ الزمن القديم، ألا وهو مبدأ قرينة البراءة.

وعليه قامت العديد من الدول على المستوى الدولي، وكذلك على المستوى الإقليمي بوضع قواعد دولية تعنى بحقوق الإنسان، ومن ضمنها قرينة البراءة، ولم يكتفي المجتمع الدولي بهذا القرر، بل ذهب إلى وضع قرينة البراءة ضمن دساتيره وقوانينه الوطنية، ذلك سوف نقوم في هذا المبحث بالتطرق إلى **المرجعية الدولية لقرينة البراءة (المطلب الأول)، و قرينة البراءة بين الدساتيروالقوانين الوطنية (المطلب الثاني).**

المطلب الأول: المرجعية الدولية لقرينة البراءة.

في سبيل تكريس دولية قرينة البراءة على المسوى الدولي، عملت الدول على عقد وإبرام واعتماد العديد من الاتفاقيات والمعاهدات والإعلانات، إلا أنها لم تجعلها دولية فحسب، بل ذهبت الدول إلى إبرام ما سبق على المستويات الإقليمية، وعليه سوف نبرز مضامين **قرينة البراءة في الاتفاقيات الدولية (الفقرة الأولى)، و قرينة البراءة في الاتفاقيات الإقليمية (الفقرة الثانية).**

الفقرة الأولى: قرينة البراءة في الاتفاقيات الدولية.

في إطار تظافر الجهود الدولية في إرساء الحق والعدالة والحفاظ على حقوق الإنسان وحرياته، والنهوض بحقوق المتهمين. وضع المجتمع الدولي في العديد من المراحل على مر السنين العديد من الاتفاقيات والمعاهدات ذات الطابع الدولي لغايات تكريس قرينة البراءة وجعلها ضمانة لا تزول عن المشتبه به بارتكاب فعل مخالف للقانون.[1293]

وعليه يأتي في مقدمة الاتفاقيات الدولية المعنية بهذه القرينة كقرينة مفترضة في الإنسان،[1294] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والذي جاء بهذه القرينة بصفة صريحة حيث جاء في حيثيات المادة 11 منه "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه".[1295]

وتمخض عن هذه القرينة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بعض المبادئ الهامة التي تكرس هذه القرينة ومدى لصقها بالأفراد، حيث جاء في نص المادة 8 من ذات الإعلان "لكل شخص الحق في إن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لانصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون".[1296]

1292 فؤاد جحيش، دسترة قرينة البراءة بين حتمية النص وإشكالية التكريس – دراسة مقارنة بين القانونين المغربي والجزائري -، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 24، (11-2017)، ص 14.

1293 عبد المجيد زعلاني، قرينة البراءة في القانون الدولي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 38، العدد 3، (09-2001)، ص 11 -12.

1294 يقصد بقرينة البراءة كقرينة مفترضة في الفرد، معاملته كأنه بريء عند اتهامه بارتكاب أي فعل مخالف للقانون، إلى ثبوت عكس هذه القرينة بحكم نهائي بات مكتسب لقوة الشيء المقضي به من خلال محاكمة عادلة منصفة تتضمن ضمانات تحقيق المحاكمة العادلة.

- كمال الصغير، الحرية الشخصية للمتهم في إطار نظام الشرعية الإجرائية – دراسة تحليلية تأصيلية-، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 2003، ص 457.

1295 اعتمد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة رقم 183 المنعقدة في باريس في 1948/12/10.

1296 معمر نهدي، قرينة البراءة في العدالة الدولية الجنائية، رسالة ماستر، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي، الجزائر، 2013، ص 36.

وفي إطار توجه المجتمع الدولي للنهوض بهذه القرينة، جاء في الفقرة الثانية من المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي دخل حيز التنفيذ في عام 1967 والمعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1966 " من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئا إلى أن يثبت عليه الجرم قانونيا ".[1297]

وفي الوقت ذاته عملت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها الذي يحمل الرقم 173/43 في العام 1988 على تكريس قرينة البراءة، حيث جاء هذا القرار بمجموعة من المبادئ المتعلقة بحقوق الإنسان والتي تعنى بحماية الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن،[1298] فنصت الفقرة الأولى من المادة 36 على "يعتبر الشخص المحتجز المشتبه في ارتكابه جريمة جنائية أو المتهم بذلك بريئاً ويعامل على هذه الأساس إلى أن تثبت إدانته وفقا للقانون في محاكمة علنية تتوافر فيها جميع الضمانات الضرورية للدفاع عنه ".[1299]

ولم يكتفي المجتمع الدولي بما سبق لتكريس قرينة البراءة، بل ذهب إلى أبعد من ذلك من خلال تضمينها في الاتفاقيات المعنية بحقوق الفئات الخاصة الضعيفة من قبيل اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989،[1300] فجاءت المادة 40 منها على ضرورة أن يكون للطفل المشتبه فيه بارتكابه لأية أفعال مخالفة لقوانين العقوبات مجموعة من الضمانات أقلها افتراض برائته إلى أن يثبت عكس ذلك وفقاً للقانون.[1301]

وفي السياق ذاته يتبين لنا مدى أهمية قرينة البراءة ومدى التصاقها بالأفراد، فمن خلال المواد السابقة الواردة في المواثيق والمعاهدات الدولية التي أوردناها يمكن الجزم بأن أساس حرية الفرد، وعدم المساس بحقوقه وحرياته التي يكفلها له القانون.

الفقرة الثانية: قرينة البراءة في الاتفاقيات الاقليمية.

تعتبر فرنسا من الدول الرائدة في إقرار هذه القرينة، وفي هذا السياق أسهم كتاب الثورة الفرنسية[1302] في إرساء هذه الضمانة من خلال الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1789،[1303] حيث جاء في المادة 9 منها " أن كل شخص اتهم بارتكاب قرينة يفترض أنه بريء حتى تثبت إدانته قانوناً "، ونصت المادة 7 من الإعلان ذاته على "لا يمكن اتهام أي شخص خارج الحالات المحددة بواسطة القانون".[1304]

أما في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمواطن فنصت الفقرة الثانية من المادة 6 منها على " كل شخص متهم يفترض أنه بريء حتى تثبت ادانته على وجه قانوني ".[1305]

وباستقراء المادتين السابقتين نرى بأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد استعمل مصطلح الشخص، على عكس الاتفاقية الأوروبية التي استعمل فيها مصطلح المتهم، ويرجع هذا التباين في هذه المصطلحات إلى الوضعية الحقوقية التي كان يعيشها الأفراد في تلك الأوقات.[1306]

1297 العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار رقم 2200 ألف (د-21) في 1966/12/16، ودخل حيز النفاذ في 1976/03/23.

1298 مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، اعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار رقم 43/137 في 1988/12/9.

1299 محمد عنتر، مصادر مبدأ البراءة المفترضة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 1، (06-2021)، ص 360.

1300 اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1989/11/20، ودخلت حيز النفاذ في 1990/09.

1301 نصت المادة 40 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 على "من حق الطفل الذي يخالف القانون أو يتهم بذلك الحصول على مساعدة قانونية ومحاكمة عادلة".

1302 من كتاب الثورة الفرنسية الذين نادوا بقرينة البراءة وضرورة حصول المتهم على حقوقه بما فيها المحاكمة العادلة جان جاك روسو، وفولتير، ومونتسكيو وهم من يطلق عليهم فلاسفة التنوير.

- عوض يوني، دور فلاسفة التنوير في قيام الثورة الفرنسية، مجلة البحث العلمي في الآداب، المجلد 17، العدد 1، (08-2016)، ص 2.

1303 الاعلان حقوق الإنسان والمواطن، اعتمد من الجمعية التأسيسية الفرنسية في الفترة الممتدة من 20-1978/08/26.

1304 معمر نهدي، قرينة البراءة في العدالة الدولية الجنائية، مرجع سابق، ص 35.

1305 الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، وضعت من قبل مجلس أوروبا عام 1950، واعتمدت في 1953/09/3.

1306 فراس العجرش، المتهم محصن بأصل براءته، (2008/02/04)، 2024/11/16 9:57 ص، منشور في: https://annabaa.org/nbanews/68/237.htm

وعملت مجموعة الدول الأوروبية أيضاً بعد أن أنشأت الاتحاد الإقليمي الخاص بها على تعزيز حقوق الإنسان بالاستناد على القيم المشتركة وكرامة الفرد المقدسة، وعليه أصدر ميثاق حقوق الإنسان لعام 2000 والذي نص على قرينة البراءة بصفة صريحة ضمن المادة 48 التي جاء فيها "كل شخص يتهم يفترض أنه بريء وحتى يثبت أنه مذنب طبقاً للقانون".[1307]

كما وكرست هذه القرينة من خلال مجموعة من المواثيق والإعلانات الإقليمية الأخرى منها الأمريكية والإفريقية وعدد آخر، ومن أهم هذه الإعلانات الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان لعام 1948 فنصت المادة 26 منه على "أي متهم يفترض أنه بريء حتى تثبت إدانته"، وهنالك الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969 حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 8 منها على "كل متهم بجريمة يعتبر بريئاً طالما لم تثبت إدانته وفقاً للقانون".

أما على المستوى الإفريقي فتبقى الوثيقة الأبرز هي الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981 حيث أقر للفرد قرينة البراءة كقرينة ملاصقة له من خلال نص المادة 8 منه، التي نصت على "الإنسان بريء حتى تثبت إدانته أمام محكمة مختصة".[1308]

ونهايةً، قامت الدول العربية كذلك بتكريس قرينة البراءة من خلال نص المادة 16 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 2004، والتي تضمنت "كل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم بات وفقاً للقانون ".[1309]

وفي خلاصةٍ لما سبق، يتجلى للقارئ الأهمية الكبيرة لقرينة البراءة، وذلك من خلال النص عليها على المستويين الدولي والإقليمي، فهذه القرينة أساس المحاكمة العادلة، وأساس احترام حقوق الأفراد والمتهمين.

وعليه سوف نتطرق في المطلب الموالي إلى إبراز تكريس الدساتير والقوانين الوطنية لقرينة البراءة، ومدى ظهورها في الاجتهادات والأحكام القضائية.

المطلب الثاني: قرينة البراءة بين الدساتيروالقو انين الوطنية.

تعرف الوثيقة الدستورية بأنها أعلى وثيقة قانونية في الدولة، وفي حالة ما رغبت الدول بتكريس مبادئ ومؤسسات معينة، فغالباً ما تلجأ إلى تضمينها في دساتيرها الوطنية، إما عوضاً عن تضمينها في قوانينها الوطنية، أو إضافةً لما هو مضمن في القوانين الوطنية.

وبالنظر إلى أهمية قرينة البراءة على المستوى الوطني الحقوقي والقانوني، لا بد علينا من إبراز مدى التزام المشرعين المغربي والفلسطيني بالالتزامات الواقعة عليهما بخصوص احترام قرينة البراءة، وجعلها مبدأً دستورياً ووطنياً لا يمكن خرقه ولا المساس به، وذلك من خلال **الفقرة الأولى (القيم الدستورية والوطنية لقرينة البراءة)، و انعاكسات قرينة البراءة على أسس القواعد الجنائية الإجر ائية (الفقرة الثانية).**

الفقرة الأولى: القيم الدستورية لقرينة البراءة.

ضمنت العديد من الدساتير سواءً تلك الأجنبية أو العربية قرينة البراءة في داخل طياتها، وذلك إيماناً من المشرع بأهمية هذا المبدأ وبسبب التصاقه مع شخص الفرد والمتهم إلى حيث إثبات عكسه، فالأصل في الإثبات الجنائي هو إلقاء عبء الاثبات في المادة الجزائية على النيابة العامة لا المتهم، ولهذا السبب ارتقت الدساتير بمبدأ قرينة البراءة إلى مصافي المبادئ الدستورية التي يمنع إهدارها بأي طريقةٍ كانت.[1310]

1307 ميثاق حقوق الإنسان الأوروبي، اعتمد وصدر عن المجلس الأوروبي ومجلس الاتحاد الاوروبي واللجنة الأوروبية في بنيس في 2000/12/7.

1308 زينب بوسعيد، قرينة البراءة وأثرها في المحاكمة العادلة – دراسة مقارنة بين الشرعية الإسلامية والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد دراية، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجزائر، أدرار، 2016، ص 110 – 113.

1309 الميثاق العربي لحقوق الإنسان، اعتمد من قبل الدول العربية في مجلس القمة العربية السادس عشر في تونس بتاريخ 2004/04/23.

1310 وإن كان الأصل في الإنسان البراءة إلا أنه يقابله مبدأ آخر وهو مسؤولية الشخص عن أفعاله، ولكن يقع عاتق نفي هذا الأصل على من ادعى خرقه، والجهة المدعية في الدعوى العمومية هي النيابة العامة، أي أن النيابة العامة هي من يقع عليها عبء الإثبات بل يكفي على المشتبه به أو المتهم انكاره للتهم الموجهة إليه.

- نصر الدين مبروك، عبء الإثبات في المواد الجنائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 38، (09-2001)، ص 46 – 49.

وفي هذا السياق، كرس الدستور المغربي بدايةً هذا المبدأ في دستور 2011 وهو دستور الحقوق والحريات، وذلك في الباب الثاني (الحريات والحقوق الأساسية) في الفصل 23 البند 4 حيث جاء فيه " قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان ".[1311]

وكذلك الأمر في القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003، والذي بالرغم من قدمه جاء فيه باب خاص بالحقوق والحريات، وقام المشرع الفلسطيني بالنص فيه من خلال المادة 14 منه تحت عنوان حق المتهم في محاكمة قانونية على " المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه ".[1312]

أما على مستوى التشريعات الوطنية، وهي القوانين الجنائية الإجرائية فدأب كل من المشرع الفلسطيني والمغربي على تكريس مبدأ قرينة البراءة في مصافي القواعد القانونية كذلك، فهذه القرينة هي قرينة حماية سياج حقوق وحريات وأفعال الأفراد إلى حين إثبات عكس هذه القرينة.

وعلى هذا الأمر، دأب المشرع المغربي فقد وضع هذه القرينة في مقدمة مواد قانون المسطرة الجنائية المغربي حيث جاء في المادة 1 منه من الباب الأول المعنون بقرينة البراءة " كل متهم أو مشتبه فيه بارتكاب جريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به، بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كل الضمانات القانونية.
يفسر الشك لصالح المتهم ".[1313] أما المشرع الفلسطيني فعمل على تكريس قرينة البراءة في قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2003، فنصت الفقرة 2 من المادة 206 على " إذا لم تقم البينة على المتهم قضت المحكمة ببراءته".[1314]

وبعمل مقارنة بين المادتين السابقتين بين التشريع المغربي والتشريع الفلسطيني، يؤاخذ المشرع الفلسطيني على عدم النص صراحةً على مبدأ قرينة البراءة في نصوص قانون الإجراءات الجزائية، فقد كان عليه أن يكون أكثر جرأةً والنص على قرينة البراءة ضمن مادة منفصلة وبصفة صريحة، فحتى وإن كان قد نص عليها في القانون الأساسي، إلا أن هذا الأمر لا يمنعه من تكريسها ضمن نصوص قانون الإجراءات الجزائية.

فعلاوةً على تحقيق قرينة البراءة ضمانات المحاكمة العادلة، فهي تعتبر أيضاً السياج الحامي للحقوق والحريات وأحد أسس مبدأ الشرعية الإجرائية في القوانين الإجرائية الجنائية القائم على لا إجراء إلا بقاعدة.

الفقرة الثانية: انعاكسات قرينة البراءة على أسس القواعد الجنائية الإجرائية.

قبل عرض تجليات قرينة البراءة على ضمانات المحاكمة العادلة ومراحل سير الدعوى العمومية، لا بد من التطرق إلى انعاكسات هذه القرينة الدستورية على أسس الإثبات الجنائي في المادة الجنائية، وسوف نقوم بذلك من خلال التطرق إلى **إسناد تحمل عبء الإثبات للنيابة العامة، (أولاً)، وعدم الزامية المتهم إثبات براءته (ثانياً).**

أولا: إسناد تحمل عبء الإثبات للنيابة العامة.

1311 ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 5964 مكرر، 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3601.

1312 القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، منشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد ممتاز، 07 يوليو 2002، ص 3.

1313 ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 5078، بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص 315.

1314 قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001، منشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد 38، 2001/09/05، ص 94.
من التطبيقات القضائية لقرينة البراءة في العمل القضائي الفلسطيني، القرار الصادر عن محكمة النقض والذي جاء فيه "ولما كان ذلك، وكانت محكمة الموضوع قد توصلت إلى أن المطعون ضدهم لم يرتكبوا الجرمين المسندين إليهم لعدم توافر أركانهما وعناصرهما بعد أن محصت وقائع الدعوى وأحاطت بكافة جوانبها وظروفها والأدلة المقدمة فيها ".

- قرار صادر عن محكمة النقض الفلسطينية، رقم 2019/161، طعون جزائية، منشور في: https://maqam.najah.edu/judgments/4563/

تعتبر النيابة العامة في كافة دول العالم هي الجهة المكلفة بتمثيل الدولة والمجتمع أمام القضاء،[1315] وهي التي لها الحق بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها،[1316] الأمر الذي يلزمه إقامة الدليل المشروع أمام القضاء لما نسب للمتهم، بدون أي شك من قبل القاضي فيه، لذا فإن النيابة العامة إضافةً إلى دورها بالمطالبة بإدانة المتهم يجب عليها القيام بكشف الحقيقة سواء أكانت تبرأ المتهم أو تدينه، وهو المرادف لقرينة البراءة ويطلق عليه إلقاء عبء الإثبات على النيابة العامة.[1317]

ثانياً: عدم الزامية المتهم إثبات براءته.

كما أسلفنا الذكر في الهوامش السابقة، فإن المتهم غير ملزم بإثبات براءته، فالأصل في الإنسان البراءة، وهو الأمر الذي يمنحه الحق بالصمت ويكفي عليه انكار التهم الموجهة له، وإن الشك في الأدلة المقدمة من قبل النيابة العامة يفسر لصالح المتهم.[1318]

فالمتهم يكفي له أن يقوم بمناقشة الأدلة التي تقوم النيابة العامة بتقديمها وذلك لغايات دحضها، ولكن هذا الأمر لا يمنع المتهم أن رأى أنه من الأنسب تقديم الأدلة التي تعزز براءته، وإن خلت الأدلة من أي دليل قاطع أو وجدت أية أدلة قابلة الشك أو التفسير أو التأويل وجب على المحكمة الحكم ببراءة المتهم.[1319]

المبحث الثاني: تجليات قرينة البراءة على الدعوى الجزائية.

لقرينة البراءة آثار عديدة على كافة مستويات القواعد الإجرائية الجنائية، بدءً من مرحلة البحث التمهيدي وصولاً إلى مرحلة المحاكمة وصدور حكم نهائي بات حائز لقوة الشيء المقضي به.

وتبرز تجلياتها على مستوى العديد من الإجراءات التي يقوم بها المختصين في مرحلة البحث التمهيدي، أو من خلال الإجراءات المنوطة بالقائمين على مرحلة التحقيق الإعدادي، وكذلك الخصائص التي تمتاز بها.

وبذات الوقت تبرز تجليات قرينة البراءة في مرحلة المحاكمة من خلال مبدائ المحاكمة العادلة، ضمانات المتهمين في مرحلة المحاكمة، وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى **أثر قرينة البراءة على مرحلة البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي (المطلب الأول)، و أثر قرينة البراءة على مرحلة المحاكمة (المطلب الثاني).**

المطلب الأول: أثر قرينة البراءة على مرحلة البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي.

تتجلى قرينة البراءة في كافة المراحل البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي، فقد أحاط المشرع المغربي هاتين المرحلتين بمجموعة كبيرة من الإجراءات المحاطة بالعديد من الضمانات والحقوق الخاصة بالمتهمين، والتي تعكس بدورها أثر قرينة البراءة على إجراءات هذه المرحلتين، وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى **حدود قرينة البراءة في مرحلة البحث التمهيدي وجمع الأدلة (الفقرة الأولى)، و حدود قرينة البراءة في مرحلة المحاكمة (الفقرة الثانية).**

الفقرة الأولى: تجليات قرينة البراءة في مرحلة البحث التمهيدي وجمع الأدلة.

تتجلى قرينة البراءة في مرحلة البحث التمهيدي من خلال الإجراءات التي يقوم ضباط الشرطة القضائية باتخاذها، ألا وأهمها الوضع رهن الحراسة النظرية وانجاز المحاضر وتحريرها والعديد من الإجراءات الأخرى، إلا أننا سوف نقتصر على الوضع رهن الحراسة النظرية وانجاز المحاضر وتحريرها.

1315 نوال أفقير، قراءة في أهم المبادئ الدستورية لضمان المحاكمة العادلة، مجلة العلوم الجنائية، العدد 2، (بدون شهر – 2015)، ص 134.

1316 نصت الفقرة 1 من المادة 1 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على " تختص النيابة العامة دون غيرها بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها ولا تقام من غيرها إلا في الإحوال المبينة في القانون ".

ونصت الفقرة 2 من المادة 3 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على " يقيم الدعوى العمومية ويمارسها قضاة النيابة العامة، كما يمكن أي يقيمها الموظفون المكلفون بذلك قانونا.

1317 مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2003 – دراسة مقارنة-، بدون طبعة، جامعة بيرزيت، وحدة البحث العلمي والنشر، رام الله، ص 378.

1318 فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 508-509.

1319 ابراهيم مجاهدي، خديجة مجاهدي، الجريمة المنظمة بين قرينة البراءة ونقل عبء الإثبات، المجلة الجنائية القومية، المجلد 67، العدد 1، (03-2024)، ص 92.

وعليه قيد المشرع المغربي وكذلك الأمر للمشرع الفلسطيني عملية انجاز المحاضر وتحريرها[1320] بمجموعة من الشروط التي تعمل على تكريس قرينة البراءة وتتمثل في الشروط التالية:

- توافر الشروط الموضوعية وفقاً لنص المادة 23 من قانون المسطرة الجنائية المغربي بتنظيمها من قبل المختصين بذلك وهم ضباط الشرطة القضائية وأعوان الشرطة القضائية والموظفين، أو بعض الاعوان والموظفين المكلفين ببعض مهام الشرطة القضائية، وهو ذات الامر في أصول الإجراءات الجزائية الفلسطيني في نص المادة 19.[1321]
- التقيد بمقتضيات المادة 24 من قانون المسطرة الجنائية المغربي بخصوص بيانات المحضر المنجز وهي صفة محرر المحضر واسمه ومكان عمله وتوقيعه، ويتضمن أيضاً تاريخ وساعة انجاز الاجراء وتاريخ وساعة انجاز المحضر وكذلك هوية الشخص المستمع له ورقم بطاقة تعريفه الوطنية وتوقيعه، وفي حالة رفض الأخير التوقيع يشار إلى ذلك الرفض وأسبابه.[1322]

أما المشرع الفلسطيني فلك يقم بتحديد هذه الشروط الشكلية في نص مادة واحدة كما هو شأن المشرع المغربي، بل قام بالنص عليها من خلال عدة مواد مثل 43 و 50 و و 77 و79 و80، لذلك لا بد على المشرع الفلسطيني أن يكون أكثر دقةً في تحديد المحاضر وشروط تحريرها.[1323]

إلا أن الإشكال يطرح أيضاً في مدى ملائمة الحجة المعطاة لهذه المحاضر ومساسها بقرينة البراءة، فقد أعطى المشرع المغربي والفلسطيني للمحاضر المنجزة في الجنح والمخالفات الحجية ما لم تدحض بأدلة أخرى،[1324] بل وذهب المشرع المغربي إلى أبعد من ذلك في أعطاء الحجية لبعض المحاضر بصفة مطلقة والنص على عدم جواز الطعن بها سوى بالتزوير،[1325] وعلى ذات الأمر سار المشرع الفلسطيني، وعلى غير ذلك اعتبر كلا المشرعان المحاضر المنجزة في الجنايات مجرد بيانات ومعلومات بنص المادة من قانون المسطرة الجنائية.[1326]

ومن وجهة نظرنا، كان لزاماً على المشرعين المغربي والفلسطيني أن يعتبرا كافة المحاضر مجرد بيانات ومعلومات كما هو الحال في الجنايات، فإن التذرع بالقول بأن هذه المحاضر قد تكون هي الدليل الوحيد للإدانة لا يستوي مع مبدأ الأصل في الإنسان البراءة، فهذه القواعد الإجرائية تقوم على إهدارها لا تكريسها وفقاً لما هو واجب العمل عليه، فإن النص على هذه القرينة في الدساتير والقوانين الوطنية بدون تطبيقها يجعل من النص عليها مجرد قاعدة لا أكثر.

أما في إجراء الوضع تحت الحراسة النظرية، عمل المشرع المغربي والمشرع الفلسطيني على تضمين إجراء الوضع تحت الحراسة النظرية بمجموعة من الشروط الواجب التقيد بها، على اعتبار أن هذه المرحلة بالأصل ليست بمرحلة قضائية، وأن الأصل بالمشتبه به براءته سيما وأن قرار الإدانة أو البراءة يصدر عن القضاء لا عن ضباط الشرطة القضائية.

1320 عرفت المادة 24 من قانون المسطرة الجنائية المحضر بأنه "الوثيقة المكتوبة التي يحررها ضابط الشرطة القضائية أثناء ممارسة مهامه ويضمنها ما عاينه أو ما تلقاه من تصريحات أو ما قام به من عمليات ترجع لاختصاصه".

1321 راجع المادة 23 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، والمادة 19 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

1322 محمد بوزبع، وزارة العدل المغربية، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، 2005، ص 101-104.

1323 جهاد كسواني، الاجراءات الجزائية في التشريع والفقه والقضاء، بدون طبعة، مطبعة آدم، رام الله، 2019، ص 84.

1324 نصت المادة 290 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على "المحاضر والتقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شأن التثبت من الجنح والمخالفات يوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات". أما المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني فقد نصت على "تعتبر المحاضر التي ينظمها مأمورو الضبط القضائي في الجنح والمخالفات المكلفون باثباتها بموجب أحكام القوانين حجة بالنسبة للوقائع المثبتة فيها إلى أن يثبت ما ينفيها".

1325 تنص المادة 292 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على "إذا نص قانون خاص على أنه لا يمكن الطعن في مضمون بعض المحاضر أو التقارير إلا بالزور فلا يمكن-تحت طائلة البطلان-إثبات عكسها بغير هذه الوسيلة".

ومن الأمثلة على هذه المحاضر المحاضر المنجزة من قبل موظفو إدارة الجمارك المنجزة بموجب المادة 242 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المغربية.

- مراد علوي، محاضر الشرطة القضائية وإشكالية التوقيع على ضوء قانون المسطرة الجنائية، 2023/01/30، (2024/11/18، 12:12 م)، منشور في: https://assabah.ma/684925.html

1326 الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2004، ص 303.

وعليه اشترط المشرع المغربي أن يكون البحث يتطلبه إجراء الوضع رهن الحراسة النظرية،[1327] وأن يكون الفعل المرتكب من الجرائم المعاقب عليها بعقوبة حبسية، أو أن تكون الجريمة المرتكبة متلبساً بها، وجعل مدة الحراسة النظرية لمدة 48 ساعة وتمددة لمرة واحدة أي 72 ساعة بالمجموع إلا في الجرائم الارهابية تكون لمدة 96 ساعة قابلة للتجديد لمرتين، وفي الجرائم الماسة بأمن الدولة لمدة 96 ساعة قابلة للتجديد لمرة واحدة بإذن كتابي من النيابة العامة.

واشترط المشرع المغربي في حالة البحث التمهيدي أن يتم الوضع رهن الحراسة النظرية بإذن من النيابة العامة وأن يتم عرضه على النيابة العامة، على عكس حالة الوضع رهن الحراسة النظرية في حالة التلبس التي أجاز فيها المشرع المغربي وضع المشتبه فيه رهن الحراسة النظرية ثم إشعار النيابة العامة، وفي حالة التمديد يكفي الحصول على إذن من النيابة العامة دون عرضها عليها.[1328]

أما المشرع الفلسطيني فقد جعل القبض على المشتبه به في الجنايات أوالجنح المتلبس به التي تزيد عقوبتها عن 6 أشهر حبساً، أو في حالة معارضة مأمور الضبط القضائي أثناء قيامه بأداء وظيفته أو في حالة ما ارتكب أمامه فعل غير مشروع ورفض تزويد مأمور الضبط القضائي بمعلوماته الشخصية، أو غير معروف العنوان في فلسطين وذلك بدون مذكرة من النيابة العامة،[1329] وفي غير هذه الحالات لا بد عليه من استصدار مذكرة إحضار بحق المشتبه فيه.[1330]

وبخصوص المدد فقد قلصها المشرع الفلسطيني على عكس المشرع المغربي وجعلها محصورة في مدة أربعة وعشرون ساعة في الحالات كافة،[1331] إلا أن محكمة النقض ذهبت للقول بأن المدة هي 48 ساعة[1332] وهو الإجراء المطبق حالياً في الواقع العملي شريطة عرض المشتبه فيه على النيابة العامة بمجرد انتهاء الأربعة وعشرون ساعة الأولى.[1333]

ومن الضمانات التي تكرس قرينة البراءة في مرحلة البحث التمهيدي إشعار المشتبه به بدواعي اعتقاله بالكيفية التي يفهمها، واشعاره بحقه بالصمت وبحقوقه التي يتمتع بها، كما يجب على ضابط الشرطة القضائية تحرير سجلات للأشخاص الموضوعين رهن الحراسة النظرية تتضمن سجلات الوضع رهن الحراسة النظرية تتضمن اسم الشخص وبداية الإجراء وانتهاءه ساعةً ويوماً وحالته البدنية والصحية والعقلية ومدة الاستنطاق وأوقات الراحة. ويتم توقيعه من قبل ضابط الشرطة القضائية المختص والمشتبه فيه وبدون عدم رغبة المشتبه به في التوقيع أو الإبصام إن رفض ذلك.[1334]

1327 نصت الفقرة الأولى من المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على " إذا تطلبت ضرورة البحث أن يحتفظ ضابط الشرطة القضائية بشخص أو عدة أشخاص ... فله أن يضعهم تحت الحراسة النظرية لمدة لا تتجاوز 48 ساعة ".

1328 عبد الكافي ورياشي، ضمانات المشتبه فيه أثناء مرحلة البحث التمهيدي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد، سطات، 2018، ص568 – 575.

1329 راجع المادة 30 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

1330 تنص المادة 31 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على " 1- إذا لم يكن المتهم حاضراً في الأحوال المبينة في المادة السابقة يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يستصدر أمراً بالقبض عليه وإحضاره وبدون ذلك في المحضر.

2- إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة تزيد عقوبتها على الحبس ستة أشهر، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يطلب من النيابة العامة إصدار أمر القبض عليه".

1331 تنص المادة 34 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني " يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع فوراً أقوال المقبوض عليه فإذا لم يأتِ بمبرر إطلاق سراحه يرسله خلال أربع وعشرين ساعة إلى وكيل النيابة المختص".

1332 جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 26/ 2004 " بذلك يتضح أن أقصى مدة تملك فيها سلطة الاستدلال والتحقيق توقيف المتهم هي مدة ثمان وأربعين ساعة، ذلك أن القبض هو إجراء من إجراءات الاستدلال والتحقيق ".

- قرار صادر عن محكمة النقض الفلسطينية رقم 2004/26، طعون جزائية، صادر في 2004/07/12، منشور في: http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=58030

1333 جهاد كسواني، الاجراءات الجزائية في التشريع والفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 74.

- راجع المواد 30 و 31 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

1334 راجع نص المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، ونص المادة 126 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني التي تفترض وجود سجلات للموقوفين في أماكن التوقيف.

ومن خلال ما سبق، يتضح لنا وللقارئ بأن قرينة البراءة حاضرة في كافة الإجراءات التي ناقشناها في مرحلة جمع الأدلة والبحث التمهيدي والبحث التمهيدي التلبسي، فكلا المشرعان الفلسطيني والمغربي أحاط المشتبه به في كافة أطوار مرحلة البحث التمهيدي بضمانات تكرس من حريته وتعمل على تكريس قريمة البراءة، مع بعض الإشكالات التي تتكرقنا لها وسنطرحها في الخاتمة.

الفقرة الثانية: تجليات قرينة البراءة في مرحلة التحقيق الإعدادي.

سوف نقتصر في هذه الفقرة على إظهار قرينة البراءة في مرحلة التحقيق الإعدادي من خلال خاصيتي **سرية التحقيق الإعدادي (أولاً)، وتدوين إجراءاته (ثانياً)، وإجراء التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد (ثالثاً).**

أولا: قرينة البراءة في سرية التحقيق الإعدادي.

من خصائص مرحلة التحقيق الإعدادي أنها تمتاز بالسرية، أي عدم جواز اطلاع أي شخص من غير المتدخلين في الملف التحقيقي على مجريات الملف ومستنداته، وهو الأمر الذي يكرس قرينة البراءة، أي سرية إجراءات التحقيق الإعدادي بالنسبة للرأي العام والمواطنين.[1335]

وفي هذا السياق نصت المادة 15 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على "تكون المسطرة التي تجري أثناء البحث والتحقيق سرية. كل شخص يساهم في إجراء هذه المسطرة ملزم بكتمان السر المهني ضمن الشروط وتحت طائلة العقوبات المقررة في القانو ن الجنائي "،[1336] وكما نصت المادة 59 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على "تكون إجراءات التحقيق أو النتائج التي تسفر عنها من الأسرار التي لا يجوز إفشاؤها، ويعتبر إفشاؤها جريمة يعاقب عليها القانون".

ومن خلال ما سبق يتضح بأن من أهم ما تقوم عليه قرينة البراءة هو أن تتم كافة الإجراءات في كافة مراحل جمع الأدلة والتحقيق الإعدادي بسرية تامة عن العموم، فمفاد قرينة البراءة إلا يتم اتهام المشتبه فيه أو المتهم إلا بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، وعليه فإن خاصية السرية في التحقيق الإعدادي تكرس قرينة البراءة في مرحلة التحقيق الإعدادي.

ثانياً: قرينة البراءة في تدوين إجراءات التحقيق الإعدادي.

من الخصائص الأخرى لمرحلة التحقيق الإعدادي خاصية تدوين اجراءاته، حيث نصت كل من المادة من قانون المسطرة الجنائية المغربي[1337] والمادة 58 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني[1338] على هذه الخاصية.

فتدوين إجراءات التحقيق فيها ضمانة هامة للمتهم، فهي تكفل عدم تحريف أقواله بما يضر به، كما أنها تكفل له القدرة على القيام بإعداد دفاع سليم، وإمكانية اطلاعه على مجريات التحقيق القائم في مواجهته، كما تمكن خاصية تدوين إجراءات التحقيق المتهم من مناقشة ما يتراءى له من نتائج بشأنها، وهي تمنع تغيير الحقيقة.[1339]

ومن خلال ما أوردناه، فإن تدوين إجراءات التحقيق لها انعكاسات عميقة على قرينة البراءة، فهي تكفل للمتهم عدم تغيير الحقيقة الواقعية، وبذات الوقت تمكنه من إتمام الدفاع المناسب له حتى يتسنى له المدافعة عن نفسه إن ارتأى ذلك، وتجدر الإشارة إلى ان التنصيص على هذه الخاصية بشكل صريح من قبل المشرعين المغربي والفلسطيني أمرٌ يحسب لهما لما فيه من تكريس لهذه القرينة وتجلياتها على إجراءات التحقيق.

ثالثاً: قرينة البراءة في إجراء التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن البعد.

1335 محمد أحداف، شرح المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، بدون طبعة، مطبعة سجلماسة، مكناس، 2018، ص 28.
مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2003 ، مرجع سابق، ص 181.

1336 راجع: عبد الكافي ورياشي، ضمانات المشتبه فيه أثناء مرحلة البحث التمهيدي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد، سطات، 2018، ص472 وما بعدها.

1337 تنص الفقرة الثالثة من المادة 99 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على "يحرر قاضي التحقيق محضراً بما أنجزه من أعمال".

1338 تنص المادة 58 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني "يصطحب وكيل النيابة في جميع إجراءات التحقيق كاتباً لتدوين المحاضر ويوقعها معه".

1339 طارق الديراوي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001، بدون طبعة، مطبعة محكم، غزة، 2018، ص 265 – 266.

سوف نتطرق في هذه النقطة إلى التشريع المغربي دون التشريع الفلسطيني بدايةً، وقد قام المشرع المغربي بمنع أي اعتداء على حرمة الحياة الخاصة بموجب الفقرة 1 من المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية حيث جاء فيها "يمنع التقاط المكالمات الهاتفية أو الاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد وتسجيلها وأخذ نسخ منها أو حجزها".[1340]

إلا أنه وبالنظر إلى طبيعة بعض الجرائم، كالجرائم الإرهابية والماسة بأمن الدولة وغيرها من الجرائم الواردة في نص المادة السابقة، أعطى المشرع المغربي بعض الجهات الحق باتخاذ هذا الإجراء استثناءاً، ولكن وبالوقت ذاته عمل على تقييده بالعديد من الشروط الواجب اتباعها وذلك نظراً لحساسية حرمة الحياة الخاصة، وحتى لا تنتهك قرينة البراءة وضمانات المحاكمة العادلة.

لهذا أناط المشرع اتخاذ هذا الإجراء إلى قاضي التحقيق والرئيس الأول لمحكمة الاستئناف والذي يمارسه الأخير بملتمس مقدم له من قبل الوكيل العام للملك يأذن فيه بإجرائه في الحالات الغير استعجالية، وإشعاره باتخاذه في حالات الاستعجال ويقوم الرئيس الأول إما بتأييد القرار أو تعديله أو الغاءه،[1341] كما قيده المشرع المغربي بمدة زمنية محددة هي أربعة أشهر قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط، كما لا بد أن يكون مقرر اتخاذ هذا الإجراء معللاً بالعناصر المكونة للجريمة محله والجريمة المبررة لها والمدة اللازمة لاتمامه.[1342]

ومن خلال ما سبق يتضح للقارئ حرص المشرع المغربي على تكريس قرينة البراءة سيما في نص الفقرة الأولى من المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية، الأمر الذي يترتب عليه احترام قرينة البراءة، والحفاظ على سرية مجريات التحقيق كذلك بسبب اقتصار هذا الإجراء على أشخاص معينين فقط.

إلا أنه ومن وجهة نظرنا، حبذ لو أن قام المشرع المغربي بالنص على إجراء يشعر فيه متخذ الإجراء في مواجهته بهذا الإجراء انطلاقاً من مبدأ المساواة بين الاتهام والتحقيق ودفاع المتهم.

المطلب الثاني: حدود قرينة البراءة في مرحلة المحاكمة.

تعرف مرحلة المحاكمة بأنها المرحلة الختامية من مراحل الدعوى الجزائية، وهي المرحلة التي تحدد مصير المتهم سواء بالبراءة أو الإدانة،[1343] وقد وضعت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية العديد من النصوص والمبادئ التي تكرس المحاكمة العادلة، والتي تكفل للأفراد عامةً والمتهمين خاصةً حقوق وحريات عديدة قائمة بالأساس على مبدأ الأصل في الإنسان البراءة.

ولعبت قرينة البراءة دور هام في كيفية إصدار القاضي الجزائي لمقرراته القضائية، حيث يجب أن تكون مبنية على أسس وقواعد قانونية سليمة تراعي مبدأ الأصل في الإنسان البراءة.

وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى **أثر قرينة البراءة على مبادئ المحاكمة العادلة (الفقرة الأولى)، و أثر قرينة البراءة على إصدار الأحكام الجزائية (الفقرة الثانية).**

1340 كرس المشرع المغربي هذه الضمانة دستورياً نظراً للخصوصية التي أولاها المشرع لسرية الاتصالات والحق في الحياة الخاصة بموجب الفقرة 3 من الفصل 24 من الدستور المغربي لعام 2011.

1341 تنص المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على "غير أنه يمكن لقاضي التحقيق إذا اقتضت ضرورة البحث ذلك، أن يأمر كتابة بالتقاط المكالمات الهاتفية وكافة الاتصالات المنجزة بواسطة وسائل الاتصال عن بعد وتسجيلها وأخذ نسخ منها أو حجزها.

كما يمكن للوكيل العام للملك إذا اقتضت ذلك ضرورة البحث، أن يلتمس كتابة من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف، إصدار أمر بالتقاط المكالمات الهاتفية أو الاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد وتسجيلها وأخذ نسخ منها أو حجزها ...

غير أنه يجوز للوكيل العام للملك في حالة الاستعجال القصوى بصفة استثنائية، أن يأمر كتابة بالتقاط المكالمات الهاتفية أو الاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد وتسجيلها وأخذ نسخ منها وحجزها، متى كانت ضرورة البحث تقتضي التعجيل خوفاً من اندثار وسائل الإثبات، ....

يجب على الوكيل العام للملك أن يشعر فوراً الرئيس الأول بالأمر الصادر عنه.

يصدر الرئيس الأول خلال أجل أربع وعشرين ساعة مقرراً بتأييد أو تعديل أو إلغاء قرار الوكيل العام للملك...".

- عبد الكافي ورياشي، ضمانات المشتبه فيه أثناء مرحلة البحث التمهيدي، الجزاء الأول، مرجع سابق، ص 418 - 424

1342 تنص المادة 109 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على "يجب أن يتضمن المقرر الذي يتخذ طبقاً للمادة السابقة كل العناصر التي تعرف بالمكالمة الهاتفية أو بالمراسلة المراد التقاطها وتسجيلها أو أخذ نسخ منها أو حجزها، والجريمة التي تبرر ذلك والمدة التي تتم فيها العملية. لا يمكن أن تتجاوز المدة المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة أربعة أشهر قابلة للتجديد لمرة واحدة ضمن نفس الشروط المشار إليها في المادة السابقة".

1343 عمر خلفي، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، بسكرة، 2015، ص 21.

الاقتناع الصميم للقاضي

الفقرة الأولى: أثر قرينة البراءة في مبادئ المحاكمة العادلة.

سوف نتناول في هذه الفقرة إلى بعض الخصائص الخاصة بمرحلة المحاكمة بوصفها محاكمة عادلة من خلال **علانية إجراءات المحاكمة العادلة (أولاً)، شفاهية إجراءات المحاكمة العادلة (ثانياً).**

أولاً: علانية إجراءات المحاكمة العادلة.

على النقيض مما أوردناه سابقاً بخصوص سرية إجراءات التحقيق الإعدادي كأصل، فإن هذه الخاصية تنقلب في مرحلة المحاكمة ويكون الأصل فيها علانية المحاكمات،[1344] أما سريتها فتكون استثنائية في بعض الحالات المحددة قانوناً.[1345]

وعليه نصت المادة 237 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني "تجري المحاكمة بصورة علنية. ما لم تقرر المحكمة إجراءها سرية لاعتبارات المحافظة على النظام العام أو الأخلاق. ويجوز في جميع الأحوال منع الأحداث أو فئة من الأشخاص من حضور المحاكمة".

وكما نصت المادة 300 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على "يجب تحت طائلة البطلان أن تتم اجراءات البحث والمناقشات في جلسة علنية ما عدا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 301 و302 وما بعدها ...".

وتتمثل العلاقة ما بين قرينة البراءة وعلانية المحاكمات في تمكين المتهم من مواجهة المجتمع والدفاع عن براءته أمام هيئة الحكم والحاضرين، كما وتشكل العلانية حداً لتعسف السلطة القضائية أو أي طرف من أطراف الدعوى الجزائية، والأهم هو كفالتها لاحترام حقوق المتهمين ودفاعهم.[1346]

ثانياً: شفاهية إجرات المحاكمة.

يقصد بهذه الخاصية اتخاذ وإعمال كافة إجراءات المحاكمة شفوياً وبصوت مسموع أثناء جلسة المحاكمة،[1347] وفي هذا نص المادة 207 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني " لا يبنى الحكم إلا على الأدلة التي قدمت أثناء المحاكمة والتي تمت مناقشتها في الجلسة بصورة علنية أمام الحضور"، وكذلك نص المادة 287 من قانون المسطرة الجنائية المغربي والذي جاء فيه "لا يمكن للمحكمة أن تبني مقررها إلا على حجج عرضت أثناء الجلسة ونوقشت شفهياً وحضورياً أمامها".

وفي شفاهية المحاكمات مظهر من مظاهر سيادة الأمة،.[1348]

ويتمثل هذا الحق للمتهم ويؤثر على قرينة البراءة من خلال تمكينه من الاطلاع على شهادة الشهود، ومعرفة ما يدور أثناء المحاكمة، مما يسمح له برد ما يريد وتفنيده، كما وأن لهذا الحق تدعيم لقرينة البراءة وتكفل التصدي لأي محاولة لخرقها، كما أن مبدأ الشفاهية يؤدي إلى كشف الحقيقة وأزالة الغموض عن أية أدلة أو إجراءات.[1349]

الفقرة الثانية: أثر قرينة البراءة على إصدار الأحكام الجزائية.

إن الهدف من الدعوى الجزائية هو اقتضاء الدولة حقها في العقاب، وتقويم المتهم وإصلاحه عند تنفيذ العقوبة، ولا يمكن أن تتحقق هذه الأهداف إلا من خلال القضاي الزجري ونطقه بالحكم الجزائي، إلا أنه لا يجب على القاضي الزجري أن ينطق بحكمه على حساب المتهم لتحقيق هذه الأهداف، وإلا يكون قد خرق جوهر قرينة البراءة، وعليه سوف نتطرق في هذه الفقرة إلى مبدأين هامين في إصدار الاحكام الزجرية، وهي **الشك يفسر لصالح المتهم (أولاً)، وحرية اقتناع القاضي الزجري وفقاً لقرينة البراءة (ثانياً).**

1344 يقصد بعلانية المحاكمات أن تكون عامة للجمهور، وأن يقوم بحضورها من يريد من المواطنين ليكون شاهداً على نزاهة القضاء وحياده وصحة الإجراءات.

- الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، مرجع سابق ، ص 70.

1345 تكون الجلسات سرية بمقتضى المادة 302 من قانون المسطرة الجنائية المغربية متى كان هنالك خطر على النظام العام أو الاخلاق، وكذلك الأمر في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بموجب المادة 237 متى كانت هنالك اعتبارات متعلقة بالنظام العام والأخلاق.

1346 جهاد كسواني، الاجراءات الجزائية في التشريع والفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 154-155.

1347 جهاد الكسواني، قرينة البراءة، مرجع سابق، ص 169.

1348 الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2004، ص 70.

1349 جهاد الكسواني قرينة البراءة، مرجع سابق، ص 171-172.

أولاً: الشك يفسر لصالح المتهم.

تعتبر قاعدة تفسير الشك لصالح المتهم إحددى الضمانات المترتبة على قرينة البراءة،[1350] والتي تعمل على تحقيق ضمانات الحرية الفردية للمتهمين، وذلك راجع بالأساس إلى وجوب صدور الحكم الجزائي بناءً على الأساس الوجداني للقاضي المبني على الجزم واليقين بدون أي شك فيه.

ولا يتصور تطبيق هذا المبدأ في مرحلة البحث التمهيدي ومرحلة التحقيق الإعدادي، فهو مبدأ خاص بمرحلة المحاكمة، فالأجهزة القائمة على مرحلة البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي تعمل على جمع الأدلة والتحقيق فيها وإعمال التوزان بينها، فإن رجحت الأدانة تحيل الملف كاملاً إلى الجهات صاحبة الاختصاص، وإن رجحت البراءة فإنها تترك المشتبه فيه حال سبيله.[1351]

وهذا على عكس مرحلة المحاكمة، فالقاضي يساوره الشك عند بحثه في الأدلة وإن لم يستطع تحييد هذا الشك من خلال بحثه في الأدلة المعروضة أمامه فيكون ملزماً وفقاً لهذا المبدأ وتحقيقاً لقرينة البراءة أن يحكم ببراءة المتهم، وبدون أن يكون ملزماً بتعليل وسائل الإثبات التي شكك فيها.[1352]

ثانياً: حرية اقتناع القاضي الزجري وفقاً لقرينة البراءة.

يقصد بحرية اقتناع القاضي الزجري، هو الاطمئنان الى فكرة ما أي قبولها[1353]، اما القناعة الوجدانية فيقصد بها تقدير عناصر الاثبات في الدعوى بحرية وتسبيب، أي ان يقوم القاضي بتقدير قيمة الادلة المقدمة اليه.[1354]

ولا تتكون هذه القناعة إلا من خلال الأدلة المقدمة أمام القاضي والمناقشة أمامه، فهو يحظر عليه إصدار أية أحكام بناءً على أدلة لم تطرح أمامه، ويشترط في هذه الأدلة أن تكون مشروعة، وللقاضي الجزائي دور آخر يذهب إلى بعد من ذلك من خلال قيامه بالبحث عن الدليل وتمحيصه.[1355]

فالبراءة متثمثلٌ بها كأصل لا يمكن للقاضي تجاوزها، فعلى سبيل المثال كما ورد في مجلة الإجراءات الجزائية لا يسمح للقاضي الاعتماد على اعتراف المتهم كدليل وحيد ومجرد للإدانة.[1356]

وختاماً في هذه الفقرة نشير إلى نص المادة 272 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني الذي أكد على القناعة الوجدانية للقاضي وعلاقتها بقرينة البراءة، حيث جاء فيها " تحكم المحكمة حسب قناعتها التي تكونت لديها بكامل حريتها"، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية المغربي " يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقاً للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده ...".

خاتمة

خلاصةً لما سبق، يتضح لنا بأن الأصل في الإنسان هو البراءة، فهو بريء مما ينسب إليه إلى حيث إثبات عكس ذلك بموجب مقرر قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، فقرينة البراءة هي قرينة ملاصقة للفرد في كافة أفعاله.

1350 ابراهيم السليمان، مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم – راسة تأصيلية مقارنة -، رسالة ماستر، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، السعودية، الرياض، 2018، ص 94.

1351 موسى مسعود عبد الله، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، 1988، ص 136.

1352 جهاد الكسواني قرينة البراءة، مرجع سابق، ص 191-192.

- وفي سياق ما سبق ذكره، نشير إلى نص المادة 207 من قانون الإجراءات الجزائية "لا يبنى الحكم إلا على الأدلة التي قدمت أثناء المحاكمة والتي تمت مناقشتها في الجلسة بصورة علنية، أمام الخصوم"، وكذلك الفقرة الثانية من المادة 1 من قانون المسطرة الجنائية المغربي "يفسر الشك لصالح المتهم".

1353 محمد عبد الكريم العبادي، القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي ورقابة القضاء عليها دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2010، ص12.

1354 فادي شديد، ورامز مصلح، القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي، مجلة طنطا، بدون عدد، بدون تاريخ، ص 6.

1355 مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2003 ، مرجع سابق، ص384.

1356 جهاد كسواني، قرينة البراءة، مرجع سابق، ص 189.

وقد عمل المجتمع الدولي على تكريس هذه القرينة في العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية، نظراً لأهميتها الكبرى في تكريس حقوق وحريات المتهمين، وفي هذا السياق أحسن كلا المشرعان الفلسطيني والمغربي من جعل هذه القرينة في مصافي المبادئ الدستورية، وكذلك القانونية بالنسبة للمشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية، على عكس المشرع الفلسطيني الذي لم ينص عليها في قانون الإجراءات الجزائية بشكل صريح وواضح، وهو الامر الذي يؤاخذ عليه.

وتجدر الإشارة إلى أنه يستشف بأن المشرع المغربي والفلسطيني وبموجب عدة نصوص واردة في القوانين الجزائية الخاصة بهما قد جعلا من البطلان مآل أي إجراء مخالف لقرينة البراءة ويهدرها وهو ما منصوص عليه في المادة 101 من قانون المسطرة الجنائية المغربي والمادة 212 ونص المادة 303، أما في التشريع الفلسطيني فهنالك من المواد نص المادة 52 والمواد 474 إلى 478 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

وعليه نقوم باستعراض للنتائج المتوصل إليها وبعض المقترحات.

- **النتائج:**

- يعتبر مفكري الثورة الفرنسية هم أساس المنادة بقرينة البراءة وما ينتج عنها من مبادئ وحقوق وحريات للأفراد والمتهمين.
- كرس المجتمع الدولي قرينة البراءة من خلال إبرام العديد من الاجتماعات التي تمخض عنها قرارات للجمعية العامة للأمم المتحدة و اتفاقيات ومعاهدات دولية وإقليمية.
- تعتبر قرينة البراءة من المبادئ الدستورية في الدستور المغربي لعام 2011، والقانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003.
- نص المشرع المغربي على مبدأ قرينة البراءة في المادة الأولى من قانون المسطرة الجنائية المغربي، على عكس المشرع الفلسطيني الذي لم ينص عليه بصفة صريحة في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني لعام 2001.
- تعتبر قرينة البراءة قرينة لصيقة بالأفراد، وذلك في كافة مراحل الدعوى العمومية بدءاً من مرحلة البحث التمهيدي وجمع الأدلة وصولاً إلى مرحلة صدور حكم قضائي نهائي وبات حائز لقوة الشيء المقضي به، وبذات الوقت هي قرينة لاصقة في كافة الإجراءات المتخذة في كافة مراحل الدعوى العمومية.
- إن ضمانات المحاكمة العادلة، وإجراءات التقاضي تمثل بحد ذاتها تكريساً لقرينة البراءة وعدم إهدارها.

- **التوصيات:**

- يجب على المشرع الفلسطيني النص على قرينة البراءة بصفة صريحة ومباشرة في قانون الإجراءات الجزائية.
- ضرورة تنصيص المشرع الفلسطيني على قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم، وعدم الاكتفاء بما ورد في نص المادة 207 من قانون الإجراءات الجزائية.
- ضرورة نص المشرع المغربي على إجراءات تكفل حقوق وأفراد المتهمين عند لجوء قضاة التحقيق أو النيابة العامة إلى إجراء التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد وفقاً لنص المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية.
- ضرورة تكريس البطلان لمحاضر الضبط القضائي في مرحلة البحث التمهيدي، أو عند الإخلال بشروط الوضع رهن الحراسة النظرية في قانون المسطرة الجنائية المغربي.
- ضرورة جعل كلا المشرعان المغربي والفلسطيني من المحاضر المنجزة في الجنح لها ذات القيمة الثبوتية للمحاضر المنجزة في الجنايات، وعدم تغليب المصلحة العامة على حقوق وحريات الأفراد والتذرع بجسامة العقوبات في الجنايات.

لائحة المراجع

أ) الكتب:

- جهاد الكسواني، قرينة البراءة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2013.
- جهاد كسواني، الاجراءات الجزائية في التشريع والفقه والقضاء، بدون طبعة، مطبعة آدم، رام الله، 2019.

- الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2004.
- الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2004.
- طارق الديراوي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001، بدون طبعة، مطبعة محكم، غزة، 2018.
- عبد الكافي ورياشي، ضمانات المشتبه فيه أثناء مرحلة البحث التمهيدي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد، سطات، 2018.
- عبد الكافي ورياشي، ضمانات المشتبه فيه أثناء مرحلة البحث التمهيدي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد، سطات، 2018.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- محمد أحداف، شرح المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، مطبعة سجلماسة، مكناس، 2018.
- محمد بوزيع، وزارة العدل المغربية، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، 2005.
- محمد عبد الكريم العبادي، القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي ورقابة القضاء عليها دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2010.
- مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2003 – دراسة مقارنة-، بدون طبعة، جامعة بيرزيت، وحدة البحث العلمي والنشر، رام الله.
- موسى مسعود عبد الله، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، 1988.

ب) الرسائل العلمية

- أطروحات الدكتوراه

- زينب بوسعيد، قرينة البراءة وأثرها في المحاكمة العادلة – دراسة مقارنة بين الشرعية الإسلامية والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد دراية، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجزائر، أدرار، 2016.
- كمال الصغير، الحرية الشخصية للمتهم في إطار نظام الشرعية الإجرائية – دراسة تحليلية تأصيلية-، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 2003.

- رسائل الماستر

- ابراهيم السليمان، مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم – راسة تأصيلية مقارنة -، رسالة ماستر، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، السعودية، الرياض، 2018.
- عمر خلفي، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، بسكرة، 2015.
- معمر نهدي، قرينة البراءة في العدالة الدولية الجنائية، رسالة ماستر، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي، الجزائر، 2013.

ج) المقالات

- ابراهيم مجاهدى، خديجة مجاهدى، الجريمة المنظمة بين قرينة البراءة ونقل عبء الإثبات، المجلة الجنائية القومية، المجلد 67، العدد 1، (03-2024).

- عبد المجيد زعلاني، قرينة البراءة في القانون الدولي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 38، العدد 3، (2001-09).
- عمر الحديثي، قرينة البراءة في التشريع الجنائي الإسلامي وتطبيقاته في المنظومة القضائية الإسلامية: دراسة مقارنة، الأكاديمية الأمريكية العربية للعلوم والتكنولوجيا، المجلد 11، العدد 38، (بدون شهر – 2020).
- عوض يوني، دور فلاسفة التنوير في قيام الثورة الفرنسية، مجلة البحث العلمي في الآداب، المجلد 17، العدد 1، (08-2016).
- فادي شديد، ورامز مصلح، القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي، مجلة طنطا، بدون عدد، بدون تاريخ.
- فؤاد جحيش، دسترة قرينة البراءة بين حتمية النص وإشكالية التكريس – دراسة مقارنة بين القانونين المغربي والجزائري -، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 24، (11-2017).
- محمد عنتر، مصادر مبدأ البراءة المفترضة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 1، (06-2021).
- نصر الدين مبروك، عبء الإثبات في المواد الجنائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 38، (09-2001).
- نوال أفقير، قراءة في أهم المبادئ الدستورية لضمان المحاكمة العادلة، مجلة العلوم الجنائية، العدد 2، (بدون شهر – 2015).

د) المو اقع الإلكترونية

فراس العجرش، المتهم محصن بأصل براءته، (2008/02/04)، 2024/11/16 9:57 ص، منشور في: https://annabaa.org/nbanews/68/237.htm

مراد علوي، محاضر الشرطة القضائية وإشكالية التوقيع على ضوء قانون المسطرة الجنائية، 2023/01/30، (2024/11/18، 12:12 م)، منشور في: https://assabah.ma/684925.html

ه) الاتفاقيات الدولية والقو انين الوطنية:

- **الاتفاقيات الدولية:**

- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، لعام 1953.
- اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1990.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.
- الاعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1978.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1976.
- مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، لعام 1988.
- الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 2004.
- ميثاق حقوق الإنسان الأوروبي، لعام 2000.

- **قو انين وطنية**

- ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 5078، بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص 315.

- ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 5964 مكرر، 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3601.
- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001، منشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد 38، 2001/09/05، ص 94.
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، منشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد ممتاز، 07 يوليو 2002، ص 3.

و) القرارات القضائية

- قرار صادر عن محكمة النقض الفلسطينية رقم 2004/26، طعون جزائية، صادر في 2004/07/12، منشور في: http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=58030
- قرار صادر عن محكمة النقض الفلسطينية، رقم 2019/161، طعون جزائية، منشور في: https://maqam.najah.edu/judgments/4563/

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1ER
www.Droitetentreprise.com

محور القانون الجنائي

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
ISSN:2509-0291

دور الابتكار الشرطي في مكافحة الخدمات الإلكترونية كأداة للجريمة "الاستراتيجيات لتحديات المستقبل"

"The Role of Police Innovation in Combating Crime as a Service (CaaS): Strategies for Future Challenges"

الدكتورة / خلود محمد اللنجاوي

عضو هيئة التدريس بكلية الشرطة / أبو ظبي

الملخص

في ظل التقدم التكنولوجي السريع والتحولات الرقمية المتسارعة، أصبحت الجرائم الإلكترونية أكثر تعقيدًا، حيث ظهر نموذج جديد يُعرف بـ *Crime as a Service* (CaaS)، والذي يتيح للمجرمين تقديم أدوات وخدمات رقمية تساعد على تنفيذ هجمات إلكترونية متطورة. هذا النوع من الجرائم يتخطى الحدود التقليدية، مما يشكل تحديًا كبيرًا للأجهزة الشرطية في مختلف أنحاء العالم.الورقة العلمية تهدف إلى تسليط الضوء على أهمية الابتكار الشرطي لمواجهة هذه الجرائم من خلا ل تبني تقنيات حديثة مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة والتعلم الآلي. هذه التقنيات تساعد الأجهزة الشرطية على تحسين قدراتها في التنبؤ بالجرائم، رصد الأنشطة الإجرامية الإلكترونية بشكل استباقي، والاستجابة لها بشكل أكثر كفاءة.كما تناقش الورقة التحديات التي تواجه تبني الابتكارات التكنولوجية في الأجهزة الشرطية، مثل مقاومة التغيير داخل المؤسسات الشرطية، نقص التدريب المتخصص للضباط، والتكاليف المرتفعة لتبني تقنيات متطورة. هذه التحديات تحتاج إلى استراتيجيات فعالة للتغلب عليها، مثل تطوير برامج تدريبية متقدمة وتوفير التمويل اللازم لتمكين الابتكار في العمل الشرطي.النتائج المتوقعة من تطبيق هذه الابتكارات تشمل تحسين الاستباقية في التعامل مع الجرائم الإلكترونية وتعزيز التعاون بين الأجهزة الشرطية والمجتمع الرقمي. بالإضافة إلى ذلك، الورقة توصي بتطوير استراتيجيات مبتكرة تساهم في استدامة الأمن على المدى الطويل، مما يسهم في تعزيز فعالية الأجهزة الشرطية في مكافحة التهديدات الإلكترونية المستقبلية.

الكلمات المفتاحية: الابتكار الشرطي، الجريمة كخدمة(CaaS) ، الذكاء الاصطناعي، الجرائم الإلكترونية، والتقنيات الحديثة.

Abstract

Considering rapid technological advancements and accelerating digital transformations, cybercrimes have become increasingly complex, giving rise to a new model known as *Crime as a Service* (CaaS). This model enables criminals to offer digital tools and services that facilitate the execution of sophisticated cyberattacks. Such crimes transcend traditional boundaries, posing significant challenges to law enforcement agencies worldwide. The scientific paper focuses on the role of police innovation in combating these technologically advanced crimes by adopting modern technologies such as artificial intelligence (AI), big data analytics, and machine learning. These technologies enhance law enforcement's ability to predict, monitor, and respond to cyber threats more proactively and effectively. Additionally, the paper highlights the challenges police agencies face in adopting technological innovations, including resistance to change, lack of specialized training, and high costs associated with implementing advanced technologies. To overcome these obstacles, the study suggests developing advanced training programs and securing the necessary funding to support innovation in policing. The expected outcomes of adopting these innovations include improved proactivity in tackling cybercrimes, enhanced collaboration between law enforcement and the digital community, and the development of innovative strategies that promote long-term security sustainability. The paper concludes with recommendations for establishing comprehensive strategies that enable police agencies to effectively and innovatively address future cyber threats.

The keywords are Police Innovation, Crime as a Service (CaaS), Artificial Intelligence, Cybercrime, and Modern Technologies.

المقدمة:

تواجه الأجهزة الشرطية حول العالم تحديات أمنية غير مسبوقة نتيجة التحول الرقمي المتسارع وانتشار التقنيات المتقدمة. أحد أبرز هذه التحديات هو ظهور ما يُعرف بـ *Crime as a Service* (CaaS)، وهو نمط جديد ومعقد من الجرائم الإلكترونية حيث يستغل المجرمون التكنولوجيا لتقديم خدمات إجرامية عبر الإنترنت. يشمل هذا النموذج بيع أو تأجير أدوات إجرامية، مثل البرمجيات الضارة والهجمات الإلكترونية المدعومة بذكاء اصطناعي، ليتمكن أي شخص، حتى من دون خبرة تقنية، من تنفيذ جرائم إلكترونية خطيرة. هذه الجرائم تتنوع بين الابتزاز الإلكتروني، سرقة البيانات، والهجمات على البنية التحتية الحيوية.لقد أحدث التقدم السريع في التكنولوجيا نقلة نوعية في طريقة تنفيذ الجرائم، فلم تعد الحدود الجغرافية حاجزاً أمام المجرمين، مما يضيف عبئًا كبيرًا على الأجهزة الشرطية التقليدية التي تعتمد على وسائل التحقيق والمراقبة التقليدية. وفي ظل هذا التطور، أصبح واضحًا أن الأساليب القديمة لم تعد كافية لمواجهة هذا النوع الجديد من التهديدات. يتطلب التعامل مع *CaaS* عقلية جديدة تعتمد على الابتكار، والاستفادة من التكنولوجيا المتطورة لمواجهة الجرائم الإلكترونية بكفاءة وفاعلية.إن استخدام الابتكار في العمل الشرطي أصبح ضرورة ملحة لمواكبة التطورات التكنولوجية ولتجنب الفجوة بين تقدم الجريمة وتطور وسائل المكافحة. فمن خلال دمج الابتكارات التكنولوجية مثل الذكاء الاصطناعي، تعلم الآلة، وتحليل البيانات الضخمة، يمكن للأجهزة الشرطية أن تكون أكثر استباقية في مواجهة الجرائم الإلكترونية. ومن المهم أيضًا تطوير التعاون مع القطاع الخاص، بما في ذلك شركات التكنولوجيا، لخلق بيئة مشتركة تتيح مكافحة الجرائم الإلكترونية على مستوى أوسع وأكثر فعالية.

تتناول هذه الورقة أهمية الابتكار الشرطي، وتسليط الضوء على كيفية استخدام التكنولوجيا المتطورة للتصدي للجرائم الإلكترونية المتزايدة، مع التركيز على تطوير استراتيجيات مبتكرة واستباقية تهدف إلى حماية المجتمعات من هذه التهديدات الرقمية المعقدة.

مشكلة الدراسة:

تعتمد الجرائم الإلكترونية الحديثة، وخاصة *Crime as a Service* (CaaS)، على خدمات متطورة تستخدم التكنولوجيا لتقديم أدوات إجرامية معقدة تتيح للمجرمين تنفيذ عملياتهم بسهولة وكفاءة. تتمثل المشكلة في أن الأساليب الشرطية التقليدية باتت غير قادرة على اكتشاف هذه الجرائم أو منعها بشكل فعال، نظرًا لتعقيداتها التقنية وتوسعها السريع عبر الإنترنت. هذا النمط من الجرائم يشكل تحديًا كبيرًا للأجهزة الشرطية التي لا تمتلك الأدوات والمهارات المناسبة للتعامل مع التهديدات الإلكترونية المتطورة. يتطلب مواجهة هذه المشكلة تطوير استراتيجيات شرطية جديدة تعتمد على الابتكار والتكنولوجيا المتقدمة مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة. يجب أن تركز هذه الاستراتيجيات على تحديد ورصد الأنشطة الإجرامية الإلكترونية بشكل استباقي، وتعزيز التعاون بين القطاعين العام والخاص، لضمان فعالية أكبر في مكافحة هذه الجرائم المعقدة والمتزايدة.

أهداف الدراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

1. **تعزيز قدرة الأجهزة الشرطية على مواجهة الجرائم الإلكترونية المعقدة** :توضح الدراسة كيف يمكن للابتكار والتكنولوجيا المتقدمة أن تعزز من قدرة الأجهزة الشرطية على التصدي للجرائم التي تعتمد على الخدمات الإلكترونية مثل *Crime as a Service* (CaaS).
2. **تطوير استراتيجيات استباقية لمكافحة الجرائم الرقمية** :تسلط الدراسة الضوء على أهمية الابتكار في تطوير استراتيجيات شرطية استباقية تُمكّن من رصد الأنشطة الإجرامية قبل وقوعها، مما يحسن من فعالية الاستجابة.
3. **تحفيز التعاون بين القطاعين العام والخاص** :تبرز الدراسة دور التعاون بين الأجهزة الشرطية وشركات التكنولوجيا والمؤسسات الأكاديمية في تطوير حلول مشتركة لمكافحة التهديدات الإلكترونية المعقدة.

4. **تعزيز الابتكار الشرطي من خلال توظيف التكنولوجيا** :تشير الدراسة إلى أهمية الابتكار في تمكين الأجهزة الشرطية من استخدام تقنيات مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة لتحسين أداء التحقيقات الجنائية في الفضاء الرقمي.
5. **تحسين استدامة الأمن السيبراني على المدى الطويل** :تساهم الدراسة في تقديم توصيات عملية حول كيفية بناء استراتيجيات مستدامة تمكن الأجهزة الشرطية من التعامل بفعالية مع التهديدات الإلكترونية المتطورة في المستقبل.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة من خلال النقاط التالية:

1. **تعزيز الابتكار في العمل الشرطي** :توضح الدراسة أهمية استخدام الابتكار في تطوير وسائل وأساليب جديدة لمكافحة الجرائم الإلكترونية المعقدة، مثل *Crime as a Service* (CaaS) ، مما يسهم في تحسين فعالية الاستجابة الأمنية.
2. **مواكبة التطورات التكنولوجية** :تبرز الدراسة الحاجة إلى تبني الأجهزة الشرطية للتقنيات الحديثة مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة، والتي تُمكّنها من التصدي بشكل أفضل للجرائم التي تعتمد على التكنولوجيا المتطورة.
3. **تعزيز الشراكة بين القطاعين العام والخاص** :تسلط الدراسة الضوء على أهمية التعاون بين الأجهزة الشرطية والقطاع الخاص، خاصة شركات التكنولوجيا، لتطوير حلول مشتركة وأكثر فعالية في مواجهة الجرائم الإلكترونية.
4. **تحقيق استدامة الأمن الرقمي** :تقدم الدراسة إرشادات لتطوير استراتيجيات شرطية مستدامة تُمكّن الأجهزة من التعامل مع التهديدات الإلكترونية الحالية والمستقبلية، مما يعزز من قدرة الشرطة على الحفاظ على الأمن الرقمي على المدى الطويل.

تساؤلات الدراسة:

1. كيف يمكن للابتكار الشرطي أن يسهم في التصدي للجرائم الإلكترونية التي تعتمد على الخدمات الإلكترونية مثل *Crime as a Service* (CaaS)؟
2. ما هي الأدوات والتقنيات الحديثة التي يمكن استخدامها لرصد وتحديد الأنشطة الإجرامية الإلكترونية بشكل فعال؟
3. ما هي التحديات الرئيسية التي تواجه الأجهزة الشرطية في تبني الابتكارات التكنولوجية لمكافحة الجرائم الإلكترونية؟
4. كيف يمكن تعزيز التعاون بين الأجهزة الشرطية والقطاع الخاص لتطوير حلول مبتكرة لمواجهة الجرائم الإلكترونية؟
5. ما هي الاستراتيجيات الأكثر فعالية لاستباق ومنع الجرائم الإلكترونية قبل وقوعها باستخدام التقنيات المتقدمة؟

منهج الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، حيث يتم وصف وتحليل الدور الذي يلعبه الابتكار الشرطي في مواجهة الجرائم الإلكترونية، خاصة تلك التي تعتمد على *Crime as a Service* (CaaS). سيتم تحليل الأدوات والتقنيات المستخدمة في مكافحة هذه الجرائم من خلال مراجعة الأدبيات السابقة والدراسات التي تناولت هذا الموضوع. كما سيتم تحليل التحديات التي تواجه الأجهزة الشرطية في تبني هذه الابتكارات. يهدف المنهج الوصفي التحليلي إلى تقديم صورة شاملة حول فعالية الابتكار في التصدي للجرائم الإلكترونية وتقديم توصيات عملية بناءً على هذه التحليلات.

نطاق الدراسة:

تركز هذه الدراسة على دور الابتكار الشرطي في مكافحة الجرائم الإلكترونية المرتبطة بـ *Crime as a Service* (CaaS) من خلال استعراض التقنيات المتقدمة مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة. تستعرض الدراسة التجارب الدولية في دول مثل الولايات المتحدة والمملكة المتحدة، التي نجحت في تطبيق هذه الابتكارات لمكافحة الجرائم الإلكترونية. كما تتناول التحديات التي تواجه الأجهزة الشرطية في تبني هذه التقنيات، مثل مقاومة التغيير ونقص التدريب، وتقدم استراتيجيات للتغلب عليها من خلال تعزيز التعاون وتطوير البرامج التدريبية.

مراجعة الدراسات السابقة:

1. **دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية:**

(Smith & Johnson, 2022) تستكشف هذه الدراسة الدور المتزايد للذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية، مع تركيز خاص على *Crime as a Service* (CaaS). تُحلل الدراسة كيفية توظيف تقنيات الذكاء الاصطناعي لتعزيز كفاءة الأجهزة الشرطية في رصد الأنشطة الإجرامية الإلكترونية. يتم تقديم أدوات الذكاء الاصطناعي كأدوات مهمة لتقديم استجابات أسرع وأكثر دقة، مما يُمكن الشرطة من التنبؤ بالأنشطة الإجرامية ومعالجتها قبل أن تتفاقم.

2. **مكافحة الجرائم في الويب المظلم: الابتكارات في مواجهة:**

(Anderson et al., 2023) تُركز هذه الدراسة على التحديات التي تواجه الأجهزة الشرطية في التعامل مع الجرائم المرتبطة بالويب المظلم، مع التركيز بشكل خاص على *Crime as a Service* (CaaS). تستعرض الدراسة استراتيجيات مبتكرة لمكافحة الجرائم الإلكترونية، بما في ذلك استخدام تقنيات تحليل البيانات الكبيرة لتحديد الأنشطة الإجرامية المعقدة التي تنشأ في هذا الجزء الخفي من الإنترنت. تشير الدراسة إلى أهمية تحسين استراتيجيات الرصد والتحليل لتعزيز فعالية العمل الشرطي في هذه البيئة الرقمية الصعبة.

3. **الابتكار في إنفاذ القانون: التكيف مع Crime as a Service (CaaS) :**

(Miller & Brown, 2023) تستعرض هذه الدراسة كيفية استجابة الأجهزة الشرطية للتطورات السريعة في مجال الجرائم الإلكترونية، خاصة فيما يتعلق بـ *CaaS*. تركز الدراسة على استخدام تقنيات جديدة مثل التعلم الآلي وتحليل البيانات الضخمة لتعزيز قدرة الشرطة على اكتشاف الأنشطة الإجرامية والاستجابة لها بشكل استباقي. كما تناقش كيفية دمج الابتكارات التكنولوجية في الاستراتيجيات الأمنية لمكافحة هذه التهديدات بفاعلية أكبر.

4. **الأمن السيبراني و إنفاذ القانون: التصدي لـ Crime as a Service (CaaS) :**

(Wilson & Green, 2024) تبحث هذه الدراسة في أهمية التعاون بين الأجهزة الشرطية والقطاع الخاص، خاصة في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية المرتبطة بـ *CaaS*. تُظهر الدراسة كيف يمكن للشراكات مع شركات التكنولوجيا أن تساعد الأجهزة الشرطية في تعزيز قدراتها على مواجهة التحديات الأمنية المتزايدة في الفضاء الرقمي. كما تقدم الدراسة نماذج للتعاون بين القطاعات المختلفة، وتستعرض كيف يمكن لهذه الشراكات أن تؤدي إلى استراتيجيات مبتكرة أكثر فعالية في مواجهة التهديدات السيبرانية.

5. **التدابير الاستباقية ضد الجرائم الإلكترونية:**

(Garcia & Thomas, 2024) تناقش هذه الدراسة أهمية اتخاذ التدابير الاستباقية في مواجهة الجرائم الإلكترونية، مع تركيز خاص على *Crime as a Service* (CaaS). تقترح الدراسة حلولاً مبتكرة تعتمد على استخدام الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة لتحديد التهديدات قبل وقوعها. تُقدم الدراسة نموذجًا لكيفية تبني هذه التقنيات لتحسين استجابة الأجهزة الشرطية للجرائم الإلكترونية وتعزيز قدرتها على مكافحة الأنشطة الإجرامية بسرعة وكفاءة.

تقسيم الدراسة:

تنقسم الدراسة إلى الأجزاء التالية:

المقدمة: تقدم لمحة عامة عن التحديات التي تفرضها الجرائم الإلكترونية، خاصة *Crime as a Service* (CaaS)، على الأجهزة الشرطية، وتوضح أهمية الابتكار في التصدي لهذه التهديدات الحديثة.

المبحث الأول: الابتكار الشرطي - المفهوم والأهمية:

يتناول مفهوم الابتكار في العمل الشرطي، ويشرح كيف يمكن للتقنيات الحديثة مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات أن تعزز من قدرة الشرطة في مواجهة الجرائم الإلكترونية، مع توضيح أهمية تطوير استراتيجيات شرطية مبتكرة.

المبحث الثاني: تحديات جديدة للأجهزة الشرطية:

ISSN:2509-0291

يشرح نموذج *CaaS* وكيف يُستخدم من قبل المجرمين لتنفيذ الجرائم الإلكترونية. يناقش التهديدات الأمنية الجديدة التي تفرضها هذه الظاهرة على الأجهزة الشرطية وكيف يمكن لهذه الأخيرة أن تتعامل معها.

المبحث الثالث: الابتكار كأداة لمواجهة CaaS في العمل الشرطي:

يوضح كيف يمكن للأجهزة الشرطية استخدام الابتكارات التكنولوجية مثل الذكاء الاصطناعي والتعلم الآلي لتحليل البيانات الكبيرة ومراقبة الأنشطة الإجرامية المرتبطة بـ*CaaS*، مع استعراض بعض التجارب والدراسات العملية من دول مختلفة.

الخاتمة والنتائج والتوصيات :

تلخص النتائج التي توصلت إليها الدراسة حول فعالية الابتكار الشرطي في مواجهة الجرائم الإلكترونية وتقدم توصيات عملية لتبني التقنيات الحديثة في استراتيجيات العمل الشرطي بشكل أكثر استباقية وكفاءة.

المبحث الأول: الابتكار الشرطي - المفهوم والأهمية

1. **مفهوم الابتكار الشرطي:**

الابتكار في العمل الشرطي يشير إلى استخدام الأفكار والتقنيات والأساليب الجديدة لتحسين قدرة الأجهزة الشرطية على أداء مهامها بكفاءة أعلى، خاصة في مواجهة التحديات الأمنية المعقدة مثل الجرائم الإلكترونية. مع ظهور الجرائم الإلكترونية الحديثة، مثل (CaaS) *Crime as a Service*، أصبحت الحاجة إلى الابتكار ملحة، حيث لم تعد الأساليب التقليدية كافية للتعامل مع هذه التهديدات المعقدة والمتطورة.

الابتكار في العمل الشرطي لا يقتصر على التكنولوجيا فقط، بل يشمل أيضًا تحديث طرق التفكير الاستراتيجي وتبني أنظمة مرنة تستطيع التكيف مع التغيرات السريعة في البيئة الأمنية. يتمثل الابتكار الشرطي في دمج الأساليب الجديدة مع الأهداف الأساسية للأجهزة الشرطية، مثل حماية الأمن العام، مكافحة الجريمة، وتحقيق العدالة.

2. **أهمية الابتكار الشرطي في مواجهة الجرائم الإلكترونية:**

تعتبر الجرائم الإلكترونية من أبرز التهديدات التي تواجه الأجهزة الشرطية في الوقت الحالي، حيث يعتمد المجرمون بشكل متزايد على التكنولوجيا لتنفيذ هجمات معقدة يصعب اكتشافها ومنعها باستخدام الأساليب التقليدية. يأتي الابتكار الشرطي كحل فعّال لتطوير أدوات واستراتيجيات جديدة تساعد في مواجهة هذه التهديدات، خاصة مع ظهور نماذج إجرامية مثل *CaaS* التي تسمح للمجرمين بتقديم خدمات إلكترونية لارتكاب الجرائم.

3. **استخدام التقنيات الحديثة مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات:**

يعد الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة من أبرز الأدوات التي يمكن أن تسهم في تعزيز الابتكار الشرطي. من خلال استخدام الذكاء الاصطناعي، يمكن للأجهزة الشرطية تحسين قدرتها على تحليل كميات هائلة من البيانات بشكل سريع ودقيق، مما يساعد في كشف الأنشطة الإجرامية قبل وقوعها. على سبيل المثال، يمكن استخدام الذكاء الاصطناعي لتحليل البيانات المتعلقة بالنشاط الإجرامي على الإنترنت، والتنبؤ بالجرائم المحتملة بناءً على أنماط سلوك المجرمين.

تحليل البيانات الكبيرة يعد أيضًا عنصرًا مهمًا في الابتكار الشرطي، حيث يمكن استخدامه لرصد الأنشطة غير العادية عبر الإنترنت والتي قد تشير إلى جرائم إلكترونية مثل *CaaS*. تحليل البيانات الكبيرة يمكن أن يوفر رؤى جديدة تساعد في اتخاذ قرارات أكثر استباقية، وبالتالي تحسين قدرة الأجهزة الشرطية على التعامل مع الجرائم الإلكترونية بفعالية أكبر.

4. **أهمية تطوير استراتيجيات شرطية مبتكرة:**

تعتمد الأجهزة الشرطية اليوم على الابتكار ليس فقط لتحسين أدائها، بل أيضًا للتكيف مع التحديات الأمنية المتغيرة. الجرائم الإلكترونية، وخاصة تلك المعقدة مثل *CaaS*، تتطلب تبني استراتيجيات شرطية جديدة تعتمد على التكنولوجيا الحديثة والاستجابة السريعة للتهديدات. من خلال تطوير استراتيجيات مبتكرة، يمكن للأجهزة الشرطية تحسين قدرتها على مواجهة التهديدات الإلكترونية وتقليل تأثيرها على الأمن العام.

تشمل الاستراتيجيات المبتكرة تبني الأدوات التقنية المتطورة، تطوير البرامج التدريبية التي تعزز من مهارات الضباط في التعامل مع الجرائم الإلكترونية، وتعزيز التعاون بين الأجهزة الشرطية والمؤسسات التكنولوجية والخبراء في مجال الأمن السيبراني. كما أن تبني أساليب استباقية بدلاً من الاستجابة بعد وقوع الجريمة يمكن أن يسهم في تقليل الجرائم الإلكترونية بشكل كبير.

5. **النتائج المتوقعة من الابتكار الشرطي:**

من خلال تبني الابتكار الشرطي، من المتوقع تحقيق عدة نتائج إيجابية، بما في ذلك تحسين قدرة الأجهزة الشرطية على كشف الجرائم الإلكترونية والتعامل معها بكفاءة أعلى. كما أن استخدام تقنيات مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة يمكن أن يقلل من الوقت الذي تحتاجه الأجهزة الشرطية لتحليل المعلومات واتخاذ القرارات، مما يؤدي إلى استجابة أسرع وأكثر فعالية. الابتكار الشرطي يمكن أن يسهم أيضًا في تحسين التعاون بين الأجهزة الشرطية على المستوى الدولي، خاصة أن الجرائم الإلكترونية غالبًا ما تتجاوز الحدود الجغرافية. من خلال مشاركة البيانات والتعاون مع جهات إنفاذ القانون الأخرى حول العالم، يمكن للأجهزة الشرطية تعزيز قدرتها على مواجهة الجرائم الإلكترونية بشكل أفضل.

الخلاصة:

الابتكار في العمل الشرطي أصبح ضرورة ملحة لمواجهة التحديات الأمنية الحديثة، خاصة الجرائم الإلكترونية المتطورة مثل *CaaS*. من خلال تبني تقنيات مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة، وتطوير استراتيجيات شرطية مبتكرة، يمكن للأجهزة الشرطية تعزيز قدرتها على مكافحة الجرائم الإلكترونية وتحسين الأمن العام. الابتكار الشرطي ليس مجرد خيار، بل هو ضرورة لتحقيق الأمن في العصر الرقمي الحالي.

المبحث الثاني - Crime as a Service (CaaS): تحديات جديدة للأجهزة الشرطية

1. **مفهوم *Crime as a Service* (CaaS):**

Crime as a Service (CaaS) هو نموذج حديث ومتطور من الجرائم الإلكترونية، حيث يمكن للمجرمين تقديم خدمات وأدوات رقمية مصممة خصيصًا لارتكاب جرائم إلكترونية. يتضمن هذا النموذج مجموعة متنوعة من الخدمات، مثل بيع أو تأجير البرمجيات الخبيثة(malware) ، أدوات القرصنة، وقواعد البيانات المسروقة، مما يتيح لأي شخص، حتى بدون خبرة تقنية كبيرة، القدرة على ارتكاب جرائم إلكترونية معقدة. يتم تسويق هذه الخدمات عبر الإنترنت، وخاصة عبر الويب المظلم، حيث يباع كل ما يحتاجه المجرم لتنفيذ الجريمة بشكل سري وبعيد عن أعين السلطات.

يُمكن لـ CaaS أن يشمل خدمات متعددة، منها:

1. هجمات الحرمان من الخدمة الموزعة
2. مجموعات التصيد الاحتيالي
3. برمجيات الفدية.
4. اختراق الحسابات عبر الإنترنت.

ما يجعل نموذج *CaaS* خطيرًا للغاية هو السهولة التي يوفرها للمجرمين. فبفضل هذه الخدمات، يمكن لمجرم دون خلفية تقنية شراء أدوات متقدمة لارتكاب جرائم إلكترونية معقدة، مما يزيد من أعداد المجرمين المحتملين ويعزز تعقيد الجريمة نفسها.

2. **التحديات الأمنية الجديدة التي تفرضها ظاهرة CaaS:**

يمثل *CaaS* تحديًا كبيرًا للأجهزة الشرطية في جميع أنحاء العالم. من أبرز هذه التحديات هو الانتشار الواسع لهذه الخدمات الرقمية عبر الإنترنت، مما يجعل من الصعب على الأجهزة الشرطية تتبعها أو منعها بشكل فعال. تشمل هذه التحديات:

1. التحول الرقمي للجريمة: الجرائم لم تعد محصورة بالمكان أو الجغرافيا؛ فهي الآن تنتشر عبر الإنترنت، مما يجعل من الصعب مراقبتها والسيطرة عليها. الجرائم الإلكترونية التي تعتمد على *CaaS* لا تقتصر على حدود دولة معينة، بل تنتشر عبر الحدود الدولية، مما يزيد من تعقيد عمليات التحقيق والتنفيذ.

2. التعامل مع التقنيات المتقدمة:الخدمات المقدمة عبر *CaaS* غالبًا ما تكون معقدة وتستخدم تقنيات متقدمة مثل التشفير أو الشبكات المجهولة مثل *Tor* ، مما يصعّب على الأجهزة الشرطية اكتشاف المجرمين أو تحديد هوياتهم. يتطلب التعامل مع هذه التقنيات المتقدمة تطوير مهارات تقنية متخصصة لدى الأجهزة الشرطية.
3. صعوبة تتبع الشبكات الإجرامية:مجرمو *CaaS* يعملون في بيئة سرية ومغلقة عبر الإنترنت، حيث يتعاملون باستخدام عملات مشفرة مثل *Bitcoin* ، مما يجعل من الصعب تتبع الأموال أو تحديد مصادر التمويل. بالإضافة إلى ذلك، يتيح الويب المظلم إخفاء هوية المستخدمين والمجرمين على حد سواء، مما يعقد عمليات المراقبة والرصد.
4. زيادة تعقيد التحقيقات الجنائية:الطبيعة المعقدة للجرائم الإلكترونية تتطلب تعاونًا دوليًا بين الأجهزة الشرطية عبر الحدود. يحتاج التحقيق في الجرائم التي ترتكب عبر *CaaS* إلى تنسيق وثيق بين الدول والوكالات المعنية، مما يزيد من صعوبة وتكلفة التحقيقات.

3. كيفية مواجهة الأجهزة الشرطية لهذه التحديات:

لمواجهة هذه التحديات، يجب على الأجهزة الشرطية تبني أساليب مبتكرة واستراتيجيات متقدمة للتصدي لظاهرة *CaaS*. بعض الاستراتيجيات الفعالة تشمل:

1. استخدام التقنيات المتقدمة مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة:الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة يمكن أن يساعدا في كشف الأنماط الإجرامية وتحديد النشاطات المشبوهة على الإنترنت. يمكن لهذه الأدوات تحليل البيانات بسرعة هائلة وتقديم تنبؤات استباقية حول الجرائم المحتملة. من خلال استخدام هذه التقنيات، يمكن للأجهزة الشرطية التنبؤ بالهجمات الإلكترونية ومواجهتها قبل أن تحدث.
2. تطوير وحدات شرطية متخصصة في مكافحة الجرائم الإلكترونية:يجب أن يكون لدى الأجهزة الشرطية وحدات متخصصة قادرة على التعامل مع الجرائم الإلكترونية المعقدة. هذه الوحدات تحتاج إلى تدريب متخصص في مجال التكنولوجيا والأمن السيبراني، ويجب أن تكون مجهزة بأحدث الأدوات والبرامج لمواجهة تهديدات *CaaS*.
3. التعاون الدولي بين الأجهزة الشرطية:نظرًا لأن الجرائم الإلكترونية تتجاوز الحدود الوطنية، فإن التعاون الدولي بين الأجهزة الشرطية أصبح ضروريًا. يجب تبادل المعلومات والخبرات بين الدول لتنسيق الجهود في مكافحة الجرائم الإلكترونية. بالإضافة إلى ذلك، يجب تطوير شبكات تعاون دولية تُسهل من عمليات التحقيق عبر الحدود.
4. تعزيز التعاون مع القطاع الخاص:شركات التكنولوجيا يمكن أن تكون شريكًا أساسيًا في مكافحة الجرائم الإلكترونية. الأجهزة الشرطية بحاجة إلى التعاون مع شركات الإنترنت ومزودي الخدمات السحابية وشركات التكنولوجيا لتطوير أدوات مراقبة وحلول تقنية مبتكرة لمكافحة *CaaS*. هذا التعاون يمكن أن يساعد في الكشف المبكر عن الأنشطة المشبوهة وتقديم الحلول التقنية المناسبة لتعطيل الأنشطة الإجرامية.
5. تعزيز الوعي والتدريب المستمر:يجب على الأجهزة الشرطية الاستمرار في تدريب أفرادها على أحدث التقنيات وأساليب التحقيق في الجرائم الإلكترونية. الجرائم الإلكترونية تتطور باستمرار، ولذلك يجب أن تكون الأجهزة الشرطية دائمًا على اطلاع على أحدث الأساليب التكنولوجية والجرائم الناشئة.

6. أهمية الابتكار في مكافحة CaaS:

الابتكار هو المفتاح الرئيسي للتغلب على تحديات *CaaS*. الأجهزة الشرطية بحاجة إلى تبني تقنيات جديدة وأفكار مبتكرة لمواكبة التحولات السريعة في الجريمة الإلكترونية. يجب ألا تقتصر هذه الابتكارات على المجال التكنولوجي فقط، بل يجب أن تشمل أيضًا استراتيجيات جديدة في التعامل مع المجرمين الإلكترونيين والتعاون مع جهات مختلفة.

الخلاصة:

ظاهرة *Crime as a Service* (CaaS) تمثل تحديًا معقدًا ومتزايدًا للأجهزة الشرطية حول العالم. تتطلب مواجهة هذا التحدي تبني استراتيجيات مبتكرة تعتمد على استخدام التقنيات المتقدمة والتعاون الدولي. من خلال تعزيز التعاون مع القطاع الخاص وتطوير وحدات شرطية متخصصة، يمكن للأجهزة الشرطية تحسين قدرتها على مواجهة الجرائم الإلكترونية والحد من تأثيرها على الأمن العام. الابتكار في العمل الشرطي ليس خيارًا، بل هو ضرورة في ظل التحولات المستمرة في مجال الجريمة الإلكترونية.

المبحث الثالث: الابتكار كأداة لمواجهة CaaS في العمل الشرطي

1. الابتكارات التكنولوجية في العمل الشرطي:

مع تزايد التحديات التي تفرضها الجرائم الإلكترونية، أصبح الابتكار التكنولوجي جزءًا لا يتجزأ من استراتيجية الأجهزة الشرطية لمكافحة هذه الجرائم *Crime as a Service* (CaaS). يمثل تهديدًا كبيرًا لأن المجرمين يعتمدون على التكنولوجيا لتوفير خدمات متطورة للأفراد أو المنظمات التي ترغب في تنفيذ هجمات إلكترونية. هذا يتطلب من الأجهزة الشرطية تبني تقنيات متقدمة لتحليل هذه الأنشطة واكتشافها والحد منها ، من بين التقنيات الرئيسية التي يمكن أن تعزز العمل الشرطي في مواجهة CaaS:

1. **الذكاء الاصطناعي**:(Artificial Intelligence) يُعد الذكاء الاصطناعي من الأدوات الأكثر فعالية في تحليل البيانات الضخمة وتحديد الأنماط الخفية في الأنشطة الإلكترونية. يمكن للذكاء الاصطناعي أن يساعد الأجهزة الشرطية في تحليل السلوك الإجرامي الإلكتروني بشكل سريع وفعال، وتحديد الأنشطة المشبوهة التي قد لا يتمكن المحققون البشريون من اكتشافها بالطرق التقليدية.
2. **التعلم الآلي**:(Machine Learning) يعتمد التعلم الآلي على تدريب الأنظمة التكنولوجية على التعرف على الأنماط والتكيف مع التغيرات في سلوك المستخدمين. في مواجهة *CaaS*، يمكن للتعلم الآلي تحليل كميات هائلة من البيانات المتعلقة بالنشاط الإلكتروني وتحديد الأنماط غير المعتادة التي تشير إلى وجود جرائم محتملة. مثل هذه الأنظمة قادرة على التنبؤ بالجرائم قبل حدوثها بناءً على السلوكيات السابقة.
3. **تحليل البيانات الكبيرة**:(Big Data Analytics) في عالم الجرائم الإلكترونية، تتولد كميات ضخمة من البيانات يوميًا. تحليل هذه البيانات بشكل فعال يمكن أن يكشف عن أنماط سلوكية إجرامية معقدة. يمكن للأجهزة الشرطية استخدام تقنيات تحليل البيانات الكبيرة لتحديد ورصد الأنشطة الإجرامية على الإنترنت، مما يمكنها من استباق التهديدات والتعامل معها بشكل أسرع.
4. **مراقبة الأنشطة الإجرامية المرتبطة** بـ:CaaS تستخدم الجرائم المرتبطة بـ *CaaS* أساليب معقدة وغالبًا ما تتم عبر الويب المظلم، مما يجعل من الصعب تتبع هذه الأنشطة باستخدام الأدوات التقليدية. من هنا يأتي دور الابتكارات التكنولوجية التي تتيح مراقبة النشاطات الإلكترونية بشكل أكثر دقة وفعالية. يمكن للذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة أن يُسهما في تحسين قدرة الأجهزة الشرطية على مراقبة الأنشطة غير المشروعة في الوقت الفعلي، مثل عمليات بيع البرمجيات الخبيثة أو تنفيذ هجمات DDoS.

على سبيل المثال، يمكن للشرطة استخدام الذكاء الاصطناعي لرصد التحركات على الشبكات المشفرة مثل *Tor*، التي تُستخدم على نطاق واسع في الجرائم الإلكترونية. من خلال تحليل البيانات وتحديد الأنماط المشبوهة، يمكن للأجهزة الشرطية توجيه مواردها بشكل أفضل لمكافحة هذه الأنشطة.

2. استعراض التجارب والدراسات العملية:

تقدم العديد من الدول المتقدمة تجارب ناجحة في مواجهة *CaaS* من خلال استخدام الابتكارات التكنولوجية. فيما يلي بعض التجارب العملية:

أ. **الولايات المتحدة الأمريكية:** في الولايات المتحدة، استخدمت أجهزة إنفاذ القانون الذكاء الاصطناعي لتحليل البيانات الكبيرة المرتبطة بالجرائم الإلكترونية. من خلال جمع وتحليل البيانات من مصادر مختلفة، مثل الشبكات الاجتماعية، والويب المظلم، والبيانات البنكية، تمكنت الوكالات الفيدرالية من الكشف عن أنشطة إجرامية منظمة مرتبطة بـ *CaaS* قبل أن تصل إلى مرحلة التنفيذ.

ب. **المملكة المتحدة:** قامت الشرطة البريطانية بتطوير أنظمة تعتمد على الذكاء الاصطناعي لمراقبة الأنشطة المشبوهة عبر الإنترنت، وخاصةً في الجرائم الإلكترونية التي تُنفذ من خلال *CaaS*. هذه الأنظمة تساعد على الكشف عن الهجمات الإلكترونية المحتملة من خلال تحليل البيانات الواردة من مصادر متعددة وتحديد الأنماط غير الطبيعية.

ج. **فرنسا:** الشرطة الفرنسية اعتمدت على تقنيات تحليل البيانات الكبيرة لتعزيز قدرتها على كشف الأنشطة الإجرامية على الإنترنت، خاصة تلك التي تتم عبر الويب المظلم. هذه التقنية ساعدت على كشف مجموعة من الجرائم الإلكترونية التي تم التخطيط لها من خلال خدمات *CaaS*، وتمكنت الأجهزة الشرطية من تنفيذ عمليات استباقية لتعطيل هذه الأنشطة.

د. **ألمانيا:** في ألمانيا، تم استخدام تقنيات تعلم الآلة للتنبؤ بالهجمات الإلكترونية وتحديد مواقع انتشار البرامج الضارة عبر الإنترنت. ساعدت هذه التقنيات في تحسين قدرة الشرطة على رصد الأنشطة الإجرامية المرتبطة بـ *CaaS* وتعطيل العمليات التي كانت تستهدف البنية التحتية الحيوية.

3. التحديات المرتبطة بتبني الابتكارات التكنولوجية:

على الرغم من الفوائد الكبيرة التي تقدمها الابتكارات التكنولوجية في مكافحة *CaaS*، إلا أن هناك عدة تحديات تواجه الأجهزة الشرطية في تبني هذه التقنيات. من أبرز هذه التحديات:

1. مقاومة التغيير داخل المؤسسات الشرطية: قد تواجه الأجهزة الشرطية صعوبة في التكيف مع التقنيات الحديثة، خاصة أن العديد من هذه الأجهزة تعتمد على أساليب تقليدية في التحقيق والتحليل. يتطلب تبني الابتكارات التكنولوجية تغييرًا في الثقافة المؤسسية ودعمًا من القيادة العليا.

2. نقص التدريب والتأهيل: يتطلب استخدام الذكاء الاصطناعي والتعلم الآلي مهارات تقنية عالية، وهو ما قد لا يكون متاحًا على نطاق واسع داخل الأجهزة الشرطية. لذلك، من المهم تطوير برامج تدريبية متقدمة لتأهيل ضباط الشرطة للتعامل مع هذه التقنيات.

3. التكلفة العالية للتقنيات المتقدمة: قد تكون تكاليف تبني تقنيات الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة مرتفعة، مما يشكل تحديًا أمام الأجهزة الشرطية ذات الميزانيات المحدودة. يتطلب ذلك تخصيص موارد إضافية وضمان استدامة هذه التقنيات في العمل الشرطي.

4. التعامل مع البيانات الشخصية: تتطلب مراقبة الأنشطة الإجرامية عبر الإنترنت جمع وتحليل بيانات شخصية، مما يثير قضايا تتعلق بالخصوصية وحماية البيانات. يجب أن توازن الأجهزة الشرطية بين ضرورة استخدام هذه البيانات وبين الامتثال للتشريعات المتعلقة بحماية الخصوصية.

الخلاصة :

الابتكار التكنولوجي يمثل أحد أهم الأدوات التي يمكن أن تعتمد عليها الأجهزة الشرطية في مكافحة الجرائم الإلكترونية، وخاصة تلك المرتبطة بـ *Crime as a Service* (CaaS). من خلال استخدام تقنيات مثل الذكاء الاصطناعي، التعلم الآلي، وتحليل البيانات الكبيرة، يمكن للأجهزة الشرطية تحسين قدرتها على رصد الجرائم الإلكترونية واستباقها. تجارب الدول المتقدمة تقدم دروسًا قيمة

ISSN:2509-0291

حول كيفية تطبيق هذه الابتكارات في العمل الشرطي، إلا أن التحديات المتعلقة بتكلفة التقنيات، ونقص التدريب، والتعامل مع البيانات الشخصية تستدعي اتخاذ خطوات إضافية لضمان نجاح هذه الابتكارات في مواجهة التهديدات الإلكترونية المتزايدة.

الخاتمة

يمثل الابتكار الشرطي أداة حيوية لمواجهة الجرائم الإلكترونية المتطورة، وخاصة الجرائم المرتبطة بنموذج *Crime as a Service* (CaaS).من خلال تبني تقنيات مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة، يمكن للأجهزة الشرطية تعزيز قدرتها على الاستجابة للتهديدات الأمنية المعقدة بطرق استباقية وفعالة. إن التحول نحو استخدام هذه الابتكارات لا يقتصر فقط على تحسين أداء الأجهزة الشرطية في التعامل مع الجرائم الحالية، بل يمتد ليشمل تعزيز استدامة الحلول الأمنية على المدى البعيد.

إن التحديات التي تواجه الأجهزة الشرطية في تبني الابتكارات التكنولوجية، مثل نقص الموارد البشرية والتكنولوجية، تتطلب استراتيجيات واضحة للتغلب عليها. يتعين على القيادات الأمنية دعم هذه الابتكارات من خلال توفير التدريب والتكنولوجيا اللازمة لتطوير بيئة شرطية مبتكرة. علاوة على ذلك، يلعب التعاون بين الأجهزة الشرطية والمجتمع دورًا حاسمًا في تحقيق النجاح في تطبيق الابتكارات الشرطية، مما يعزز من فعالية الحلول ويزيد من الثقة بين الشرطة والجمهور.

من الضروري أن تتبنى الأجهزة الشرطية آليات تقييم دورية لقياس فعالية تطبيق هذه الابتكارات، بما في ذلك استخدام مؤشرات أداء واضحة لمتابعة التحسينات والتحولات التي تحدث بفضل هذه الابتكارات. هذا القياس المستمر سيساهم في تحسين الأداء الشرطي بشكل عام، مع توفير الفرص لتعديل الاستراتيجيات وفقًا للنتائج المحققة.

النتائج:

1. أظهرت الابتكارات التكنولوجية، مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة، قدرتها على تحسين فعالية العمل الشرطي في رصد الأنشطة الإجرامية المرتبطة بـ *CaaS* بشكل كبير، من خلال تعزيز استباقية الأجهزة الشرطية.
2. يواجه تطبيق الابتكارات التكنولوجية في العمل الشرطي تحديات تتعلق بالتكيف الثقافي والتدريبي، مما يستلزم إجراءات مستمرة لتطوير المهارات والموارد البشرية اللازمة.
3. أدى استخدام هذه الابتكارات إلى تحسين قدرة الأجهزة الشرطية على مواجهة الجرائم الإلكترونية المعقدة، من خلال تحليل البيانات بشكل أكثر كفاءة واكتشاف الأنشطة الإجرامية في مراحل مبكرة.
4. تعزيز التعاون بين الأجهزة الشرطية والمجتمع أسهم بشكل كبير في تحسين فعالية الابتكارات التكنولوجية المطبقة، مما زاد من استدامة الحلول الأمنية وتوطيد العلاقات بين الشرطة والجمهور.
5. لتطبيق هذه الابتكارات بفعالية، يجب على الأجهزة الشرطية تخصيص موارد كافية للتدريب والتكنولوجيا، وتطوير ثقافة تنظيمية داعمة للابتكار، مع التركيز على تحسين القدرات التقنية لضباط الشرطة.

التوصيات:

1. تبني الابتكارات التكنولوجية، مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات الكبيرة، كجزء أساسي من استراتيجيات العمل الشرطي لتحسين القدرة على مواجهة الجرائم الإلكترونية.
2. تعزيز برامج التدريب المستمر لتطوير مهارات ضباط الشرطة في التعامل مع الابتكارات التكنولوجية وتطبيقها في سياق التحقيقات والعمليات الأمنية اليومية.
3. تشجيع القيادات الشرطية على دعم التغيير الثقافي وتطوير بيئة عمل مبتكرة، مع تعزيز التكيف مع الأدوات التكنولوجية الحديثة لتحسين الأداء الأمني.
4. تعزيز التعاون مع المجتمع والقطاع الخاص لضمان تبني حلول مبتكرة بشكل مستدام وفعال، مما يساهم في تطوير استراتيجيات أكثر شمولية لمكافحة الجرائم الإلكترونية.

5. إجراء تقييمات دورية لقياس مدى فعالية الابتكارات التكنولوجية المطبقة، وتعديل الاستراتيجيات الأمنية بناءً على النتائج المحققة لضمان الاستمرارية والتحسين.

المراجع:

1. Anderson, M., et al. (2023). *Policing the Dark Web: Innovations in Fighting Crime as a Service (CaaS)*. Cybersecurity Journal, 45(2), 210-225.
2. Garcia, J., & Thomas, P. (2024). *Proactive Measures against Cybercrime: A Focus on Crime as a Service (CaaS)*. Journal of Digital Crime, 32(1), 130-145.
3. Miller, D., & Brown, T. (2023). *Innovation in Law Enforcement: Adapting to Crime as a Service (CaaS)*. International Review of Law and Technology, 20(3), 310-328.
4. Smith, A., & Johnson, K. (2022). *The Role of Artificial Intelligence in Combating Cybercrime: A Case Study of Crime as a Service (CaaS)*. Journal of Cybersecurity Research, 18(4), 98-115.
5. Wilson, R., & Green, L. (2024). *Cybersecurity and Law Enforcement: Addressing Crime as a Service (CaaS) through Collaboration*. Cybersecurity Studies Quarterly, 41(2), 77-94.
6. Europol. (2023). *Cyber-attacks: The Apex of Crime-as-a-Service (IOCTA 2023)*. Europol. Retrieved from https://www.europol.europa.eu/publication-events/main-reports/cyber-attacks-apex-of-crime-service-iocta-2023
7. Butler, R. (2023). *The Future of Law Enforcement Rests in Its Technology Investment*. Thomson Reuters Institute. Retrieved from https://www.thomsonreuters.com/en/resources/articles/the-future-of-law-enforcement.html
8. Jones, P. (2021). *Revolutionizing the Force: How Modern Technology Is Shaping Law Enforcement*. American Police Training, 27(1), 88-102.
9. Wilson, D., & Green, P. (2023). *Fostering Innovation in U.S. Law Enforcement: Identifying High-Priority Technology and Other Needs*. RAND Corporation. Retrieved from https://www.rand.org/pubs/research_reports/RRA382-1.html
10. Deloitte. (2024). *The Changing Ecosystem of Policing and the Future of Law Enforcement*. Deloitte Insights. Retrieved from https://www2.deloitte.com/en/insights/policing-and-law-enforcement

تطبيق مبدأ شخصية العقوبة وتفريدها على المحاسب العمومي

Application the principle of personality and individualisation penalties to public accountants

الدكتورة : لبنى الحـــيـــمـــر
حاصلة على الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية جامعة محمد الخامس

الملخص:
إذا كان مجال البت في الحسابات يتميز بالطابع الموضوعي، بحيث إن القاضي المالي يتأكد من النتيجة النهائية للحسابات المدلى بها، ومدى مطابقتها للوثائق والمستندات، فإنه في مجال التأديب المالي يتمتع هذا القاضي بدور كبير في تطبيق مبدأ شخصية العقوبة وتفريدها بحسب الظروف والملابسات المحيطة التي يمكن الأخذ بها كظروف للتخفيف، أو كظروف مشددة تستلزم إنزال أقصى العقوبات.
وهكذا، وخلال بت القاضي المالي في القضية المعروضة أمامه، يطبق الحد الأدنى للغرامة إذا تبين له من وقائعها ظروفا للتخفيف يجب مراعاتها. أما إذا تبين له وقائع تستد عي ضرورة التشديد في العقوبة، فإنه يطبق الحد الأقصى.
الكلمات المفاتيح:
المحاسب العمومي- البت في الحسابات- التأديب المالي – شخصية العقوبة – ظروف التشديد – ظروف التخفيف

Abstract :
While the field of deciding on accounts is characterised by an objective nature, as the financial judge ascertains the final result of the accounts presented and their conformity with the documents, in the area of financial discipline, this judge has a major role in applying the principle of personalisation and individualisation of the penalty according to the circumstances and surrounding circumstances that can be considered as mitigating circumstances or as aggravating circumstances requiring the imposition of the maximum penalties.
Thus, while deciding on the case, the financial judge applies the minimum fine if the facts show that there are mitigating circumstances that must be taken into account. However, if he finds facts that make it necessary to increase the penalty, he applies the maximum penalty.
Keywords :
Public account – audit of accounts - Financial discipline - personality of penalties - aggravating circumstance- extenuating circumstances

مقدمة:
تشكل المسؤولية المالية والشخصية للمحاسب العمومي امتدادا لمبدأ حصرية المهام الموكولة إليه، حيث يتعين عليه إرجاع المبالغ المصرح بها كمستحقات للجهاز العمومي المعني من أمواله الخاصة متى أخل بواجباته الرقابية عند تنفيذ العمليات المتعلقة بالتحصيل، دون تقديم تبرير كتابي للمخالفات المسجلة في حسابه. وتعتبر هذه المسؤولية انعكاسا لمبدأ شرعية التدبير العمومي،

ومظهرا أساسيا لحماية الأموال العامة. فهي تقوم بمجرد الإخلال بالالتزامات الوظيفية في التدبير أو عدم التقيد بالقوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

وإذا كان مجال البت في الحسابات يتميز بالطابع الموضوعي، بحيث إن القاضي المالي يتأكد من النتيجة النهائية للحسابات المدلى بها، ومدى مطابقتها للوثائق والمستندات، فإنه في مجال التأديب المالي يتمتع هذا القاضي بدور كبير في تطبيق مبدأ شخصية العقوبة وتفريدها بحسب الظروف والملابسات المحيطة التي يمكن الأخذ بها كظروف للتخفيف، أو كظروف مشددة تستلزم إنزال أقصى العقوبات.

وعلى خلاف مبدأ تفريد العقوبة، يقصد بمبدأ شخصية العقوبة عدم جواز توقيع العقوبة إلا على مرتكب المخالفة أو الجريمة، وبالتالي لا يجب أن تمتد إلى الأشخاص الآخرين. وقد كرس القانون الجنائي المغربي هذا المبدأ حيث منح للقاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة وتفريدها في نطاق الحدين الأدنى والأعلى المقررين في القانون المعاقب على الجريمة، مراعيا في ذلك خطورة الجريمة المرتكبة وشخصية المجرم[1357]. ويعتبر المبدآن معا: مبدأ شخصية العقوبة ومبدأ تفريد العقوبة، عنصران متلازمان عند البت في الدعاوى الزجرية، حيث يتمتع القاضي بكامل السلطة التقديرية في تحديد العقوبة التي يراها مناسبة لتحقيق الردع العام والردع الخاص المستهدف.

ويقتضي مبدأ تفريد العقوبة تطبيق مقدار ونوع العقوبة بما يتناسب والحالة المعروضة حسب جسامة الفعل المرتكب تبعا لمعايير ومقاييس كفيلة بتحقيق فعالية العقوبة، والأهداف المتوخاة من إقامة الدعوى، مع الأخذ بعين الاعتبار عوامل شتى تحيط بالفعل المخالف للقانون، وكذا ظروف ودوافع ارتكابه، ودرجة مسؤولية مرتكب الفعل[1358].

وعلى عكس مجال المسؤولية الجنائية التي تعتمد على مبدأ الثنائية في تحديد الأعذار القانونية من حيث آثارها، حيث يتم التمييز بين الأعذار المعفية الواردة في القانون على سبيل الحصر، والتي يترتب عنها عدم معاقبة المخالف بالرغم من ثبوت الجريمة وقيام مسؤوليته بشأنها من جهة، والأعذار المخففة التي تفضي إلى التخفيف من العقوبة من جهة أخرى، فإن القضاء المالي كرس مبدأ التفريد القضائي للغرامة من خلال وضع حد أدنى وحد أقصى لا تجاوزهما راسما بذلك حدودا للسلطة التقديرية للقاضي المالي لا يمكن تجاوزها.

وهكذا، وخلال بت القاضي المالي في القضية المعروضة أمامه، يطبق الحد الأدنى للغرامة إذا تبين له من وقائعها ظروفا للتخفيف يجب مراعاتها (الفرع الأول). أما إذا تبين له وقائع تستدعي ضرورة التشديد في العقوبة، فإنه يطبق الحد الأقصى (الفرع الثاني).

وتنوع ظروف التخفيف والتشديد هو انعكاس أصيل للمجال الواسع للأجهزة العمومية الخاضعة لاختصاص التأديب المالي بحكم تنوع أشكالها القانونية وأنشطتها، وإكراهات ومخاطر تدبيرها. ولهذا، فقد دأب المجلس الأعلى للحسابات في قراراته الصادرة في مجال التأديب المالي منذ سنة 2009، عند الاقتضاء، على إبراز الظروف المحيطة بالملف، وأخذها بعين الاعتبار في تقديره لمبلغ الغرامة المحكوم بها، حيث تخصص النقطة الرابعة من القرار لتناول هذه الظروف تحت عنوان "حول الإطار العام للأفعال موضوع المتابعة"[1359].

وهكذا وعلى ضوء ما سبق، تنجلي لدينا إشكالية محورية مفادها: إلى أي حد كان المشرع صائبا في رسم حدود لتطبيق مبدأ شخصية العقوبة على المحاسب العمومي؟

لمقاربة هذه الإشكالية، سنقسم ورقتنا البحثية إلى محورين رئيسيين هما:

المحور الأول: حدود اعتماد ظروف التخفيف في تطبيقات القضاء المالي

1357. حسب الفصل 141 من مجموعة القانون الجنائي الصادر بتنفيذها الظهير الشريف 1.59.413 في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) كما وقع تعديله وتتميمه.

1358. عبد الواحد العلمي. المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي. الجزء الثاني. مطبعة النجاح الجديدة. البيضاء. 1999. ص: 48

1359. انظر قرارات المجلس الأعلى للحسابات في مادة التأديب المالي. قرارات منشورة في موقع المجلس.

المحور الثاني: تشديد العقوبة: آلية للحد من تجريم الحياة العامة والإدارية

وعلى ضوء الإشكالية المحورية، والتساؤلات المتفرعة عنها، حاولنا مقاربة الموضوع بالاعتماد على المنهجين الاستقرائي والاستنباطي كأرضية من خلال الاعتماد على تحليل مختلف المعطيات، وإعادة تركيبها، مع إبداء ملاحظات واستنتاجات بشأنها. أما المنهج المقارن فجاء في بعض المواطن فقط من أجل المقارنة والاستدلال مع ما هو معمول به في النظام القضاء المالي الفرنسي.

الفرع الأول: حدود اعتماد ظروف التخفيف في تطبيقات القضاء المالي

مقابل ظروف التشديد، تكاد جميع أحكام القضاء المالي المغربي والفرنسي لا تخلو من الإشارة إلى ظروف التخفيف[1360] المحيطة بالمخالفات المرتكبة التي راعتها الهيآت عند تقديرها للعقوبات. فهي غير ملزمة بتعليل قرارها إذا رفضت منح ظروف التخفيف، وإنما تكون ملزمة بالتعليل في حالة منحها[1361].

والقاضي المالي لابد وأن يلتزم بعاملي الخطورة والتكرار[1362]. فمتى افتقدت المخالفات المرتكبة لهذين العاملين أمكن تمتيع المتابع بظروف التخفيف (الفقرة الأولى) حماية للنظام المالي العمومي بشكل عام، وكذا المحاسبين العموميين الذين يجدون أنفسهم في إطار بنيات يمارسون في إطارها مجموعة من الاختصاصات، وفقا لمساطر وقواعد متعددة، إن لم نقل معقدة، ويخضعون في ذات الوقت لمجموعة من الأشكال الرقابية المتنوعة لا من حيث الموضوع ولا من حيث التوقيت الزمني المخصص لها. لذلك دأب الاجتهاد القضائي على تمتيع هذه الفئة، وكافة المدبرين العموميين، بظروف التخفيف كآلية للحد من الإكراهات القانونية والعملية التي يواجهونها، وهو بذلك يختلف عما هو معمول به في فرنسا الذي يضع إمكانية تحويل هذه الظروف في حالة تعددها برسم المخالفة الواحدة أو الفعل الواحد، إلى أعذار معفية من المسؤولية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تطبيقات ظروف التخفيف في القضاء المالي

لقد دأب القاضي المالي في كل من المغرب وفرنسا على مراعاة مجموعة من ظروف التخفيف عند تقديره لمبالغ الغرامات. وهكذا اعتبرت الممارسات غير القانونية التي قام بها محاسبون عموميون متابعون من أجل استخلاص والتصرف في أموال جهاز عام دون التوفر على الأهلية القانونية لذلك ظروفا مخففة، لكونها كانت تنفذ تحت الإشراف الإداري للرؤساء المتعاقبين على المؤسسة وفق مسطرة غير كتابية، ولم يثبت أن اعترضت عليها الجهة الوصية أو وزارة المالية. كما أنه تم التوقف عن هذه الممارسة بمجرد إحداث وكالة المداخيل[1363]. وقد يتعلق الأمر بارتباط المخالفة بممارسة متواترة منذ زمن بعيد، وحداثة تجربة المتابع في مجال التدبير المالي العمومي، خصوصا في حالة عدم استفادته من أي تكوين في مجال المحاسبة. هذا إلى جانب إشكالات تتعلق بصعوبة تطبيق

1360. تتشابه الظروف القضائية المخففة للعقوبة مع الأعذار القانونية في الغاية، فكلاهما يؤديان إلى التخفيف من العقوبة. لكنهما يختلفان من حيث الأساس القانوني، فالأعذار أوردها المشرع في القانون على سبيل الحصر، بينما الظروف المخففة للعقوبة لم ترد في القانون ولكن ترك أمرها إلى القاضي حسب ظروف كل حالة ما لم يوجد نص قانوني يمنع ذلك. ومن جهة أخرى فالأعذار القانونية يترتب عنها تغيير في وصف الفعل المخالف. مثلا في المادة الجنائية يمكن تحويل جناية إلى جنحة. اما في تطبيق الظروف المخففة فلا ينتج تغيير في وصف الفعل المخالف.

1361. قرار عدد 528 بتاريخ 29 مارس 1979 . قرار منشور بمجلة المحاكم المغربية. عدد 38. يوليوز غشت 2011. ص: 71

1362. المشار إليهما في المادة 66 من مدونة المحاكم المالية.

1363. القرار رقم 2010/53/ت.م.ش.م الصادر في فاتح يوليوز 2010 في القضية رقم 101/2006 المتعلق بمؤسسة عمومية.

المساطر، وضغط العمل، وكثرة المهام، وقلة الموارد البشرية[1364]. كما اعتبر القاضي المالي أن اتسام المخالفات بطابع شكلي ومسطري، وعدم إلحاقها أي ضرر بمالية المؤسسة العمومية، يعد ظرفا للتخفيف يجب مراعاته أثناء تقرير مبلغ الغرامة[1365].

كما يمتد منح ظروف التخفيف إلى المخالفات التي ارتكبها محاسب عمومي ورث وضعية إدارية وجبائية هشة، بحيث وجد مجموعة من الديون العمومية في طور الاستخلاص عند توليه المسؤولية، وكانت المساطر المتبعة تشوبها عدة عيوب خصوصا عندما يعاني الجهاز المعني من قلة الموارد البشرية، وضعف تكوينها، إن لم نقل انعدام تكوينها في مجال التحصيل. كما أن متابعة المعني بالأمر جنائيا بنفس الأفعال موضوع دعوى التأديب اعتبر في حد ذاته ظرفا للتخفيف. فيما كرس الاجتهاد القضائي الفرنسي أن صدور عقوبات في حق المعني بالأمر برسم نفس الأفعال سواء في المادة الجنائية، أو في حالة تراكم العقوبة الجنائية والعقوبة التأديبية أو المدنية تعتبر من ظروف التخفيف [1366].

فيما اعتبر القاضي المالي أن عدم حصول المحاسب العمومي على أية منفعة شخصية بسبب ارتكاب المخالفة، أو كون المخالفة لا تمس بنزاهة المعني بالأمر، أو ثبوت حسن نيته ظروفا للتخفيف. وقد يتعلق الأمر كذلك بقصر المدة التي تسلم فيها مهامه، والتي اتسمت بكثرة المهام وكثافة النشاط، أو عدم توفره على المؤهلات المهنية الكافية لممارسة الوظيفة المسندة إليه بحكم حداثة تعيينه في المنصب[1367]. وفي نفس النطاق اعتبر المجلس المبرر الذي تقدم به محاسب عمومي متابع في إطار التأديب المالي، والمتمثل في غياب الوسائل البشرية واللوجستيكية اللازمة لممارسة مهامه ظرفا مخففا للمسؤولية[1368]. فيما رفضت محكمة التأديب المالي الفرنسية منح محاسب عمومي ظروف التخفيف التي طالب بها تحت مبرر عدم تدخل السلطة المكلفة بالمراقبة القانونية، وسلبية موقف سلطة الوصاية، معتبرة أن المراقبات اللازمة تندرج ضمن مسؤولياته دون اشتراط تدخل سلطات أخرى[1369].

وعموما، يلاحظ بشأن ظروف التخفيف بشكل عام أنها تتخذ في واقع الأمر شكل أخطاء مرفقية تبرز أسباب ارتكاب المخالفات أكثر من عناصرها المادية، ولا تقيم أهمية للتمييز بين دور المتابعين مادام أنها تتشابه سواء من حيث الأفعال موضوعها، أو بالنظر إلى

1364. في ذات السياق تمت منح متابع ظروف التخفيف لأنه "ركز خلال جميع مراحل سريان الدعوى، على الظروف الصعبة التي كان يشتغل فيها (...)خاصة صعوبة تطبيق المساطر الجاري بها العمل ، وضغط العمل وكثرة المهام (...) سيما أمام قلة الموارد البشرية (..)؛ وأنه لم يتلق أي تكوين في مجال المحاسبة العمومية، وحيث إن هذه الوقائع تشكل ظروفا للتخفيف لفائدة المتابع...".

قرار عدد 2012/24ب/ت.م.ش.م بتاريخ 20 يونيو 2012 الصادر في القضية عدد 120.2010/ت.م.ش.م . قرارات صادرة عن المجلس الأعلى للحسابات في مادة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية. السنة: 2015. ص: 68

1365. "وحيث أن المعني بالأمر وإن لم يطبق البنود (...) بشأن خصم الغرامات من مبالغ كشوفات الحساب المؤقتة الموالية مباشرة لمعاينة التأخير في الإدلاء ببعض الوثائق، إلا أنه في المقابل استدرك الأمر بخصم مبالغ الغرامات المذكورة من مبالغ كشوفات الحساب المؤقتة اللاحقة؛ وحيث إن المخالفات المرتكبة تتسم بطابع شكلي ومسطري، ولم يترتب عنها ضرر مالي للمؤسسة. وحيث متعت الهيأة المعني بالأمر بظروف التخفيف".

قرار 2013/27/ت.م.ش.م الصادر في القضية عدد 2010/121/ت.م.ش.م المتعلق بمؤسسة عمومية. قرارات صادرة عن المجلس الأعلى للحسابات في مادة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية. السنة: 2015. ص:142.

1366 - Cour de discipline budgétaire et financière, du 28 septembre 1994, publié au recueil Lebon

1367 - CDBF. 26 avril 1982 " considérant que M.Z ...qui n'était agé que vingt-six ans à l'époque des faits, avait été désigné comme comptable public alors qu'il était dépourvu de toute formation et de toute expérience administrative...".

CDBF - Arrêt - 26/04/1982 - Institut universitaire de technologie de Belfort - n° 44-103

1368. القرار 2013/32/ ت.م.ش.م الصادر بتاريخ 13 دجنبر 2013 في القضية رقم 2010/104/ت.م.ش.م. قرارات صادرة عن المجلس في مادة التأديب المالي سنة 2015. ص: 163.

1369 - CDBF, 20 mars 2012 "considérant que M.Z ...invoque le défaut d'intervention de l'autorité en charge du contrôle et de légalité et la passivité des autorités de tutelle, que cependant, le comptable public, chargé de garantir l'usage régulier des fonds publics et la conformité des opérations aux règles de la comptabilité publique, sans que ce soit nécessaire l'intervention d'une quelconque autorité, d'accomplir son office.....qu'ainsi M.Z ne peut bénéficier de circonstances atténuantes...".

CDBF, Première section, Arrêt du 20 mars 2012, «Centre hospitalier de Marigot à Saint Martin (Guadeloupe) », N° 181-587

ملابسات ارتكابها. في حين يشكل المتابعون المعنيون المتغير الوحيد إن على مستوى مواقعهم الوظيفية، أو الأدوار التي قاموا بها في ارتكاب المخالفات موضوع المساءلة[1370].

الفقرة الثانية: إشكالية تطبيق الأعذار المعفية في مجال التأديب المالي

على خلاف المادة الجنائية التي تناولت الأعذار المعفية من العقاب عبر مجموعة من الفصول[1371]، فإن مدونة المحاكم المالية لم تتضمن أي مقتضى بهذا المعنى. وقد أصبح هذا التطبيق يطرح بإلحاح كبير على القاضي المالي المغربي مراعاة لخصوصيات التدبير العمومي الذي قد تشوبه نقائص تفرض ضرورة غض الطرف عن بعض المخالفات، ضمانا لمبدأ الاستمرارية في أداء الخدمات العمومية المكرسة دستوريا، خاصة في غياب الحلول القانونية وتراكم ظروف التخفيف. أما محكمة التأديب المالي الفرنسية، فقد متعت محاسبا عموميا بالأعذار المعفية من المسؤولية نظرا لكون المخالفات المرتكبة كانت آنية ولم تكن متواترة، وبررتها الصعوبات المرتبطة بسير المرفق العمومي.

وقد تم تطبيق هذا المبدأ بشكل كبير في الجانب المتعلق بالنفقات دون الجانب المتعلق بالتحصيل، وفي هذا الإطار تم تمتيع محاسب عمومي بالأعذار المعفية رغم ما تتسم به المخالفات المرتكبة من خطورة، حيث اعتبر القضاء المالي أن الأمر يتعلق بمخالفات مرتبطة بضمان استمرارية المرفق العام. وقد حدد شروط الاستفادة من الأعذار المعفية فيما يلي: ألا تكون المخالفة متواترة ومستمرة من حيث الزمن، وأن يتم إخبار السلطات المعنية بها كالمجلس الإداري، والهيئات التداولية وسلطة الوصاية. بالإضافة إلى عدم إمكانية ضمان استمرارية المرفق دون ارتكاب هذه المخالفة نظرا لغياب حلول قانونية[1372].

الفرع الثاني: تشديد العقوبة: آلية للحد من تجريم الحياة العامة والإدارية

ترتبط ظروف التشديد التي تتم مراعاتها عند تحديد مبلغ الغرامة المراد الحكم بها في مادة التأديب المالي بالظروف الشخصية ووضعية مرتكب المخالفة، وكذا الظروف المحيطة بالأفعال المرتكبة سواء تعلق الأمر بالظروف العينية أو المادية. مع الأخذ بعين الاعتبار النتائج المالية والقانونية المترتبة (الفقرة الأولى).

وتتشابه مخالفات التأديب المالي عندما يتعلق الأمر بظروف التشديد مع الركن المعنوي للجرائم المتصلة بالاعتداء على الأموال العمومية، لكن مع مفارقة بسيطة مفادها أن ثبوت هذا الركن لا يشكل شرطا أساسيا لقيام هذه المخالفات، بل يتم الأخذ بعين الاعتبار ملابسات ارتكابها. وهذا ما يتيح إمكانية تطبيق مبدأ قابلية المساءلة عن نفس الفعل مرتين كخاصية مميزة من خاصيات تدبير المالية العمومية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العوامل المشددة لعقوبة الغرامة في مجال التأديب المالي

عندما تتسم المخالفات المرتكبة بالخطورة، فإن القاضي المالي لا بد وأن يحكم على مرتكبها بغرامات ذات مبالغ مرتفعة. وخطورة المخالفات تجد أساسها في ظروف مختلفة نادرا ما يتم إيرادها في القرارات بشكل صريح، بل تستشف فقط من حيثيات القضية. وترتبط هذه الظروف المحيطة إما بشخصية مرتكب المخالفة ووضعيته داخل الجهاز المعني، وإما بالظروف المادية أو العينية.

وهكذا، فبالنسبة للظروف المرتبطة بشخصية مرتكب المخالفة، فهي تضم مختلف العوامل المرتبطة بشخصه، وطبيعة مهامه، ووضعيته داخل الجهاز المعني. وعليه، فلا يمكن لمحاسب عمومي أن يرتكب مخالفة لمبادئ وقواعد الميزانية والمحاسبة العمومية

1370. العربي بجيجة. مطلب الحكامة في عمل المجلس الأعلى للحسابات. دراسة مقارنة. م س. ص: 86

1371. ورد تعريف الاعذار مع الإشارة إلى خصائصها من خلال المادة 143 من القانون الجنائي.

أما بالنسبة للأعذار المعفية فقد تم تناولها من خلال الفصول 541، 548، 211، 196، 296، 297، 295 من نفس القانون.

1372- Christophe Pierucci. Une responsabilité à raison de gestion public. Note de jurisprudence sous CE, 30 mai 1998, Lorenzi, RFFP, N°1999. P : 394

في مجال اكتسب فيه تجربة طويلة وخبرة واسعة، خصوصا عندما تتناسب المهام المسندة إليه ومستواه التعليمي والتكوين الذي تلقاه[1373].

وفي هذا الإطار، اعتبر المجلس الأعلى للحسابات في المغرب ظروفا للتشديد التسيير السيء للمرفق، والإهمالات المتوالية[1374] والتي كانت سببا في ارتكاب مجموعة من المخالفات[1375]، وكذا التقاعس الكبير عن إتمام الواجبات المهنية[1376]. كما اعتبر المنفعة الشخصية التي حصل عليها المتابع نتيجة ارتكاب المخالفة من العناصر الأساسية المحددة للغرامة، فغالبا ما يلازمها سوء النية، الأمر الذي يستلزم ضرورة تشديد العقوبة بهدف تحقيق الردع والمساهمة في تخليق الحياة العامة الإدارية.

وتجد خطورة الأفعال المرتكبة، والتي تقضي التشديد في العقوبة، مصدرها في القواعد التي تم الإخلال بها، حيث يميز القاضي المالي في هذا الإطار بين القواعد الشكلية البسيطة التي تعكس روح النصوص القانونية والمبادئ الأساسية الكبرى التي تؤطر عمل المحاسب العمومي، كما هو الشأن بالنسبة لاستحقاق الأموال العمومية وإتلاف الوثائق المثبتة. ويندرج في نفس الإطار، إغفال محاسب عمومي دفع الشيكات لتحصيل مبالغها الذي يعتبر مخالفة ذات خطورة خاصة[1377].

ويتضح من خلال التقرير التركيبي لمختلف القواعد المؤطرة لعمل المجلس أن معظم ظروف التشديد تهم بالدرجة الأولى مجال النفقات خصوصا مجال الصفقات العمومية، دون مجال التحصيل. حيث إن معظم القرارات الصادرة عن هذا المجلس والتي تهم المحاسبين العموميين إما تشير إلى تمتيعه بظروف التخفيف، وإلا أصدر المجلس قراره معلنا عدم تمكينه من ظروف التخفيف دون الحديث عن ظروف التشديد.

<u>الفقرة الثانية:</u> صور التقاطع بين المخالفات المستوجبة للتأديب المالي مع الجرائم المتصلة بالاعتداء على الأموال العمومية

إن المخالفات المستوجبة للمسؤولية في مادة التأديب المالي والتي تتسم بالخطورة لا تختلف، من حيث الجوهر، عن الجرائم ذات الصلة بالأموال العمومية. وعليه يمكن تفسير الغرامات الصادرة عن المجلس في مادة التأديب المالي[1378]، بطبيعة المخالفات التي تم البت فيها إلى حد الآن من طرف القضاء المالي المغربي، والتي تتعلق جلها بأخطاء ومخالفات لقواعد قانونية، وكأن الأمر يتعلق بمعيار ضمني تحال بموجبه القضايا التي تنطوي على أفعال خطيرة على القاضي الجنائي. في حين تتم معالجة المخالفات الأخرى

1373 -"Constitue des éléments de circonstances aggravantes, le fait pour une personne poursuivie d'avoir causé un retard dans le paiement des sommes dues à un cocontractant et avoir fait, ainsi, supporter des intérêts moratoires au budget d'un organisme public, en raison des carences dans son rôle de suivi de l'exécution de travaux". Arrêt N° 19/2017. Ch DBF. https://www.courdescomptes.ma/wp-content/uploads/2019/04/Regles-tirees-des-arrets-DBF-FR.pdf

- " Constitue une circonstance aggravante le fait, pour un ingénieur chargé par le maitre d'ouvrage d'effectuer le suivi de l'exécution des travaux, d'avoir certifié les décomptes et les PV de réception sans s'être assuré de la réalisation effective de la totalité des travaux contractuels".

Arrêt n° 19 /2017/ Ch DBF

1374- Même principe adopte par la cour des comptes en France " La CDBF retient comme circonstances aggravantes le caractère répété et particulièrement caractérisé des manquements aux règles de la commande publique et condamne (...) à une peine d'amende de 1 500 euros".

(CDBF, 3 mai 2018, n° 220-783). Rapport au président de la République 2019, Cour de discipline budgétaire et financière.

1375 -" Constituent des circonstances aggravantes, la mauvaise gestion et les négligences répétées qui ont été à l'origine des infractions commises au titre de plusieurs marchés dont les montants sont très importants. Ainsi que le fait que ces défaillances étaient devenues des pratiques courantes non exceptionnelles ou dues à des circonstances imprévisibles".

Règles tirées des arrêts rendus par la chambre de discipline budgétaire et financière. Publié dans le site de la cour des comptes. P :16/17

1376 -"Par conséquent constituent des éléments de circonstances aggravantes, le fait pour le maitre d'ouvrage, en raison des actes de mauvaise gestion et des irrégularités commises par négligence lors de la préparation et de l'exécution des marchés conclus par ses soins, d'avoir dépensé des sommes très importants pour acquérir des équipements dont une grande partie est restée emballée et inexploitée".

Règles tirées des arrêts rendus par la chambre de discipline budgétaire et financière. Publié dans le site de la cour des comptes. P :16/17

1377 -CDBF, 16 mars 1988 « pour un comptable....le fait d'avoir omis de remettre des chèques à l'encaissement constitue une faute particulièrement grave.... ».

1378. كما كشفت عن ذلك الممارسة القضائية في هذا المجال.

العادية أو التي لا ترقى إلى مستوى الجرائم، أي التي لا تتسم بخطورة كبيرة، أمام القاضي المالي في مادة التأديب المالي، واستثناء في مجال التسيير بحكم الواقع[1379].

وأمام تنامي النقاش حول مصير الملاحظات التي يتم نشرها في التقارير السنوية[1380] للمجلس الأعلى للحسابات، ومطالبة الرأي العام بضرورة المساءلة الجنائية لكافة المدبرين العموميين، ومن ضمنهم طبعا المحاسبين العموميين، لشعورهم بعدم وجود الوسائل القانونية الزجرية لناهبي المال العام أو ضعفها، كان من اللازم إحداث أقسام الجرائم المالية ببعض محاكم الاستئناف بالمملكة[1381]، وتكوين لجنة استشارية من طرف وزارة العدل والحريات تنكب على دراسة هذه التقارير، وإبداء الرأي فيها، وفرز الملفات التي تقتضي فتح تحقيق قضائي في إطار مقاربة جديدة للتعامل معها، من خلال تفعيل المعطيات القانونية التي تعطي للنيابة العامة حق المبادرة في مباشرة الإجراءات الضرورية للبحث عن مرتكبي المخالفات للقانون الجنائي[1382].

والحقيقة أن الأحكام الصادرة عن المحاكم المالية لا يكون لها سوى قوة نسبية للشيء المقضي به مقارنة مع قرارات القاضي الجنائي التي تكتسي قوة مطلقة[1383]، مما يستدعي إلزامية خلق آليات التنسيق بين القاضي المالي والقاضي الجنائي. فمدونة المحاكم المالية خصت العلاقة بين المحاكم المالية الجهوية والمحاكم الزجرية بفقرة وحيدة تنص على حالة ثبوت أفعال يظهر أنها قد تستوجب عقوبة جنائية، حيث يتم إخبار الوكيل العام للملك الذي يتولى رفع القضية من تلقاء نفسه، أو بإيعاز من الرئيس الأول إلى وزير العدل لإجراء المتابعة[1384]. أما المحاكم الجهوية للحسابات[1385] فلا تتوفر على صلاحية الإحالة المباشرة للقضايا والأفعال ذات الطابع الجنائي على المحاكم العادية.

وباستعراض بعض النماذج للمخالفات التي يمكن أن تكون موضوع متابعة أمام الجهازين، أي المحاكم المالية الجهوية والمحاكم العادية، تتضح لنا أوجه التقاطع بين المسؤولية في ميدان التأديب المالي والمسؤولية الجنائية. وبخصوص التقارير الصادرة عن المجلس الأعلى للحسابات، فقد تم رصد عدم فعاليتها في حماية المال العام ومحاربة الفساد، لذلك فإن الأمر يقتضي إعادة النظر

1379. اراهيم بن به. نظام مسؤولية المدبرين العموميين أمام القاضي المالي. م.س. ص: 500

1380. "التقارير المنجزة سنويا هي وثائق إدارية وصفية، تعنى بإعطاء نظرة عن العمل التدقيقي والرقابي الذي قام به المجلس، يضع فيها أهم مستنتجاته وملاحظاته حول المرافق العمومية التي قام بافتحاصها وحول الأحزاب السياسية مع إبداء رأيه حول الوضعية المالية العامة وعلى الأداء التدبيري لجهاز الدولة عموما وليس له أي إلزامية قانونية أو قيمة معيارية قضائية.

. محمد المسكاوي، رئيس الشبكة المغربية لحماية المال العام. «تقارير جطو تصبح وثائق بدون معنى ومجرد عمل للأرشيف». مقال منشور بموقع http://www.alakhbar.press.ma. Visité le 18/02/2018

1381. فطبقا للقانون رقم 03.79 المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي وبحذف محكمة الخاصة للعدل، تختص غرف الجنايات لدى محاكم الاستئناف بالنظر في الجنايات المنصوص عليها في الفصول من 241 إلى 256 من القانون الجنائي وكذا الجرائم التي لا يمكن فصلها عنها أو المرتبطة بها. وابتداء من أكتوبر 2004 تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ ولمدة خمس سنوات وبناء على المرسوم رقم 2.04.471 الصادر بتاريخ 15 شتنبر 2004 حددت تسع محاكم للاستئناف للنظر في جنايات الارتشاء والغدر واختلاس وتبديد الأموال العامة واستغلال النفوذ، واستمر الوضع كذلك إلى غاية 4 نونبر 2011 تاريخ صدور المرسوم رقم 2.11.445 ليتم تقليص العدد المذكور إلى أربع محاكم للاستئناف محدثة بها أقسام للجرائم المالية وهي الرباط والدار البيضاء وفاس ومراكش.

1382. محمد براو حول تساؤلات بشأن بلاغ وزارة العدل حول تقرير المجلس الأعلى للحسابات لسنة 2012. مقال منشور في موقع العلوم القانونية. https://www.marocdroit.com/. Visité le 20.02.2018

1383. سعيد جعفري. الرقابة على المالية المحلية بالمغرب. محاولة نقدية في الأسس القانونية السياسية الإدارية المالية أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء المغرب 1998/1997. ص: 385

مداخلة لمحمد حركات أثناء اليوم الدراسي الذي نظمته وزارة الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري حول المجلس الأعلى للحسابات في ميدان مراقبة المالية العامة.، وذلك يوم 3 أبريل 1998. جريدة الاتحاد الاشتراكي 14 أبريل 1998.ص: 34

1384. الفقرة الثالثة من المادة 162 من القانون 62.99 المتعلق بالمحاكم المالية.

كشف تقرير المجلس الاعلى للحسابات لسنة 2018 عن وجود أفعال من شأنها أن تستوجب متابعة جنائية، وهي أفعال تمت إحالتها على النيابة العامة لدى المجلس الأعلى للحسابات، ويتعلق الامر بانتحال شخص أو عدة أشخاص مجهولي الهوية لصفة قابض، واستيلاء موظف على اموال عمومية بدون وجه حق.

1385. فالمهمة الأساسية للقضاء العادي هي زجر الأفعال المجرمة بمقتضى القانون الجنائي، والتي تمس الأموال العمومية. وهي المهمة نفسها التي يحرص عليها القضاء المالي الجهوي، أي أنه يرمي إلى حماية هذه الأموال من الضياع والإتلاف، وكذا السهر على مراقبتها ثم تدبيرها بشكل يراعي تحقيق المصلحة العامة.

في بعض المقتضيات القانونية[1386] الواردة في مدونة المحاكم المالية سعيا إلى السرعة في تفعيل الإحالات بالنظر إلى حجم الاختلالات والخروقات التي ترصدها هذه التقارير في تدبير المرافق العامة. هذا إلى جانب ضرورة تعزيز مجال المساءلة في مجال التأديب المالي بشأن المخالفات التي تمس المال العام غير المساءلة الجنائية، لأن من شان ذلك أن يغطي بشكل فعال عددا كبيرا من الأخطاء والإغفالات، الأمر الذي قد يترتب عنه تقليص مجال المتابعة الجنائية، والتقليل من معالجة جميع أشكال المسؤوليات من طرف القضاء العادي، خصوصا بالنسبة للمخالفات وأخطاء التسيير التي لم يثبت بشأنها تسجيل مؤاخذات ارتكبت بسوء نية، وذات علاقة بنزاهة واستقامة المدبرين العموميين[1387].

وإذا كان الركنان القانوني والمادي يتشابهان إلى حد بعيد في كل من مجالي التأديب المالي والجنائي، فإن الركن المعنوي يشكل جوهر الاختلاف بينهما. فإذا كان يعد في المجال الجنائي عنصرا أساسيا من عناصر قيام الجريمة، فإنه يندرج في مجال التأديب المالي ضمن ظروف التشديد[1388] سواء أرتكبت المخالفة بسوء نية، أو قصد الحصول على منافع شخصية، أو الإضرار بمالية الجهاز المعني. لذلك فإن احتمال الإفلات من العقاب في مادة التأديب المالي أقل، إذ لا يواجه القاضي المالي صعوبات كبيرة من أجل إثبات المخالفات، لا سيما الشكلية منها[1389].

خاتمة:

وختاما، إذا كانت المسؤولية الموضوعية في مجال البت في الحسابات تجد مبررها في مبدأ حصرية مهام حيازة وقبض الأموال العمومية والتصرف فيها من طرف سلطة مؤهلة قانونا كمظهر أساسي لحماية الاموال العمومية من السرقة والاختلاس، فإن مراعاة الملابسات والظروف المحيطة بارتكاب المخالفات في مجال التأديب المالي تروم من جهة تحقيق العدل في توقيع العقوبات، تطبيقا لمبدأ شخصية العقوبة ، من خلال مراعاة ظروف التخفيف والتشديد التي واكبت ارتكاب هذه المخالفات، ومن جهة أخرى إبراز الاختلالات العامة التي يواجهها الجهاز المعني موضوع المتابعة، وذلك من أجل المساهمة في توفير شروط حكامة جيدة في تدبير الشأن العام.

وأمام تنامي ظاهرة تجريم الحياة العامة والإدارية، التي بدأت تتصاعد في السنوات الاخيرة، لا سيما بعد انتظام المجلس الاعلى للحسابات في نشر تقاريره السنوية منذ سنة 2003، والتي تتضمن ملاحظات أصبحت تشكل مادة دسمة للنقاش العمومي حول واقع المساءلة في مجال التدبير المالي العمومي، وتبعا لذلك نجاعة المحاكم المالية في هذا المجال، لا بد من اتباع سياسة عقابية ترتكز على هرمية أكثر وضوحا بالنسبة للأفعال موضوع المساءلة مقرونة بإعمال مساطر المساءلات الأخرى، لا سيما الجنائية، وذلك من أجل جعل هذا النظام أكثر وضوحا وفعالية.

كل هذه الانتظارات، وأخرى، لربما تكون ضمن الإصلاح الجديد لمدونة المحاكم المالية، الذي يروم ملاءمة المقتضيات الحالية وجعل المساطر المتبعة أكثر استجابة لمعايير الفعالية والنجاعة.

خصوصا وأن عمق هذا الإصلاح يقوم على جعل مبدأ المساءلة وربط المسؤولية بالمحاسبة، في مختلف تجلياته المرتكز الأساسي للرقابة على المال العام ببلادنا والمبدأ العام الذي يخضع له جميع المدبرين العموميين.

1386. من قبيل المقتضى المتعلق بإحالة الملفات من طرف الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى للحسابات (الفصل 111 من مدونة المحاكم المالية).
الفصل 111 من مدونة المحاكم المالية.

1387-Stéphanie Thébault. "l'ordonnateur en droit public financier". LGDJ., 2007. P : 254 « ...le juge pénal sanctionnerait la faute dans la gestion, sans prendre en considération la faute de gestion et sans pouvoir relever l'ensemble des irrégularités de la gestion... ».

1388. على عكس عوامل تشديد العقوبة التي تستنتج من حيثيات عرض الوقائع والتعليل المعتمد في تكييف المخالفات في القرارات الصادرة عن القاضي المالي في مجال التأديب المالي، حيث لا يتم التنصيص عليها بشكل مباشر وصريح، فإن ظروف التخفيف التي تقرر الهيأة تمتيع المتابعين بها عند تقدير الغرامة، تخصص لها فقرة خاصة ضمن هذه القرارات.

1389. القرار الجنائي الصادر عن المجلس الأعلى بغرفتين عدد 5.822 بتاريخ 8 مارس 2006 الملف الجنحي عدد 2005/6/1348 " وحيث يتجلى من هذا التعليل (تعليل القرار المنقوض) أن المحكمة لم تبرر في حكمها الركن المعنوي لجناية تبديد الاموال العامة المدان بها العارض، بما في ذلك العمد الجنائي أو سوء النية، أو الاستفادة الشخصية من الاموال المبددة خاصة بعد أن اقتصر الجزء الثاني من السؤال الأول المجاب عنه بنعم على الإشارة إلى عدد من الأخطاء في الأرقام والشطب والإلغاء، وعدم ضبط المصاريف، والتغاضي عن المراقبة، دون ربطها بالركن المعنوي للجريمة أو بسوء النية، الأمر الذي كان معه التعليل المذكور ناقصا نقصانا يوازي انعدامه، ويعرض الحكم المطعون فيه للنقض والإبطال...".

لائحة المراجع:

أطروحات ورسائل:

-العربي بجيجة. مطلب الحكامة في عمل المجلس الأعلى للحسابات. دراسة مقارنة. أطروحة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، 2016-2017،

-سعيد جعفري. الرقابة على المالية المحلية بالمغرب. محاولة نقدية في الأسس القانونية السياسية الإدارية المالية أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء المغرب 1998/1997.

كتب ومؤلفات:

-ابراهيم بن به. نظام مسؤولية المدبرين العموميين أمام القاضي المالي. منشورات المجلة المغربية للسياسات العمومية، مطبعة طوب بريس الرباط، الطبعة الأولى ماي 2017

-عبد الواحد العلمي. المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي. الجزء الثاني. مطبعة النجاح الجديدة. البيضاء. 1999.

مقالات:

-محمد براو حول تساؤلات بشأن بلاغ وزارة العدل حول تقرير المجلس الأعلى للحسابات لسنة 2012. مقال منشور في موقع العلوم القانونية.

-محمد حركات أثناء اليوم الدراسي الذي نظمته وزارة الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري حول المجلس الأعلى للحسابات في ميدان مراقبة المالية العامة. مداخلة يوم 3 أبريل 1998. جريدة الاتحاد الاشتراكي 14 أبريل 1998

تقارير

-تقرير صادر عن المجلس الأعلى للحسابات في مادة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية. السنة: 2015

-تقرير المجلس الاعلى للحسابات لسنة 2018

قو انين ومراسيم

-قانون 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية ، المنفذ بالظهير الصادر في 13 يونيو 2002. ج ر عدد 5030 بتاريخ 6 جمادى الآخرة 1423 (15 أغسطس 2002) ص 2294.

-القانون رقم 03.79 المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي وبحذف محكمة الخاصة للعدل، المرسوم رقم 2.04.471 الصادر بتاريخ 15 شتنبر 2004

-المرسوم رقم 2.11.445 **الصادر بتاريخ 4 نوفمبر 2011 المتعلق بتحديد عدد محاكم الاستئناف المحدثة بها أقسام للجر ائم المالية وتعيين دو ائر نفوذها.**

-مجموعة القانون الجنائي الصادر بتنفيذها الظهير الشريف 1.59.413 في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) كما وقع تعديله وتتميمه.

Ouvrages

Stéphanie Thébault. "l'ordonnateur en droit public financier". LGDJ., 2007.

Articles

Christophe Pierucci. Une responsabilité à raison de gestion public. Note de jurisprudence sous CE, 30 mai 1998, Lorenzi, RFFP, N°1999.

Rapports et arrêts :

-Cour de discipline budgétaire et financière, du 28 septembre 1994, publié au recueil Lebon.

-CDBF , Arrêt du 26/04/1982 , Institut universitaire de technologie de Belfort , n° 44-103

-CDBF, Première section, Arrêt du 20 mars 2012, «Centre hospitalier de Marigot à Saint Martin (Guadeloupe) », N° 181-587

-CDBF, 3 mai 2018, n° 220-783). Rapport au président de la République 2019, Cour de discipline budgétaire et financière.

-CDBF, du 16 mars 1988, publié au recueil Lebon

Sites

http://www.courdescomptes.ma

http://www.alakhbar.press.ma.

https://www.marocdroit.com/.

https://www.courdescomptes.ma/wp-content/uploads/2019/04/Regles-tirees-des-arrêts-DBF-FR.pdf

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
ISSN:2509-0291

ضابط العقوبة في القانون الجنائي للأعمال

Penalty Officer in Criminal Business Law

الباحث: عبد الله أسعيد

باحث بصف الدكتوراه جامعة الحسن الأول بسطات

ملخص:

تعكس هذه الدراسة تحولات القانون الجنائي في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدها العالم، خاصة في مجال الأعمال، الأمر الذي أصبحت معه الحاجة الملحة إلى قانون جنائي متخصص يلبي التحديات الجديدة التي تطرحها الجرائم المالية والتجارية، مما يستدعي إعادة النظر في النصوص القانونية الحالية.

كما تجدر الإشارة إلى أن تسمية القانون الجنائي للأعمال هو مصطلح فقهي، بحيث لم يعرفه المشرع المغربي، إلا أن هناك مجموعة نصوص قانونية التي تجرم مجموعة من الممارسات في الميدان التجاري كمدونة الجمارك ومدونة التجارة وقانون الملكية الصناعية.. الخ، انطلاقا من هذا التعدد في الجرائم بات من الضروري البحث عن الخصائص المشتركة التي تلتقي فيها هذه الجرائم والبحث عن حلول بديلة لمواجهتها بعيدة كل البعد عن العقوبات التقليدية المعروفة في القانون الجنائي.

وبالتالي، فإن هذه الدراسة تتمحور حول إشكالية رئيسية مفادها: فعالية تدخل المشرع في مجال الأعمال بين مبدأ ضرورة التجريم والعقاب ومراعاة خصوصية بيئة الأعمال.

الكلمات المفتاحية: القانون الجنائي للأعمال، جرائم الأعمال المالية والتجارية، السياسة الجنائية، العقوبات البديلة، الدعوى، الاختصاص، الاثبات.

summary:

This study reflects the transformations in criminal law in light of the economic and social developments witnessed by the world, especially in the field of business, which has made it necessary to have a specialized criminal law that meets the new challenges posed by financial and commercial crimes, which calls for reconsideration.

In current legal texts.

It is also worth noting that the term criminal business law is a jurisprudential term, as the Moroccan legislator did not know it, but there is a group of legal texts that criminalize a group of practices in the commercial field, such as the Customs Code, the Commercial Code, and the Industrial Property Law, etc. Based on this multiplicity of crimes, it has become necessary to search for the common characteristics in which these crimes meet and to search for alternative solutions to confront them far from all Moving away from the traditional penalties known in criminal law.

Therefore, this study revolves around a main problem: the effectiveness of The legislator's intervention in the field of business between the principle of the necessity of criminalization and punishment and consideration Privacy of the business environment.

Keywords: Criminal law of business Financial business crimes Commercial Criminal Policy Alternative Sanctions, Litigation Jurisdiction Proof.

مقدمة:

إن التطورات التي عرفها العالم ولازال يعرفها على جميع الأصعدة سواء الاقتصادية أو السياسية وحتى القانونية، جعلت القانون الجنائي الكلاسيكي لا يستوعب هذا الكم من التحولات الشيء الذي استلزم البحث عن حلول ناجعة لذلك، ولعل أكثر الميادين التي استدعت هذه الحلول نجد ميدان الأعمال نتيجة بروز الجرائم التقليدية المنصوص عليها في القوانين الجنائية الكلاسيكية والتي استحقت إصباغ الحماية الجنائية بشأنها نظرا لكونها تدخل في مصاف المصالح الاجتماعية الأساسية للمجتمع.

فالتجريم والعقاب لا يقتصر على القانون الجنائي العام فقط بل هناك قوانين وقواعد زجرية خاصة بمجالات معينة أو أنشطة ومهن محددة، ومنها ما يتعلق بالمعاملات الاقتصادية والمالية والتجارية التي تجرم وتعاقب على مخالفة الأنشطة المرتبطة بتلك المجالات، وهي قوانين تخاطب فئات محددة بنصوص خاصة تتوافق والميدان الذي تنتمي إليه، وهي ما يسمى بفئة رجال الأعمال، وقد ارتأى المشرع التدخل جنائيا لتنظيم المعاملات المالية والتجارية نظرا لأن هذا الميدان أصبح يشكل مجالا خصبا لأنواع جديدة من الجرائم التي لم تستطع القوانين الجنائية العامة التقليدية الوقوف في وجهها والحد منها.

ولقد أخذ القانون الجنائي للأعمال يتبلور ويظهر للوجود في فرنسا في النصف الثاني من القرن العشرين، حيث بدأت العديد من وسائل الإعلام تسلط الأضواء على العديد من رجال الأعمال وبعض الوزراء الذين انصرفوا بسلطتهم وساهموا في تبديد رؤوس أموال العديد من الشركات مما دفع المشرع الفرنسي إلى التفكير في رسم سياسة جنائية وعقابية رادعة توفر للمتعاملين في ميدان الأعمال إدارة جيدة وآمنة لأموالهم وممتلكاتهم.

وبحكم الارتباط التاريخي بين التشريع المغربي والفرنسي كان بديهيا أن ينتقل ارتباط القانون الجنائي بمجال الأعمال إلى المغرب.

وعلى الرغم من ظهور بعض الملامح الأولى لهذا القانون منذ سنة 1913 في مجموعة من القوانين، كالقانون التجاري المغربي المؤرخ في 12 غشت 1913، وقانون الأموال المساهمة المؤرخ ب 11 غشت 1922، والظهير المنظم للشركة ذات المسؤولية المحدودة بتاريخ 1 شتنبر1926.

إلا أن النصوص الجنائية المنظمة لمجال الأعمال لم تظهر بشكل حقيقي إلا خلال التسعينيات من القرن الماضي من خلال مجموعة من القوانين في مقدمتها مدونة التجارة وقوانين الشركات التجارية وقانون حماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية.

وعليه يمكن القول بأن القانون الجنائي للأعمال هو مجموعة من النصوص القانونية الزجرية سواء الموضوعية أو الشكلية والتي تهدف إلى حماية ميدان الأعمال، وذلك بتحديد الأعمال التي تعتبرها جرائم لما تسببه من اضطراب وعدم استقرار لهذا الميدان إضافة إلى زجر مرتكبيها بعقوبات وتدابير ملائمة.

وعلى الرغم من هذا التعريف الذي أوردناه والذي لا يعتبر إلا واحدا من مجموعة من التعاريف التي أعطيت لهذا القانون، إلا أن الحقيقة التي وجب الانطلاق منها هو أن القانون الجنائي للأعمال لا وجود له على المستوى التعريف التشريعي - على الأقل على مستوى القانون المغربي - إذ أن مصطلح القانون الجنائي للأعمال هو من إنتاج البحوث الفقهية خاصة فقه علم الإجرام الذي اهتم منذ مدة ليست قصيرة بإجرام أصحاب المال والثروة.

كما تجدر الإشارة إلى أن الجريمة في إطار قانون الأعمال تتصف بالتنوع كجرائم الشركات التجارية وجرائم صعوبات المقاولة وجرائم الأبناك، والجرائم الضريبية والجمركية إضافة إلى جرائم الملكية الصناعية وغسل الأموال وغيرها من الأعمال غير المشروعة.

ISSN:2509-0291

من هنا تظهر أهمية تأطير هذه الجريمة عن غيرها من الجرائم المادية الخاضعة للقانون الجنائي، كما أن ارتباطها بمجال المال والأعمال جعلها تتميز عن باقي الجرائم بمجموعة من الخصوصيات التي تنعكس على السياسة الجنائية للتجريم والعقاب بالمغرب.

وهكذا يمكن تحديد إشكالية الموضوع وفق الشكل التالي:

فعالية تدخل المشرع في مجال الأعمال بين مبدأ ضرورة التجريم والعقاب في ضوء خصوصية بيئة الأعمال.

لملامسة هذه الإشكالات نتناول الموضوع في مبحثين، نخصص الأول لسمات العقوبة في القانون الجنائي للأعمال، فيما نتعرف في الثاني عن القواعد الإجرائية والاختصاص في جرائم الأعمال.

المبحث الأول: سمات العقوبة في قانون الجنائي للأعمال

عندما يتم ارتكاب الجريمة ويتم ضبط مرتكبها، فإن القانون هنا يتدخل لتحديد العقاب المناسب والكفيل بردعها والتنبيه عن معاودة ارتكاب هذا الجرم مرة أخرى وذلك في حدود ما جاء في النص الجنائي المحدد للجريمة وتطبيقا للقاعدة المعروفة، لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص، والجزاءات الجنائية في القانون الجنائي للأعمال لا تختلف عن الجزاءات المعروفة في الشريعة الجنائية العامة، ولعل أهمها العقوبة السالبة للحرية والغرامة المالية والتي تعتبر جزاءات تقليدية اعتمدها المشرع الجنائي بدوره للعقاب على جرائم الأعمال، ونظرا لأن الجزاءات الجنائية في مجال الأعمال لم تعد كافية لردع مرتكب جريمة الأعمال وتعرضت لانتقادات عدة، فإن المشرع الجنائي في مجال الأعمال ابتدع جزاءات حديثة لمواكبة طبيعة الجرائم التي نص عليها وذلك بغية جعل العقاب متناسب أكثر مع الجريمة.

وجعلت طبيعة الجرائم التي أصبح القضاء يواجهها خاصة منها ذات البعد الاقتصادي المشرع مضطرا في بعض الأحيان لإدخال سلطة وهي الإدارة لكونها أقرب إلى ميدان ارتكاب هذه الجرائم. كما أعطاها الحق في فرض بعض الجزاءات وهو ما يطلق عليها بالجزاءات الإدارية[1390]، ونظرا لعدم كفاية هذه الجزاءات فإن المشرع أعطى للقضاء إمكانية الاستعانة بمجموعة من الجزاءات الإضافية لتحقيق الغاية من فرض الجزاء، وكل من سبق قوله هو ما سيتم التطرق إليه بالتفصيل من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: العقوبات المالية في القانون الجنائي للأعمال

سنحاول من خلال هذا المطلب التعرض لخصوصية الغرامة كعقوبة مالية، وذلك بتسليط الضوء على بعض الجزاءات المالية التي جاء بها قانون 17.95 سواء تلك التي نص عليها كجزاء منفرد (الفقرة الأولى) أو تلك المقترنة بالعقوبة الحبسية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حالة اعتماد الغرامة كجزاء منفرد

في القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة عدت العقوبات المالية من الجزاءات الغالبة التي جاء بها المشرع المغربي في مختلف مراحل حياة الشركة، لكونها الجزاء الأنسب في مواجهة مرتكبي مخالفات الشركات، فبالعودة لمقتضيات القانون رقم 17.95[1391]، نجده خرج عن القاعدة المعمول بها في القانون الجنائي، والتي تتعلق بتخويل القاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة وتفريدها في نطاق الحد الأدنى والأقصى المحددين بمقتضى القانون،

1390 الجزاءات الإدارية هي من العقوبات التي ظهرت حديثا لمواجهة بعض الجرائم التي لا تستحق مواجهتها بالجزاءات الجنائية نظرا لقلة خطورتها وجسامتها في المجتمع، وإنما يكفي مواجهتها بجزاء إداري عام توقعه الإدارة دون اللجوء إلى القضاء. وتتميز الجزاءات الإدارية بذاتيتها الخاصة، فهي قرارات فردية تصدرها الإدارة للعقاب على مخالفة بعض القوانين.

1391 قانون رقم 95-17 المتعلق بشركات المساهمة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-96-124 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996). الجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 17 أكتوبر 1996، ص 2320.

ISSN:2509-0291

بحيث باطلاعنا على القانون المذكور نجد أنه نص في المادة 377 منه على أنه: " خلافا لمقتضيات الفصول 55 و 149 و 150 من القانون الجنائي، لا يمكن النزول عن الحد الأدنى للغرامات المقررة في هذا القانون ولا يمكن الأمر بإيقاف التنفيذ إلا فيما يخص العقوبات الحبسية."

وبالرجوع إلى بعض المقتضيات المنصوص عليها في كل من المواد 386 و388 و400 و401 و402، نجدها نصت على بعض الغرامات المالية المقررة في حق أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة المساهمة، حيث نصت المادة 386 على أنه "يعاقب بغرامة من 20.000 إلى 200.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة المساهمة الذين لم يعدوا برسم كل سنة مالية الجرد والقوائم التركيبية وتقرير التسيير".

والمادة 388 التي تعاقب بغرامة من 30.000 إلى 300.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة المساهمة الذين لم يعقدوا الجمعية العامة العادية خلال الستة أشهر الموالية لاختتام السنة المالية أو خلال فترة تمديد تلك المدة، أو الذين لم يخضعوا القوائم التركيبية السنوية وتقرير التسيير لموافقة الجمعية المذكورة، كما نجد المادة 400 كذلك تعاقب نفس الأعضاء بغرامة من 7000 إلى 35.000 درهم، في حالة استهلاك القيمة الإسمية لأسهم رأس المال بواسطة إجراء القرعة.

وغيرها من المواد التي جاءت بجزاءات مالية مختلفة ومرتفعة، وذلك بهدف جعل رجال الأعمال وأجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة المساهمة يدركون مدى خطورة العقوبة التي يمكن أن تصدر في حقهم عند تفكيرهم منذ الوهلة الأولى في ارتكاب الفعل المجرم[1392].

كما أن العديد من رجال الأعمال وكذلك أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة المساهمة يفضلون الحكم عليهم بعقوبة الغرامة حتى ولو كانت مرتفعة، على اعتبار أن العائد المادي من وراء اقتراف بعض الجرائم غالبا ما يفوق الغرامة المحكوم بها، فهي على نحو ما لا تؤثر على وضعهم المالي أو مركزهم الاجتماعي[1393].

الفقرة الثانية: حالة الاعتماد على الغرامة مقرونة بالعقوبة الحبسية

جاءت العقوبة في مجمل النصوص الزجرية المضمنة بقانون شركات المساهمة مشتملة على عقوبتي الغرامة والعقوبة الحبسية معا مع ترك كامل السلطة التقديرية للقضاء في تقدير الجزاء الأنسب بين هاتين العقوبتين، ومن أمثلة ذلك نشير إلى الجنح التي تهم تداول الأسهم، والتي خصها المشرع المغربي بالمادتين 381 و382 من القانون رقم 17-95 المتعلق بشركات المساهمة[1394].

1392 هشام أزكاغ، خصوصيات العقاب في القانون الجنائي للأعمال: قانون 17.95 الخاص بشركات المساهمة نموذجا، مقال منشور على موقع المعلومة القانونية. يوجد على الرابط التالي:
= تم الاطلاع عليه بتاريخ 29 أكتوبر 2024 على الساعة 20:40 على الرابط التالي: https://alkanounia.info

1393 هشام أزكاغ، مرجع نفسه.

1394 تنص المادة 381 من قانون رقم 17-95 المتعلق بشركات المساهمة على ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة 6000 إلى 30000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من مؤسسي وأعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير الشركة مساهمة وكذا مالكي أو حاملي الأسهم الذين تداولوا عن قصد:
1- أسهما نقدية لم يبق على اسميتها إلى حين اكتمال تحريرها،
2- أسهما نقدية لم يتم دفع ربعها،
3- وعودا بأسهم، ما عدا الوعود بأسهم ستنشأ بمناسبة الزيادة في رأسمال شركة مقيدة أسهمها القديمة في بورصة القيم".
وتنص المادة 382 من قانون رقم 17-95 على أنه " يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 382 كل من قام عن قصد إما بالمشاركة في تداول الأسهم أو حدد أو نشر قيمة الأسهم أو الوعود بالأسهم المشار إليها في المادة المذكورة ".

و في نفس السياق جاءت المادة 384 من نفس القانون حيث نصت على عقوبة الغرامة مقرونة بعقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 100.000 درهم إلى 1.000.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، وذلك في حق أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة المساهمة عند ارتكابهم أحد الأفعال المنصوص عليها في إطار هذه المادة، ومن قبيل ذلك توزيع أرباح وهمية في غياب جرد أو باعتماد على جرود تدليسية، وكذا استعمال السلطة المخولة لهم أو الأصوات التي يملكونها في الشركة أو هما معا بحكم منصبهم استعمالا يعلمون تعارضه مع المصالح الاقتصادية لهذه الأخيرة وبسوء نية، وذلك بغية تحقيق أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مقاولة أخرى لهم بها مصالح مباشرة أو غير مباشرة، ونفس مقتضيات هذه المادة حافظ عليها المشرع المغربي ضمن العقوبات الزجرية للقانون رقم 96-5 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة[1395]، لكن بعقوبة أخف محددة في المادة 107 من هذا القانون من خلال غرامة مالية من 10.000 إلى 100.000 درهم.

ومن هذه الجنح أيضا نجد ما نصت عليه المادة 398 من القانون رقم 95-17 حين عاقبت بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 12.000 إلى 120.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة المساهمة أو مراقب أو مراقبو حساباتها الذين قاموا عن قصد بإعطاء أو تأكيد بيانات مخالفة للحقيقة في التقارير المعروضة على الجمعية العامة المدعوة لاتخاذ قرار إلغاء حق المساهمين في أفضلية الاكتتاب.

وبالتالي يمكننا التأكيد على أن المشرع المغربي قد كرس بشكل واضح وجلي وفي غالبية النصوص الزجرية للقانون رقم 17.95 العقوبة المالية باعتبارها عقوبة ردعية تتناسب ومجال الأعمال[1396].

المطلب الثاني: الجزاءات الإدارية والإضافية

تبصر المشرع المغربي وقام إلى جانب العقوبات الجنائية والمالية الزجرية إلى زيادة عقوبات أخرى لكي تكون هناك صلابة أكثر لهذه العقوبات ومن بينها الجزاءات الإدارية، حيث ارتأى المشرع أن الإدارة لها أهمية بالغة في مجال الأعمال وبالتالي تعد قريبة من نوعية هذه الجرائم، لذا خول لها المشرع المغربي إمكانية فرض هذه الإجراءات الإدارية (الفقرة الأولى)، لكن رغم هذا تظل هذه الجزاءات تقليدية لذا أضاف المشرع جزاءات أخرى، وهي الجزاءات الإضافية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الجزاءات الإدارية

تعتبر الجزاءات الإدارية إجراءات تتخذها الإدارة للحيلولة دون وقوع جريمة وللحفاظ على النظام، وبالتالي تختلف هذه الجزاءات عن العقوبات التي تشمل التكفير عن الذنب وتقويم المجرم وردع الآخرين.

وفيما يتعلق بإجراءات الإدارة في مجال الأعمال، فإن أهم تطبيق لهذه الجزاءات يتمثل في قوانين الجمارك والضرائب غير المباشرة، والتي تتمثل أساسا في مصادرة البضائع التي تورطت في الغش.

وعند الرجوع إلى الفصل 42 من القانون الجنائي نجده يعرف المصادرة بأنها: "تمليك الدولة جزءا من أملاك المحكوم عليه أو بعض أملاك له معينة".

1395 القانون رقم 96-5 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم وشركة الأسهم المبسطة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة. الجريدة الرسمية عدد 4478 بتاريخ فاتح ماي 1997، ص 1058.

1396 هشام أزكاغ، مرجع سابق، صفحة 177.

وبالتالي، يتبنى المشرع المغربي مفهوم المصادرة كعقوبة وتدبير وقائي في نفس الوقت. وهكذا تعد المصادرة عقوبة مالية تماما مثل الغرامة[1397]، ولكن الغرامة تعد عقوبة أصلية بينما المصادرة تعد عقوبة إضافية. ويطرح السؤال في هذا السياق حول موقف القانون الجمركي من المصادرة.

تعني هذه المقتضيات في مدونة الجمارك أن عملية المصادرة يتم تحديدها بناءً على طبيعة المنتج المراد مصادرته، فإذا كان المنتج محظورا، مثل المخدرات، فإن عملية المصادرة تصنف عادة ضمن التدابير الاحتياطية المرتبطة بالمخالفات الجمركية، وتتم بغرض حماية المجتمع والحفاظ على النظام العام، وعلى الجانب الآخر إذا كان المنتج غير محظور وتم مصادرته لأسباب أخرى، مثل عدم الامتثال للمعايير الفنية أو الصحية، فإن عملية المصادرة تصبح تعويضا مدنيًا للأضرار الناجمة عن عدم الامتثال للمتطلبات اللازمة، والحظر هو العامل المحوري الذي يفصل بين هذين المبدأين، حيث يحظر القانون بشكل صريح بعض المنتجات، ويجيز مصادرة الأخرى بشروط محددة.

وهكذا وفقا لمدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة، فإن المصادرات يجب أن تتم وفقًا للإجراءات المنصوص عليها في القانون وتكون الأسباب التي تدعو إلى المصادرة محددة ومشروعة. وفي حالات معينة تكون المصادرة تدبيرا احتياطيًا وتستخدم لحماية المصالح العامة، وفي حالات أخرى تكون تعويضا مدنيا وتستخدم لتعويض المتضررين.

وعندما يتم تحديد المصادرة كتدبير احتياطي، فإن العقوبة الناتجة عنها تكون مؤقتة وتنتهي بانتهاء الظروف التي دعت إلى اتخاذها. لذلك يمكن القول إن المصادرة ليست عقوبة جنائية بحد ذاتها، ولكنها تدبير قانوني يستخدم لحماية المصالح العامة وتعويض المتضررين.

الفقرة الثانية: الجزاءات الإضافية

تختلف الجزاءات الإضافية من شخص إلى آخر أيا كان شخصا معنويا أو ذاتيا، وسنشرع في تفصيل هذه الجزاءات من خلال المنع من مزاولة المهنة ونشر الحكم الصادر بالإدانة (أولا)، وإغلاق المحل أو المؤسسة وحل الشخص المعنوي (ثانيا).

أولا: المنع من مزاولة المهنة ونشر الحكم الصادر بالإدانة:

حينما نتحدث عن المنع من مزاولة المهنة، نجد الفصل 87 من القانون الجنائي نص على هذه العقوبة، ويتم تطبيقها خاصة إذا تبين للمحكمة أن هذه المهنة لها علاقة مباشرة بارتكاب الجريمة محل المتابعة وأنها تشكل خطرا على أمن الناس أو صحتهم أو أخلاقهم أو على مدخراتهم، إلى جانب هذا، نجد الفصل 544/5 من القانون رقم 43-05 المتعلق بمكافحة غسيل الأموال هو الآخر قام بتنصيص على هذا الجزاء[1398]. كما أن المشرع الفرنسي نص على هذا الجزاء من خلال الفقرة الثانية من الفصل 39-131 من القانون الجنائي الجديد، حيث عرفه بأنه المنع النهائي أو لمدة 5 سنوات فأكثر من مزاولة النشاط المهني أو الاجتماعي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

وفي ضفة أخرى، هناك عقوبة نشر الحكم الصادر بالإدانة، التي تعتبر عقوبة إضافية حيث نص على هذه العقوبة الفصل 36 من القانون الجنائي[1399]، ونشر الحكم الصادر بالإدانة له قيمة سواء بالنسبة للضحية أو بالنسبة

1397 مقال منشور بالجريدة الإلكترونية http://alkanounia.com يونس النجاري الطبيعة القانونية المصادرة الجمركية، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2023/5/4 على الساعة 11:50.

1398 ظهير شريف رقم 1-07-79 صادر في 28 من ربيع الأول 1428 (17 أبريل 2007) بتنفيذ القانون رقم 43-05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال. الجريدة الرسمية عدد 5522 بتاريخ 3 ماي 2007، ص 1359.

1399 ينص الفصل 36 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي: العقوبات الإضافية هي:

1 – الحجر القانوني،

2 – التجريد من الحقوق الوطنية،

3 – الحرمان المؤقت من ممارسة بعض الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية،

4 – الحرمان النهائي أو المؤقت من الحق في المعاشات التي تصرفها الدولة والمؤسسات العمومية.

غير أن هذا الحرمان لا يمكن أن يطبق على الأشخاص المكلفين بالنفقة على طفل أو أكثر، مع مراعاة الأحكام الواردة في أنظمة المعاشات في هذا الشأن.

ISSN:2509-0291

للمجتمع، فهو يرد الاعتبار للضحية من جهة، أما القيمة العملية للنشر بالنسبة للمجتمع، فتتجلى في تنبيه أفراد المجتمع للفعل الجرمي موضوع النشر[1400]، زيادة على هذا، نجد المادة 422 من القانون رقم 95-17 المتعلق بشركات المساهمة التي تجعل من نشر الحكم جزاء إضافيا.

وذهب بعض الفقه المتخصص في قانون الأعمال إلى التأكيد على أن نشر الحكم هو عقاب مناسب للجرائم الاقتصادية، لأن هذا الجزاء يمس سمعة الأشخاص المحكوم عليهم ويلحق الضرر بهم خاصة إذا كان شخصا اعتباريا، فهذا يضرب في مصداقيته ويؤثر عليه من حيث إقبال المتعاملين معه.

وهذا الجزاء كما سبق الذكر قد يطبق على شخص ذاتي أو شخص معنوي لا فرق بينهما.

ثانيا: إغلاق المحل أو المؤسسة وحل الشخص المعنوي

الحديث عن الجزاء بإغلاق المحل أو المؤسسة يقودنا إلى الفصل 90 من القانون الجنائي المغربي الذي نص فيه المشرع بشكل صريح على هذا الجزاء، حيث جاء فيه: " يجوز أن يؤمر بإغلاق محل تجاري أو صناعي نهائيا أو مؤقتا إذا كان قد استعمل لارتكاب الجريمة إما بإساءة استغلال الإذن أو الرخصة المحصل عليها وإما بعدم مراعات النظم الإدارية".

وبالتالي فإن إغلاق المحل أو المؤسسة يعتبر تدبيرا وقتيا حسب القانون الجنائي المغربي، وذلك بصريح عبارة الفصل 62 منه.

ويترتب عن صدور الحكم بالإغلاق منع المحكوم عليه من مزاولة نفس المهنة التي كانت سببا في إصدار الحكم بالإغلاق. وهذا الأخير له مجموعة من التطبيقات في القانون الجنائي للأعمال، كما هو الشأن بالنسبة لقانون حرية الأسعار والمنافسة في مادته 81 والتي نصت على أنه في حالة الحكم بالإدانة عن ادخار سري يمكن أن تأمر المحكمة بإغلاق مخازن أو مكاتب المحكوم عليه بصفة مؤقتة ولمدة لا يمكن أن تفوق 3 أشهر.

خلاصة القول إن جزاء الإغلاق يواجه بصفة أساسية الشخص المعنوي، وقد جعله المشرع المغربي تدبيرا وقائيا عينيا يجوز أن يؤمر به نهائيا أو مؤقتا.

أما بخصوص حل الشخص المعنوي، فهو يعني حسب الفصل 47 من القانون الجنائي منع الشخص المعنوي من مواصلة النشاط الاجتماعي، ولو تحت اسم آخر أو بإشراف مديرين أو مسيرين أو متصرفين آخرين. ويترتب عنه تصفية أملاك الشخص المعنوي.

ونظرا لخطورة هذا الجزاء، فإنه لا يحكم به إلا بمقتضى نصوص خاصة من بينها المادة 574/5 من القانون رقم 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال، وكذا المواد من 356 إلى 360 من قانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، لكن هنا الأمر لا يتعلق بارتكاب جريمة وانما باحتمال ارتكابها عندما تصل وضعية الشركة الى حالة غير مطمئنة[1401]، فقد تظهر هذه العقوبة غير مهمة لكنها بمثابة عقوبة إعدام، هذا راجع لتجريد الشخص المعنوي من أهليته القانونية، ويتم اعتماد هذا الجزاء بالنسبة للشركات التجارية التي قد يرتكب مسيروها جرائم مالية، وإلى يومنا تعد هذه العقوبة فعالة في مجال الأعمال.

المبحث الثاني: القواعد الإجرائية والاختصاص في جرائم الأعمال

---

5 – المصادرة الجزئية للأشياء المملوكة للمحكوم عليه، بصرف النظر عن المصادرة المقررة كتدبير وقائي في الفصل 89.

6 – حل الشخص المعنوي،

7 – نشر الحكم الصادر بالإدانة.

– عبد الحفيظ بالقاضي، خصوصية القانون الجنائي للأعمال، الطبعة الأولى سنة 2009، دار النشر غير مذكورة، صفحة 18.

1401 عبد الحفيظ بلقاضي المرجع نفسه، صفحة 69

لقد أصبحت قواعد القانون الجنائي في خدمة السياسة الاقتصادية، مما أدى إلى تطويع القوانين في إطار جرائم الأعمال، وبالتالي لا يخلو الجانب الإجرائي للقانون الجنائي للأعمال أيضا من قواعد وإجراءات تميزه عن غيره من الميادين، لذلك يتعين علينا تبيان ما تتميز به القواعد الإجرائية في مجال الأعمال من خصوصيات، سواء على مستوى إجراءات متابعة مرتكبي جرائم الأعمال (المطلب الأول)، أو على مستوى قواعد الاختصاص القضائي والإثبات في القانون الجنائي للأعمال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القواعد الإجرائية الخاصة بالقانون الجنائي للأعمال

تعتبر النيابة العامة صاحبة الاختصاص فيما يتعلق بتحريك الدعوى العمومية في جميع الجرائم بما في ذلك جرائم الأعمال، هذا الجهاز الذي نص المشرع المغربي على وجوده حتى في المحاكم المختصة. ونقصد هنا المحاكم التجارية التي من بين هياكلها جهاز النيابة العامة (الفقرة الأولى)، دون نسيان خصوصيات سقوط الدعوى العمومية في ميدان القانون الجنائي للأعمال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحريك المتابعة من قبل النيابة العامة

تنص المادة 2 والمادة 3 من القانون المحدث للمحاكم التجارية رقم 53.95 على أن جهاز النيابة العامة من بين هياكل هذه المحاكم، لذلك تثور إشكالية بهذا الخصوص، تتعلق بالدور الوظيفي للنيابة العامة لدى المحاكم التجارية بخصوص مباشرة الدعوى العمومية عن الجرائم الاقتصادية التي تصل إلى علمها بمناسبة تدخلها في المساطر القضائية التجارية (أولا)، أم أنه لابد في جميع المتابعات المتعلقة بجرائم الأعمال من الرجوع فيها إلى النيابة العامة لدى المحاكم العادية (ثانيا).

أولا: النيابة العامة لدى المحاكم التجارية

جاء في منطوق المادة 436 من مدونة التجارة على أنه إلى أن يتم إحداث محاكم مختصة في النزاعات التي تنشأ بين التجار أو لتطبيق هذا القانون يبت في النزاعات التي تنشأ بين التجار أو لتطبيق هذا القانون وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل، كما جاء في المادة 545 من القانون رقم 17.95[1402]، والمادة 131 تأكيد نفس المقتضى[1403]، وهو ما يستخلص منه أن الاختصاص للبت في المنازعات التي تضمنتها هذه القوانين يسند إلى المحاكم العادية إلى حين إنشاء قضاء مختص. وهذا ما حدث بالفعل بعد إحداث القضاء التجاري وحصر الاختصاص المنوط به في الخلافات التجارية ذات الطابع المدني.

لكن جهاز النيابة العامة بالمحاكم التجارية ظل محدودا في الدعاوى والنزاعات المنصوص عليها في المادة 5 من القانون رقم 53.95 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية دون القضايا الجنحية[1404]، وبالتالي لا يمكن للنيابة العامة بالمحاكم التجارية تحريك الدعوى العمومية.

1402 تنص المادة 454 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة على أنه: "إلى أن يتم إحداث محاكم مختصة في النزاعات التي تنشأ بين التجار أو لتطبيق هذا القانون، يبت في تلك النزاعات وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل".

1403 المادة 131 من القانون رقم 5.96 أعادت نفس العبارة التي نصت عليها المادة 454 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، إذ نصت هذه المادة على أنه إلى أن يتم إحداث محاكم مختصة في النزاعات التي تنشأ التجار أو التطبيق هذا القانون، يبت في تلك النزاعات وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل.

1404

تنص المادة 5 من هذا القانون على ما يلي :"

تختص المحاكم التجارية بالنظر في:

1- الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية،

2- الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية،

3- الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية،

4- النزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية،

هـذا في الوقـت الـذي اعتبر فيـه الـبعض الآخـر مـن الفقـه[1405]، أن النيابـة العامـة يمكـن في مجـال الأعمـال أن تتخـذ تـدابير في ميـدان ردع الممارسـة التي قـد تظهـر لهـا، واسـتدل بالتجربـة الفرنسـية، حيـث قامـت النيابـة العامـة أمـام المحـاكم التجاريـة في سـبعينات القـرن العشـرين بمجموعـة مـن الممارسـات كرسـت بالتـدريج سياسـة جنائيـة في المـادة الاقتصـادية والماليـة، وبـذلك تكـون النيابـة العامـة لـدى المحـاكم التجاريـة بـالمغرب، لا تملـك حـق تحريـك المتابعـة الجنائيـة في مواجهـة الأشـخاص الـذين قـد يكشـف البحـث على أنهـم مرتكبـون لجـرائم اقتصـادية كـل مـا يمكنهـا أن تفعـل هـو إحالـة الملـف على النيابـة العامـة المختصـة لـدى المحـاكم العاديـة قصـد إجـراء المتابعـة وفقـا لمـا يقتضـيه القـانون، ويؤكـد الفقـه كـذلك على اقتصـار دور النيابـة العامـة على الإخبـار بـالجرائم التي تكتشـفها بمناسـبة دراسـة الملفـات التي تحال عليها[1406]، مما يؤدي للتقليص من حجمها ويجعلها مجرد أداة إخبارية تقوم بدور إعلامي فقط.

كمـا أن جانـب آخـر مـن الفقـه أشـار إلى أن ضـمان حسـن سـير العدالـة كـان يقتضـي إسـناد السـهر على إجـراءات البحـث التمهيـدي إلى النيابـة العامـة لـدى المحـاكم التجاريـة[1407]، على أن تحيـل البحـث بعـد إنجـازه إلى المحكمـة المختصـة، إلا أنـه مـع ذلـك فـإن مثـل هـذا الاقتراح يحـاول فقـط البحـث عـن وظيفـة جنائيـة للنيابـة العامـة لـدى المحـاكم التجاريـة في ظـل القـانون الحـالي، في حـين أن الإشـكال هـو غيـاب نـص قـانوني يخـول لهـا القيـام بالاختصـاص الأصـلي للنيابـة العامـة والذي هو مباشرة وتحريك الدعوى العمومية.

ولعـل هـذا مـا جعـل بعـض الفقـه[1408]، يعتبـر النيابـة العامـة لـدى المحـاكم التجاريـة مؤسسـة كبيـرة ذات صـلاحيات ضـيقة، مـادام لـم يـتم التفكيـر في إسـناد تحريـك الـدعوى العموميـة في الجـرائم الاقتصـادية إلى هـذه المحـاكم، علمـا أنـه مـن مصـلحة المتقاضـين أن تبـت المحكمـة التجاريـة في الملفـات المتضـمنة لوقـائع جنحيـة تجاريـة لعـدة أسـباب، أهمهـا أن القضـاء التجـاري قضـاء مختـص والمسـطرة أمامـه فعالـة وسـريعة فضـلا عـن أنـه يمكـن مـن حمايـة النسـيج الاقتصـادي والحفاظ على توازن الدورة الاقتصادية [1409].

ثانيا: النيابة العامة لدى المحاكم العادية

تبقـى هي المختصـة بتحريـك الـدعوى العموميـة المتعلقـة بتطبيـق النصـوص الجنائيـة للأعمـال، ومثـل هـذا التفسـير يجـد سـنده في كـون المشـرع المغربـي لـم ينشـأ محـاكم اقتصـادية مختصـة في الجـرائم الاقتصـادية، على غـرار مـا فعـل مـثلا المشـرع المصـري أو غـرف مختصـة على غـرار مـا فعـل المشـرع الفرنسـي. هكـذا نجـد النيابـة العامـة لـدى المحـاكم العاديـة، كمـا تعـالج الملفـات المحالـة عليهـا بخصـوص الجـرائم العاديـة، تقـوم بـنفس الأمـر، بخصـوص الملفـات المتعلقـة بـالجرائم الاقتصـادية أو جـرائم الأمـوال، فـنفس قضـاة النيابـة العامـة الـذين يقومـون بالإشـراف على البحـث التمهيـدي للجـرائم الأخرى يقومون بالمتابعة وبالإشراف على البحث التمهيدي المتعلق بالجرائم الاقتصادية.

5- النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية.

وتستثنى من اختصاص المحاكم التجارية قضايا حوادث السير.

يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر".

1405 عبد المجيد غميجة: دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد والمقاولة والسياسة الجنائية بالمغرب واقع وافاق، المجلد الثاني، دجنبر 2004، الصفحة 136.

1406 الحسن بيهي: الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، مكتبة دار السلام، الرباط 2005، الصفحة 281.

1407 أحمد الشماري: اختصاصات النيابة العامة لدى المحاكم التجارية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 90 الصفحة 62.

1408 عبد الله درميش: الإشكاليات التي يطرحها قانون الحاكم التجارية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 81، الصفحة 92.

1409 أنس الشـتيوي: إشـكالية تدخل النيابة العامة في قضـايا الشـركات التجارية، مجلة المتوسـط للدراسـات القانونية والقضـائية، العدد 17 دجنبر 2016 مكتبة دار السـلام، الصفحة 29.

والغريب في الأمر على مستوى التنظيم القانوني لجرائم الأعمال بالمغرب أن هناك جرائم يرجع أمر الكشف عنها للنيابة العامة لدى المحاكم التجارية، أو لقضاء الحكم بها، إلا أن تحريك الدعوى العمومية فيها والبت في الأفعال المنسوبة للمخالف جنائيا، راجع وبشكل حصري للنيابة العامة لدى المحاكم العادية وقضاة الحكم لديها.

ومن الأمثلة على ذلك، نجد جرائم المقاولات التي يتم اكتشافها بمناسبة معالجة صعوبات المقاولة، حيث إنه أثناء هذه المرحلة قد تكتشف النيابة العامة لدى المحكمة التجارية المختصة جرائم للأعمال لها علاقة بالمقاولة موضوع مسطرة معالجة صعوبة المقاولة، إلا أنها مع ذلك لا يحق لها إجراء متابعة جنائية في الموضوع، وكل ما تملكه هو إحالة ما اكتشفته على المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف التي تقوم بواسطة النيابة العامة لديها بتحريك الدعوى العمومية، ومثال ذلك الأحكام التجارية المتعلقة بتحريف أو تزييف حق من حقوق الملكية الصناعية والتجارية، خاصة العلامة التجارية والتي تصدر بحضور ممثل النيابة العامة لدى هذه المحاكم بل إنها تدلي بملتمستها ومستنتجاتها في الملف موضوع النازلة، وتحديد مطالبها التي لا تخرج عن المطالبة مدنيا بتطبيق القانون1410.

الفقرة الثانية: خصوصية سقوط الدعوى في القانون الجنائي الأعمال

من خلال استقراء المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية، يتضح لنا أن الدعوى العمومية تسقط بموت الشخص المتابع وبالتقادم وبالعفو الشامل وبنسخ المقتضيات الجنائية التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به، وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك، وبتنازل المشتكي عن شكايته، إذا كانت الشكاية شرطا ضروريا للمتابعة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ويمكن القول إن جميع الأسباب المضمنة في نص المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية يمكن أن تنطبق في مجال الأعمال، غير أنه باستقراء مختلف النصوص المشكلة للقانون الجنائي للأعمال، يلاحظ أن المشرع كرس آلية الصلح لتسوية المنازعات الجنائية ذات الطبيعة الاقتصادية كآلية في معظم النصوص ذات الصلة بالموضوع، وبالتالي إمكانية استنتاج أن الصلح يحتل مكانة رئيسية ومتميزة للتسوية الودية للخصومات الجنائية 1411 , كما أن جانب من الفقه اعتبر أن تبني الصلح في مجال الأعمال يعطي الفعالية والسرعة ويضع حدا للخصومات التي أصبحت طاغية إلى حدود اختناق المحاكم بكثرة القضايا واقتصاد مصاريف المحاكمات وعقلنة هذه الأخيرة.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه عكس الاتجاه السابق، حيث اعتبر أن تبني نظام المصالحة في مجال الأعمال، يفشل النظام العقابي الجنائي برمته و يعطل تحقيق الردع لفائدة فئة من الناس غالبا ما يوصفون برجال الأعمال ، و بالتالي فإنه يكرس معاملة تفضيلية قياسا مع ما هو مكرس في نطاق القانون الجنائي الكلاسيكي، الأمر الذي يشجع العديد من الناس لإتيان الجرائم الاقتصادية لمعرفتهم المسبقة، بإمكانية تفادي المحاكمة عن طريق إعمال مسطرة الصلح، الأمر الذي يؤكد أن نظام الصلح يعد ضمن الأسباب الرئيسية لعدم فعالية النظام الجنائي للأعمال 1412.

هذا فيما يرتبط بالأحكام الخاصة بالصلح، وأيضا من بين الخصوصيات والتي تطبق هذه المرة بالنسبة لقواعد التقادم، إذ اجتهد القضاء رغم عدم وجود أي نص صريح، في جعل مدة تقادم الدعوى الناشئة عن جريمة إساءة

1410 القانون الجنائي للأعمال بين التجريم والخصوصية مقال الكتروني يوجد على الرابط التالي: https://2RW/AYFHO تم الاطلاع عليه بتاريخ 10/10/2024 على الساعة 19:00.

1411 محمد أحداف: بعد جوانب عدم فعالية القانون الجنائي للأعمال، المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، العدد 1، السنة 2006، صفحة 23.

1412 محمد أحداف، مرجع سابق، صفحة 24.

استعمال أموال الشركة سارية ليس ابتداء من اليوم الذي يتم فيه كشف النقاب عن النشاط المكون للجريمة، وهو ما لا يتأتى إلا من تاريخ تقديم الحسابات السنوية 1413.

المطلب الثاني: قواعد الاختصاص والإثبات في قانون الجنائي للأعمال

إن خصوصية القانون الجنائي للأعمال وما لها من مميزات تنفرد بها عن باقي المواد الأخرى، طبقا لما يستلزمه هذا المجال من قواعد تتلاءم وخصوصيته، فإن هذه الأخيرة تمتد أيضا إلى ما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي في مجال الأعمال (الفقرة الأولى)، فضلا عن قواعد الإثبات في ميدان الأعمال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاختصاص في القانون الجنائي للأعمال

لقد اقتنعت مجموعة من التشريعات المقارنة بضرورة إيجاد محاكم متخصصة بالبت في جرائم الأعمال، وذلك نظرا لطبيعة هذه الجرائم ولمدى تأثيرها على الاقتصاد الوطني لأي بلد كان.

وبملاحظة واقع المؤسسات القضائية بالمغرب، نجد أن المشرع المغربي قد سبق وأنشأ مؤسسة قضائية خاصة متخصصة بالبت في جرائم الأموال، وهي محكمة العدل الخاصة وهي التي وجهت لها انتقادات لاذعة عجلت بإلغائها وتوزيع القضايا التي كانت لا تزال معروضة عليها على مجموعة من محاكم الاستئناف والتي جاءت محددة على سبيل الحصر، قبل أن يتم تقليص عدد هذه الغرف، والتي تمت تسميتها بالغرف المالية1414، وتم إسنادها اختصاص البت في جرائم الأموال العمومية1415.

وهذه المؤسسات وإن اختصت بالبحث عن الجرائم المالية ومعاقبة مرتكبيها من طرف جهات مختصة، فإن هذه التجربة يمكن القول على أنها شكلت بداية ملامح إيجاد قضاء متخصص للبث في الجرائم الاقتصادية، وإن كان هذا الاختصاص اقتصر فقط على جرائم الأموال العمومية.

وهناك بعض الجرائم التي يثار بشأنها جدل فيما يتعلق بالاختصاص القضائي والمحكمة المختصة للبت فيها ، ومن بينها نجد جريمة التفالس في الحياة الاقتصادية والتي ترتبط أساسا بمساطر معالجة صعوبات المقاولة والتي لا يمكن فتحها إلا من طرف المحاكم التجارية، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 11 من القانون المحدث للمحاكم التجارية على أنه ترفع الدعاوى فيما يتعلق بصعوبات المقاولة إلى المحكمة التجارية التابعة لها مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة، إلا أنه وطبقا لما جاء في مقتضيات المادة 759 من مدونة التجارة في الفقرة الأولى، فإنه تعرض الدعوى على أنظار القضاء الزجري إما بمتابعة من النيابة العامة أو من طرف السنديك بصفته طرفا مدنيا، وبالتالي لا تختص المحاكم التجارية بالنظر في جرائم التفالس بل ينعقد الاختصاص للمحاكم الزجرية، غير أنه إدانة المحاكم العادية الزجرية لمرتكبي هذه الجرائم، يتوقف على ضرورة صدور حكم عن المحاكم

1413 عبد الحفيظ بالقاضي: دروس في القانون الجنائي للأعمال، الطبعة الأولى 2009 سنة 2010، صفحة 96.

1414 طبقا لمقتضيات القانون رقم 79.03 المتعلق بالقانون الجنائي وبحذف محكمة العدل الخاصة تختص غرف الجنايات لدى محاكم الاستئناف بالنظر في الجنايات المنصوص عليها في الفصول من 241 إلى 256 من القانون الجنائي، وكذا الجرائم التي لا يمكن فصلها عنها أو المرتبطة بها، وابتداء من أكتوبر 2004 الذي هو تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ، وبناء على المرسوم رقم 2.04.471 الصادر بتاريخ 15 شتنبر 2004، حددت تسع محاكم الاستئناف للنظر في الجنايات التي ما تزال معروضة على محكمة العدل الخاصة قبل إلغائها، واستمر الوضع على هذا الحال إلى غاية 4 نونبر 2011، الذي هو تاريخ صدور المرسوم رقم 2.11.445 ليتم تقليص العدد من تسع إلى أربع محاكم للاستئناف أحدث بها غرف تنظر وتبت في الجرائم المالية، وهي محاكم الاستئناف المدن الرباط والدار البيضاء، وفاس ومراكش إذ تم جعل أمر النظر في جرائم المال من اختصاص الغرف المذكورة بهذه المحاكم.

1415 هشام الزربوح: خصوصيات القانون الجنائي للأعمال بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة المولى إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، صفحة 321

التجارية1416، يقضي بفتح المسطرة القضائية لمعالجة صعوبات المقاولة 1417، وفضلا عن جريمة التفالس، فإن من بين جرائم الأعمال التي تتميز بمحكمة مختصة للبت فيها، نجد جريمة غسيل الأموال 29، والتي ينعقد اختصاص النظر فيها لمحاكم الرباط سواء تعلق الأمر بالاختصاص النوعي أو المحلي، حيث تنص المادة 38 من القانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال على ما يلي:" بالرغم من قواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية أو في نصوص أخرى، تختص محاكم الرباط فيما يتعلق بالمتابعات والتحقيق والبت في الأفعال التي تكون جرائم غسل الأموال, يمكن للمحاكم المذكورة لأسباب تتعلق بالأمن العام وبصفة استثنائية، أن تعقد جلساتها في مقرات محاكم أخرى".

لتبقى جرائم الأعمال بصفة عامة يتراوح اختصاص البت فيها ما بين المحاكم الزجرية والمحاكم التجارية، وذلك لعدم تخصيص أي منهما بالانفراد بالبت في جرائم الأعمال بنص صريح.

الفقرة الثانية: قواعد الاثبات في قانون الجنائي للأعمال:

لقد نصت المادة 286 قانون المسطرة الجنائية المغربي على أنه: " يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي فيها بخلاف ذلك ..."، فالظاهر من خلال منطوق هذه المادة، أن القاعدة العامة هي حرية الإثبات (أولا) والاستثناء هو تقييد الإثبات بموجب قانون خاص (ثانيا).

أولا: حرية الإثبات في جرائم الأعمال

الإثبات الحر هو النظام الذي يحدد فيه القانون طرقا معينة للإثبات يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وحينما نتحدث عن حرية الإثبات، فهذا يعني أن لأطراف الخصومة الحرية في تقديم الأدلة التي تعزز ادعاءاتهم، كما هو الحال بالنسبة لسلطة الاتهام التي تحاول إثبات التهمة بكافة وسائل الإثبات المشروعة، وللمتهم الحق في دحض هذه الاتهامات بكافة وسائل الإثبات المشروعة كذلك1418.

كما يمكن لأحد أطراف الدعوى مطالبة المحكمة بكل إجراء من شأنه تسهيل عرض حجة من قبيل التقدم بملتمس استدعاء الشهود أو المطالبة بإجراء الخبرة أو المعاينة، وغير ذلك من إجراءات تحقيق الدعوى.

وللإشارة، فإن عرض الأدلة أمام المحكمة لا يعني إلزامها بتلك الحجج، وإنما لهذه الأخيرة حق تقديرها وفقا لقناعتها1419، وهذا ما أكده قرار صادر عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) بتاريخ 2005/01/19 الذي جاء في إحدى حيثياته (... حيث إن تقدير الحجج موكول لسلطة المحكمة التقديرية، وإن هذه الأخيرة عندما أيدت الحكم الابتدائي الذي علل ما قضى به بكون ادعاء الطاعن ...) 1420.

1416 طبقا لما تنص عليه المادة 754 من مدونة التجارة، فإنه لكي تضع المحكمة الزجرية يدها على القضية وتبت فيها، فإنه يجب على المحكمة التجارية أن تفتح إجراء المعالجة في وجه المقاولة، والذي لا يمكن أن يصدر عن أي محكمة أخرى غير المحكمة التجارية.

بشرى فقيهي: جريمة التفالس والجرائم الملحقة بها، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق السوسي الرباط الموسم الدراسي 2003 - 2004، ص 116.

1417 تم تنظيم جريمة غسل الأموال في الفصول من 1-574 إلى 7-574 من القانون الجنائي بناء على الظهير الشريف رقم 107.79 الصادر في 28 ربيع الأول 1428 (7 أبريل 2007)، بتنفيذ القانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال.

1418 – إدريس النوازلي: الإثبات الجنائي لجرائم الأعمال بالوسائل الحديثة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2012 – 2013، صفحة 255 .

1419 وفي ذلك تقول الفقرة الأولى من المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية :" يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقا للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده".

1420القرار تحت عدد 3/199 صادر في الملف الجنحي عدد 9430/396/04 منشور تحت عنوان: "الإثبات أمام المحاكم من خلال قضاء المجلس الأعلى، ذكره هشام الزربوح في أطروحته، مرجع سابق، صفحة 382.

وعليه، فحرية الإثبات مبدأ عام يمكن إعماله في جميع الجرائم، على اعتبار أن قانون المسطرة الجنائية يعتبر شريعة عامة بالنسبة لجميع الجرائم، لذلك فأطراف الدعوى الجنائية لهم الحق في إثبات ما يدعونه، ونقصد المتهم بالدرجة الأولى، لأنه الأولى بالحق في التمسك بمبدأ حرية الإثبات، لأن آثار الدعوى العمومية هو الذي سيتحمل وزرها، وقد سبق للقضاء وأن كرس هذه القاعدة على المستوى العملي وذلك من خلال اجتهاد قضائي صادر عن محكمة النقض، والذي أكد على حق المتهم في إثبات عكس ما ضمن بمحضر الضابطة القضائية، بل واعتبر هذا القرار عدم تمكين المتهم من إثبات العكس يشكل خرقا للمادة 290 من قانون المسطرة الجنائية1421.

ومبدأ حرية الإثبات يتم إعماله في جرائم الأعمال لا فرق في ذلك بين هذا النوع من الجرائم، وباقي الجرائم الأخرى.

ولما كانت أغلب جرائم الأعمال تكيف على أنها جنح، فإن تكوين قناعة المحكمة، غالبا ما تتأثر بما جاء في محضر الضابطة القضائية.

ثانيا: قواعد الإثبات والإقناع في جرائم الأعمال

الإثبات في الجرائم ليس مفتوحا على إطلاقه، وإنما ينص المشرع في حالات خاصة ولدواع مختلفة على طرق محددة على سبيل الحصر من أجل إثبات الجريمة، وهذه القاعدة كما كرسها القانون الجنائي التقليدي، كرستها النصوص الجنائية المتعلقة بالأعمال1422. ومن المبادئ التي يقوم عليها نظام تقييد الإثبات هو تحديد أدلة الإثبات من قبل المشرع الذي يحددها ويقدر قيمتها الإقناعية، مما يجعل القاضي الجنائي يتقيد بما يرسمه له المشرع، فيكون دور المشرع إيجابيا في هذا النظام ودور القاضي الجنائي سلبيا 1423 .

وتقييد حرية الإثبات في مجال الأعمال له مجموعة من المظاهر في النصوص الجنائية المنظمة لمجال الأعمال. من ذلك مثلا القانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية والتجارية كما تم تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم 31.05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.05.190 المؤرخ في 14 فبراير 2006، بحيث نجد أن إثبات وجود التحريف والتزييف لحق من حقوق الملكية الصناعية والتجارية 1424 ، يتم عبر مجموعة من الوسائل التي جاء النص عليها في القانون 17.97 على سبيل الحصر، فلإثبات التزييف المتعلق بعلامة الصنع أو التجارة أو الخدمة على المالك والمستفيد 1425 أن يسلكا أحد الطريقين، فإما أن يقوم بحجز المنتجات أو الخدمات التي تحمل العلامة موضوع التحريف أو التزييف، وإما أن يتقدم بطلب إجراء وصف مفصل ودقيق للمنتجات التي تحمل العلامة المزيفة مع أخذ عينات منها .

وطبعا هذا الإجراء يكون بناء على أمر من رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي المستعجلات 1426. ويتم هذا الأمر إما بواسطة مأموري التنفيذ التابعين لقسم التنفيذ بالمحكمة المصدرة للأمر الاستعجالي أو أحد المفوضين القضائيين، وإن كان الغالب في السنوات الأخيرة أن التنفيذ يتم بواسطة المفوضين القضائيين.

ويجب على المدعي أن يباشر الدعوى بخصوص هذا التحريف أو التزييف داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ تنفيذ الأمر الاستعجالي المتمثل في تحرير محضر الوصف المفصل والدقيق للمنتج موضوع التحريف أو التزييف وإلا أصبح

1421 قرار تحت عدد 901/10 صادر بتاريخ 08/03/2006 في الملف عدد 1348/6/5/2005، منشور بمجلة الملف العدد 19 يونيو 2012، ص 322، ذكره هشام الزربوح، مرجع سابق، صفحة 383.

1422 إدريس النوازلي، مرجع سابق، صفحة 256.

1423 هشام الزربوح: مرجع سابق، صفحة 388.

1424 هشام الزربوح، مرجع سابق، صفحة 389.

1425 المادة 202 من القانون رقم 97-17 التي جاء فيها يقيم دعوى التزييف مالك شهادة تسجيل علامة الصنع أو التجارة أو الخدمة...".

1426 محمد الفروجي: الملكية الصناعية والتجارية وتطبيقاتها ودعواها المدنية والجنائية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002، ص 345.

هـذا المحضـر بـاطلا[1427]، كمـا جـاء مبينـا في المـادة 222 مـن القـانون رقـم 17.97 المتعلـق بحمايـة الملكيـة الصـناعية والتجارية.

وعليـه يكـون المشـرع قـد قيـد حريـة الإثبـات في القـانون المـذكور بضـرورة وجـود محضـر وصـفي للتحريـف أو التزييـف وكـذلك تحديـد أجـل الثلاثـين يومـا مـن تنفيـذ الأمـر الاسـتعجالي لتقييـد الـدعوى وإلا أصـبح هـذا المحضـر بـاطلا وكأن لـم يكن.

وهـذا مـا سـبق للاجتهـاد القضـائي أن أكـد عليـه في حكـم صـادر عـن المحكمـة التجاريـة بمكنـاس والـذي جـاء في حيثياتـه : "وحيـث إنـه وبخصـوص طلـب المصـادرة فـإن منـاط الاسـتجابة لـه يقضـي إثبـات وجـود منتوجـات تحمـل علامـة مزيفـة وهـو مـا لـم تـدل المدعيـة بمـا يفيـد قيامـه، مـا دام أن الحجـة الوحيـدة بهـذا الخصـوص والمتمثلـة في محضـر الحجـز الوصـفي لا يمكـن الاعتمـاد عليـه، لأن هـذا الحجـز في حـد ذاتـه أصـبح بـاطلا بقـوة القـانون طالمـا أن الـدعوى لـم ترفـع إلا بعـد مـرور ثلاثـين يومـا على تحريـر محضـر الحجـز الوصـفي كمـا تقضـي بـذلك الفقـرة الأخيرة مـن المـادة 222 مـن قـانون 17.97 الأمر الذي يبرر رد هذا الطلب ..." [1428].

وبنـاء على مـا سـبق، فـإن المحـاكم وكمـا هـو واضـح مـن الاجتهـاد القضـائي الآنـف الـذكر تحكـم وفقـا للوسـيلة التي حـددها القـانون، وبالتـالي فـإن اقتناعهـا يكـون مقيـدا بمـا جـاء في الـنص القـانوني، وتكـون ملزمـة بالوقـائع الماديـة الموجـودة أمامهـا في الملفـات، وعليـه فمـا يمكـن قولـه عـن تقييـد حريـة إقنـاع المحكمـة يمكـن قولـه عـن تقييـد حريـة الإثبـات، فكمـا تلـزم المحكمـة في تعليلهـا لمنطـوق حكمهـا باعتمـاد وسـائل الإثبـات التي حـددها القـانون على سـبيل الحصـر لإثبـات جريمـة مـا، فإن أطراف الدعوى تكون ملزمة باعتماد الوسائل التي اعتمدها القانون.

خاتمة:

بـالرغم مـن الغايـة التي يسـعى إليهـا المشـرع لسـنه قـوانين زجريـة وهـي تنظـيم سـلوك الأفـراد بشـكل عـام، إلا أن تطـور الحيـاة الاجتماعيـة والاقتصـادية في المجتمـع دفعتـه إلى سـن قواعـد قانونيـة تطبـق على فئـة معينـة بـالمجتمع وأنشـطة ومهن محددة.

ومـن أهـم المجـالات التي نظمهـا المشـرع المغربي بقـوانين خاصـة نظـرا لأهميتهـا، نجـد مجـال المـال والأعمـال والتجـارة، حيـث مـن خـلال مـا سـبق في موضـوع دراسـتنا يتضـح أن المشـرع المغربـي أعطى فعـلا للقـانون الجنـائي للأعمـال العديـد مـن الخصوصـيات المتعـددة والمختلفـة التي تميزهـا والتي سـبق التطـرق إليهـا، والملاحـظ أن حتى هـذه الأخيـرة تختلـف مـن قـانون أعمـال لآخـر، إذ أن خصوصـيات القـانون الجنـائي للأعمـال الخاصـة بالميـدان الجمركي ليسـت هـي المتعلقـة بقانون الشركات التجارية وشركات المساهمة.

وإذا كـان المشـرع المغربـي قـد عمـل فعـلا على إقـرار قواعـد خاصـة تـتلاءم والمجـال الجنـائي للأعمـال، فـإن المقتضـيات المتعلقـة بالقـانون الجنـائي للأعمـال لـم تصـل للنضـج المطلـوب وطبعهـا نـوع مـن الفشـل والمحدوديـة وعـدم الفاعليـة في محاربـة الانحـراف الاقتصـادي، وأسـباب ذلـك هي بالأسـاس ذات صـلة وثيقـة بالخيـارات التشـريعية في المجـال الجنـائي للأعمـال، وعليـه فالقـانون الجنـائي للأعمـال في إطـار القـانون المغربـي لايـزال يحتـاج إلى الكثيـر مـن التطـوير والاهتمـام، لذلك نخلص إلى مجموعة من الاقتراحات، وهي كالتالي:

- ضرورة تجميع النصوص الجنائية لمجال الأعمال في مدونة واحدة.

1427 ذكرت الفقرة الأخيرة من المادة 222 من القانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية والتجارية في فقرتها الخامسة ما يلي: " إذا لم يرفع المدعي القضية إلى المحكمة داخل أجل لا يزيد عن ثلاثين يوما يبتدئ من يوم تنفيذ الأمر أعلاه، اعتبر الوصف أو الحجز باطلا بقوة القانون دون الإخلال بما يحتمل منحه من تعويضات".

حكم عدد 1037 صادر بتاريخ 20/11/2008 عن المحكمة التجارية بمكناس عدد 41081628 غير منشور، ذكره هشام الزربوح، مرجع سابق، صفحة 392. 1428

- الجاد نصوص مسطرية جنائية توضح كيفية إجراء البحث التمهيدي والتحقيق والمحاكمة في مجال الأعمال.
- إنشاء قضاء متخصص للبت في جرائم الأعمال على غرار التجارب المقارنة.
- تقوية سلطات النيابة العامة أمام المحاكم التجارية وتدخلها في جرائم الأعمال.
- تجاوز الإفراط في التجريم في مجال الأعمال ومحاولة تعويض ذلك بالجزاء الإداري أو المدني.
- جعل مبادئ حقوق الإنسان وحرية الأفراد فوق كل غاية أخرى، وبالتالي الحد من القواعد الاستثنائية التي تقررها النصوص المنظمة لجرائم الأعمال.

لائحة المراجع المعتمدة:

1- الكتب:

- محمد الفروجي: الملكية الصناعية والتجارية وتطبيقاتها ودعواها المدنية والجنائية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002.
. النداوي آدم وهيب: دور الحاكم المدني في الإثبات، الدار العلمية للنشر والتوزيع عمان الأردن، الطبعة الثانية 2001.
. بالقاضي عبد الحفيظ: خصوصية القانون الجنائي للأعمال، الطبعة الأولى سنة 2010/2009، دار النشر غير مذكورة.
. بيهي لحسن: الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، مكتبة دار السلام، الرباط 2005.
. غميجة عبد المجيد: دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد والمقاولة والسياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق، أشغال الندوة التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9-10-2004 المجلد الثاني، الطبعة الأولى منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد4- دجنبر 2004.

2- الأطروحات:

. الزربوح هشام: خصوصيات القانون الجنائي للأعمال بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة المولى إسماعيل، السنة الجامعية 2013/2014.
. النوازلي ادريس: الإثبات الجنائي لجرائم الأعمال بالوسائل الحديثة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2012 – 2013.
. فقيهي بشرى: جريمة التفالس والجرائم الملحقة بها، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق السوسي الرباط، 2003 2004، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية.

3- المقالات والمجلات:

. أحمد أشمارخ: اختصاصات النيابة العامة لدى المحاكم التجارية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 90.
. محمد أحداف، بعض جوانب عدم فعالية القانون الجنائي للأعمال، المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية 2016.
. أنس الشتيوي: إشكالية تدخل النيابة العامة في قضايا الشركات التجارية، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد 7 دجنبر 2016، مكتبة دار السلام.
. السعدي عبد الهادي، القانون الجنائي للأعمال بين التجريم والخصوصية، مجلة القانون والأعمال. منشور يوجد على الرابط التالي للمجلة المذكورة: FH0https://2u.pw/aAY
. عبد الله درميش: الإشكاليات التي يطرحها قانون المحاكم التجارية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 81، مارس- أبريل 2001.

.هشـــام ازكـــاغ، خصوصـــيات العقـــاب فـي القـــانون الجنـــائي للأعمـــال"، " قـــانون 17.95 الخـــاص بشـــركات المســـاهمة نموذجـا"، مقـال منشـور على موقـع المعلومـة القانونيـة يوجـد على الـرابط التـالي: https://alkanounia.info/?p=9008

.يونس النهاري: الطبيعة القانونية للمصادرة الجمركية، مقال منشور بالجريدة الإلكترونية http://alkanounia.com.

التلبس في الجريمة وفق قانون الإجراءات الجزائية في فلسطين

Flagrante delicto in accordance with the Criminal Procedure Law in Palestine

الباحث : محمد خليل محمد ذياب.
طالب باحث في سلك الدكتوراه.
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – اكدال- جامعة محمد الخامس الرباط – اكدال، المملكة المغربية.

ملخص.
يخول النظام لرجال الضبط الجنائي عددا من المهام الجنائية بحكم اختصاصهم الوظيفي ومن أبرزها مهمة البحث عن الجرائم، وجمع الاستدلالات اللازمة للشروع في التحقيق في قضية ما ويخرج عن اختصاصهم اتخاذ أي اجراء من إجراءات التحقيق، فصلاحياتهم تقتصر على الاستدلال فقط دون الشروع في اختصاص سلطات التحقيق؛ لأن إجراءات التحقيق تمس الحرية الفردية والحياة الخاصة وحرمتها، ولكن نظرا لبعض ظروف الضرورة نجد أن النظام خول رجل الضبط الجنائي بصفة استثنائية سلطة القيام ببعض إجراءات التحقيق في حال التلبس بالجريمة، للسرعة في اتخاذ هذه الإجراءات حفاظا على أدلة الجريمة قبل تغييرها، و القبض على المتهم قبل مغادرته مكان الجريمة.
نظرا لخطورة ما ينتج عن حالة التلبس بالجريمة من آثار وسلطات استثنائية واسعة لجهاز الضبطية من قبض وسماع الشهود، الشيء الذي جعل المشرع يهرع لسن آليات ووسائل يتم من خلالها ضبط وتحديد هذه السلطات من جهة ومن جهة أخرى وضع مفهوم دقيق لحالة التلبس.
تختلف صلاحيات الضبطية القضائية فيما يخص التحريات الأولية على حسب ما إذا كنا في مواجهة تحريات في الأحوال العادية أو تحريات أثناء حالة التلبس، ولقد أعطى المشرع لرجال الضبطية القضائية سلطات واسعة في حالة التلبس.
الكلمات المفتاحية: الضبطية القضائية، التلبس، التحقيق، الاجراءات الجزائية.

Summar.
The system entitles criminal officers to a number of criminal tasks by virtue of their functional competence, the most prominent of which is the task of searching for crimes and collecting the necessary evidence to initiate an investigation in a case, and it is outside their competence to take any of the investigative measures, their powers are limited to inference only without initiating the jurisdiction of the investigative authorities; because, and the arrest of the accused before he left the scene of the crime
Due to the seriousness of the consequences of the crime and the wide exceptional powers of the police to arrest and hear witnesses, which made the legislator rush to enact mechanisms and means through which these powers are seized and identified on the one hand, and on the other hand to develop an accurate concept of the case of the crime
The powers of the judicial officers with regard to preliminary investigations vary depending on whether we are facing inquiries in normal circumstances or inquiries during a case of confusion, and the legislator has given the judicial officers broad powers in case of confusion.
Keywords: judicial seizure, flagrante delicto, investigation, criminal proceedings

مقدمة

الجريمة أمر شاذ عن المألوف في حياة الإنسان، والأصل في الأشياء غير المألوفة العدم والعدم يقين واليقين لا يزول إلا بيقين مثله، فلا يزول مع مجرد الشك، فكل شك معقول يعتري الأدلة فهو يؤيد أصلا البراءة في المتهم، لأن الإدانة يجب أن يصل الإثبات فيها إلى حد الجزم واليقين.

واذا كانت القاعدة في المتهم البراءة عبارة عن قرينة قانونية أي ان المتهم بريء حتى تثبت إدانته، وانه خير للمجتمع أن يفلت الجاني من العقاب على أن يحكم على البريء، حيث لا يسمح المساس بحرية الناس ومضايقتهم إلا في الحدود التي يسمح بها القانون، وارتكاب الفرد لجريمة لا يؤدي بصورة آلية لتوقيع العقوبة عليه، بل لابد أن يكون ذلك بعد احترام مجموعة من القواعد الإجرائية التي تمر بها الدعوى العمومية المرفوعة ضد مرتكب الجريمة، والتي تهدف لإحاطة الفرد بضمانات تكفل صيانة حقوقه وحرياته الطبيعية على النحو الذي يحقق التوازن بين مصلحته في عدم المساس بحريته ومصلحة الدولة في العقاب مجسدة في دور النيابة العامة كجهة اتهام في الدعوى العمومية وسلطتها في التصرف لما توصلت إليه من مرحلة البحث والتحري، حيث أن هذه الأخيرة إجراءاتها سابقة على مرحلة تحريك الدعوى العمومية، وتتم تحت إشراف وإدارة النيابة العامة والقائمين بها ضباط الشرطة القضائية المكلفين قانونا بالكشف عن ظروف الجريمة، لذا حدد المشرع نطاق هذه المهمة عند ذكره للواجبات الملقاة على عاتقهم، لذلك نصت الأنظمة الاجرائية الجزائية على نظرية إجرائية يصطلح عليها بالتلبس بالجريمة أو ما يسمى في التشريعات المقارنة بالجرم المشهود.

اهمية البحث:

يعتبر موضوع البحث والمتعلق بالتلبس بالجريمة وفق قانون الاجراءات الجزائية ذو أهمية كبيرة، من الناحية النظرية والعلمية فمن الناحية النظرية تبرز أهمية هذا الموضوع في تحديد مفهوم التلبس بالجريمة وخصائصه، والإجتهاد لمعرفة جزئياته من حيث المضمون وفهمه وادراك مختلف الجوانب التي تخصه بالإطلاع على النصوص القانونية، وتحليلها للخروج بنتائج علمية جديدة، وإلقاء الضوء على ما أجري من تعديلات في هذا المجال ومعرفة تأثيرها على سير الدعوى.

وأما من الناحية العلمية: تتمثل أساسا في حداثة هذا الموضوع في القانون الجزائي بصفة خاصة، ومعرفة جملة الاجراءات القانونية التي كرسها المشرع الفلسطيني والتي تتبع في تطبيق هذه الحالة والمساهمة في تفسير المواد القانونية بصورة علمية.

اشكالية البحث:

تتمثل الاشكالية الرئيسية في: **كيف نظم المشرع الفلسطيني حالة التلبس بالجريمة في قانون الاجراءات الجز ائية؟**

منهج البحث:

في سبيل الوصول إلى اهداف البحث تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي وهو المنهج المناسب لمعالجة وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بأجراءات التلبس بالجريمة.

المبحث الاول: مفهوم التلبس بالجريمة.

يعتبر التلبس بالجريمة حالة ممتازة ودليلا ممتازا على مخالفة القانون ويتطلب إجراءات سريعة وتدخلا فوريا لجمع الأدلة والقيام بالتحريات الضرورية المستعجلة لاستجماع عناصر الجريمة والحيلولة دون اندثارها وضياعها، وهو يتطلب مسطرة خاصة يتمتع فيها مأمورو الضبط القضائي بهامش كبير من الحرية في البحث والتحري بدءا من الانتقال الفوري والايقاف والتفتيش والحجز والوضع تحت الحراسة النظرية، وما يترتب عليها من أثار قانونية تمس ضمانات المشتبه فيه ومبدأ قرينة البراءة، وتختلف طريقة البحث التلبسي عن البحث التمهيدي العادي في بعض النقاط الرئيسية، حيث يتيح القانون لمأمور الضبط القضائي مرونة في

ممارسة بعض صلاحياته إذا تعلق الأمر ببحث يجريه بشأن جناية أو جنحة متلبس بها، ولا يتيحها له إذا تعلق الأمر بالبحث في غير حالات التلبس.

المطلب الاول: تعريف التلبس.

لابد من تعريف مصطلح التلبس أولاً، ثم ربطه بالجريمة حتى يمكن التوصل لفهم المقصود بالجريمة المتلبس بها، ومن ثم يتيَّسر بحث مختلف المسائل الأخرى المتعلقة بهذا الموضوع، فتعريف التلبس مسألة في بالغ الأهمية[1429].

وعليه؛ فإنه يتعين تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نتطرق للتعريف اللغوي في الفرع الأول، وللتعريف الفقهي والقانوني في الفرع الثاني.

الفرع الاول: التعريف اللغوي.

لمصطلح التلبس معان كثيرة في اللغة، وبالتالي نقتصر هنا على ذكر ما له صلة بموضوع البحث وما له علاقة به.

والتلبس من فعل ل بس، ويقال: « ال لبُس، بالفتح: مصدر قولك لبْست عليه الأمر ألبس خلطت ... واللبس: اختلاط الأمر، لبس عليه الأمر يُلبِسه لبساً فألتبس إذا خلطهِ عليه حتى لا يعرف جهته... وألتبس عليه الأمر أي اختلط واشتبه.

والتلبيس: كالتدليس والتخليطُ، شِدد للمبالغة،... ومنه حديث ابن صَّياد: فلبسني أي جعلني ألتبِس في أمره، والحديث الآخر: لبس عليه، وتلبس بي الأمر: اختلط وتعلق... وتلبس بالأمر وبالثوب، ولابْست الأمر: خالطته.

وفيه لبس ولبسةٌ أيِ التباس. وفي التنزيل العزيز: وللبْسنا عليهم ما يْلبِسون، يقال: لبْست الأمر على القوم ألبِسه لبساً إذا شَّبهته عليهم وجعلتهُ مشكَّلا... وفي الحديث: لبسةٌ بالضم، أي شبهة ليس بواضح، وباختصار؛ التلبس لغة هو الغموض.[1430]

الفرع الثاني: التعريف الفقهي والقانوني

لقد تعددت التعاريف الفقهية للتلبس، ومن بينها: التلبس هو حالة التعاصر أو التقارب الزمني بين لحظة وقوع الجريمة ولحظة اكتشافها،[1431] إلا أن هذا التعريف منتقد لكونه قاصرا على حالة التلبس الأولى فقط التي تمثل التلبس بمعناه الفني الدقيق.

وقد ذكر الأستاذ محمد علي السالم أن الدكتور المرصفاوي عَّرفه بأنه:" التلبس كما يفهم من ظاهر اللفظ يفيد أن الجريمة واقعة وأدلتها ظاهرة وبادية وفطنة إحتمال الخطأ فيها طفيفة والتأخير في مباشرة الإجراءات الجنائية قد يعرقل سبيل الوصول إلى الحقيقة."

ذهب بعض الفقهاء إلى تسمية الجريمة المتلبس بها بالجريمة المشهودة أو المشاهدة، ويعرفونها بأنها حالة مشاهدة الجريمة وقت أو إثر ارتكابها بزمن قريب أو مشاهدة المجرم وهو متلبس بها أو في حيازته أشياء أو مشاهدة آثار أو دلائل إثر وقوع الجريمة مباشرة تدعو إلى احتمال مساهمته في الجريمة.[1432]

[1429] -ياسين فاطيمة الزهراء كنزة ، جريمة التلبس في التشريع العقابي الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، 2022-2023، ص 9 .

[1430] -محمد علي السالم ال عياد الحلبي، اختصاصات رجال الضبط القضائي ،منشورات ذات السلاسل ، الكويت ، 1982،ص 198.

[1431] -عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع ، مصر ، 1999، ص 43.

[1432] -عبد العزيز سعد، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص16.

وتجدر الإشارة إلى أن المشاهدة لا يقصد بها مجرد الرؤية أو الإبصار؛ بل يقصد بها ادراك الجريمة بأي حاسة من الحواس سواء بالبصر أو السمع أو الشم أو اللمس أو التذوق، ومن ثم فالمقصود بالمشاهدة هو المعنى العام للادراك وليس المعنى الخاص للرؤية.[1433]

أما التعريف القانوني للجريمة المتلبس بها فقد خول المشرع صلاحيات أوسع لمأموري الضبط القضائي في حالة التلبس الذي اعتبره من الحالات الاستثنائية لما يتطلبه التحقيق من ضرورة الاسراع في اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على الأدلة وتفادي اختفائها أو ضياعها عن قصد أو عن غير قصد أو إفلات مرتكبيها من العقاب، حيث تم النص على التلبس في المواد من 26 إلى 28 من قانون الاجراءات الجزائية.

إلا أنه يمكن أن يستخلص أن التلبس وصف ينصب على الجريمة لا على المجرم، وهو يفيد معنى التقارب الزمني بين وقت ارتكاب الجريمة ووقت اكتشافها.

المطلب الثاني: شروط حالة التلبس.

لا يكفي أن تكون الجريمة قد وقعت في أحد الظروف أو الأحوال التي نصت عليها المادة 26 من قانون الإجراءات الجزائية بل يجب علاوة على ذلك أن يتوفر للقول بأن الجريمة متلبس بها شروط، أو بعبارة اخرى لا يعتبر التلبس صحيحا إلا إذا توفرت فيه شروط صحته؛ فإن انتفت هذه الشروط فمعنى ذلك أن التلبس لا يكون منتجا لآثاره القانونية خاصة من هذه الآثار ما يتعلق بتمكين الضبطية القضائية من ممارسة سلطاتها واختصاصاتها الاستثنائية التي ستفصل في المكان المناسب وتتمثل شروط صحة التلبس بالجريمة في ثلاثة، وهي:[1434]

أن يكون التلبس سابق الاجراء، و أن يشاهد بمعرفة ضابط الشرطة القضائية، وأخيرا يشترط ان يكون مكتشفا بطريق مشروع

الفرع الاول: إدارك مأمور الضبط القضائي لحالة التلبس بنفسه.

يشترط لصحة التلبس بالجريمة أن يكون ما يتخذه مأمور الضبط القضائي من إجراء لاحقا على التلبس؛ بل يشترط إلى جانب ذلك أن يشاهد أو يكتشف هذا الأخير حالة التلبس بنفسه، وهذا ما يؤكده معظم الفقهاء بقولهم[1435]:" يجب أن يكون مأمور الضبط القضائي قد شهد بنفسه الجريمة"، وتعتبر أحد حالات التلبس التي أوردتها المادة 26 من قانون الإجراءات الجزائية؛ فإذا لم يكن قد شاهد الجريمة فيجب على الأقل أن يكون حضر إلى محل الواقعة عقب ارتكابها ببرهة يسيرة وشاهد آثاره و هي لا تزال قائمة، أو يكون قد شاهد المجني عليه أو العامة و هم يعدون خلف الجاني بالصياح لملاحقته والقبض عليه وذلك عقب ارتكاب الجريمة بوقت قريب، و أن يكون مأمور الضبط القضائي قد شاهد الجاني أو به آثار عقب وقوع الجريمة يستدل منها على أنه فاعل للجريمة او شريك فيها ويمكن القول بأن المشاهدة تنصرف إلى المعنى الواسع وذلك سواء بالرؤية أو إدراك الجريمة بأي حاسة من الحواس كالسمع أو الشم أو اللمس، وعلى ذلك فإن المشرع قد استبعد احتمال الرواية لا أن تكون كاذبة، وفي حالة الرواية يجب على مأمور الضبط القضائي الانتقال عقب ارتكاب الجريمة فوار ومعاينة آثار ها ومعالمها و هي لازالت قائمة، فلا يكفي لتوافر حالة التلبس تلقي نبأ الجريمة عن طر يق الرواية أو النقل من الغير شاهدا؛ فحالة التلبس تستو جب أن يتحقق مأمور الضبط القضائي من قيام الجريمة بمشاهدتها بنفسه أو إدراكها بإحدى حواسه ولا يغنيه عن ذلك أن يتلقى نبأها من الغير أو النقل عن الشهود طالما أن تلك الحالة قد انتهت و محيت آثارها والشواهد التي تدل عليها إلا إذا كانت الجريمة متتابعة الأفعال مما يقتضي المضي فيها تدخل إ اردة الجاني في الفعل المعاقب عليه كلما أقدم على ارتكابه.

[1433]-ياسين فاطيمة الزهراء كنزة، المرجع السابق، ص11.

[1434] -ياسين فاطيمة الزهراء كنزة، المرجع السابق، ص 49.

[1435]-منير عبد المعطي ، التلبس بالجريمة معلقا عليه باحكام النقض منذ انشاء المحكمة وحتى عام 2000، دار العربي للنشر والتوزيع ، مصر ، 2000، ص50.

ومن هذا يستخلص أنه لا بديل عن مشاهدة أو اكتشاف ضابط الشرطة القضائية للتلبس بنفسه، والقول بخلاف هذا سيؤدي إلى أن تكون معظم الجرائم التي تقع متلبسا بها كما نخلص إلى نتيجة أن علم هذا الأخير بالجريمة يكون بأحد طريقين؛ إما بمشاهدة الجريمة عند وقوعها بنفسه، وإما بتلقيه بلاغا عنها.[1436]

الفرع الثاني: أن يكون التلبس سابقا زمنيا على إجراءات التحقيق.

إن مما يبرز أهمية القيام بعملية تقدير مدى توفر حالة التلبس بالجريمة وضرورة هاما لصحة التلبس كونها الخطوة الأولى قبل اتخاذ أي إجراء؛ هذا الشرط الذي يعتبر شرطا هاما لصحة التلبس بالجريمة و الذي يتمثل في وجوب أن يكون التلبس سابقا على الإجراء الذي يقوم به مأمور الضبط القضائي بل ومن أجل تجسيد وتحقيق هذا الشرط قد منحت لمأمور الضبط القضائي سلطة تقدير مدى قيام أو عدم قيام ظرف التلبس وفقا لإحدى الأحوال المنصوص عليها في المادة 26 من قانون الاجراءات الجزائية.

وتجدر الإشارة الى انه نظرا لبداهة هذا الشرط ومنطقه فإن جانبا من الفقهاء لا يذكرونه ضمن شروط التلبس، ويكتفون بذكر شرطي وجوب إدراك التلبس بمعرفة مأمور الضبط القضائي ووجوب اكتشاف التلبس بطريق مشروع، ومن هؤلاء نجد الدكتور إبراهيم حامد طنطاوي، ومنير عبد المعطي، ومجدي محب حافظ وغيرهم.[1437]

والجدير بالذكر، أن السبق هنا هو سبق زمني أي يجب أن يسبق قيام التلبس بالجريمة قبل لحظة اتخاذ مأمور الضبط القضائي أي إجراء، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون الإجراء على التلبس سابقا له لا لاحقا له، و هذا بسبب أن اتخاذ الإجراء سابقا على التلبس أو عدم قيام التلبس أصلا يعتبر العمل غير مشروع و عديم الأثر، و التلبس الذي يكتشف عقب إجراء سابق له غير قائم ولا يرتب أي أثر قانوني.

ولهذا؛ يعتبر من الضروري جدا أن لا يتخذ مأمور الضبط القضائي أي إجراء من إجراءات التحقيق المخولة له على سبيل الاستثناء في حالات التلبس فقط؛ إلا إذا تأكد من قيام وتحقق حالة من الحالات التي اعتبر المشرع فيها الجريمة جريمة متلبسا بها، ويترتب على هذا القول أنه إذا لم تكن الجريمة في حالة من حالات التلبس المحددة حصرا بالقانون؛ فإنه لا يتوفر على اتخاذ الإجراءات وممارسة الاختصاصات الاستثنائية من طرف مأمور الضبط القضائي، فإن اتخذها هذا الأخير باعتبارها مخالفة للقانون تعتبر باطلة وعديمة الأثر؛ بل و فوق ذلك يتعرَّض للمسائلة الجنائية.

وبوجه عام، لا يجوز لضابط الشرطة القضائية القيام بالاجراءات الاستثنائية إلا بعد قيام حالة التلبس؛ فإن اتخذها قبل ذلك الوقت كانت غير مبررة، ويعتبر شرط وجوب سبق التلبس على الإجراءات منتفيا مما يعني إخلالا بأحد شروط صحة التلبس، ويترتب عليه عدم صحة التلبس بالجريمة.[1438]

الفرع الثالث: مشروعية إدراك التلبس.

لا يكفي لصحة التلبس بالجريمة توفر الشرطين السابقين، أي سبق التلبس على الإجراءات ومشاهدة مأمور الضبط القضائي لحالة التلبس بنفسه؛ بل لابد من توفر شرط ثالث يتمثل في وجوب اكتشاف التلبس بطريقة مشروعة، وهذا الشرط ضروري جدا؛ إذ يجب على مأموري الضبط القضائي احترام القانون وتحري المشروعية في أعمالهم التي يقومون بها؛ وإلا تقوم مسؤوليتهم الجنائية.

ومعنى المشروعية هو أنها:" السمة التي يتعين أن يكون عليها سلوك الأفراد، وإذا كان القانون يتطلب توافر هذه الصفة في سلوك الأفراد فإن ذلك أدعى إلى تطلبها في سلوك رجال السلطة العامة؛ لأنه لا يعقل أن يفرق القانون بين الخاضعين لتنفيذه و أولئك القائمين على هذا التنفيذ، فيجعل السلوك غير المشروع من جانب الأفراد مجرما عنه إذا كان صاد ار عن رجال السلطة العامة.

[1436] -ياسين فاطيمة الزهراء كنزة، المرجع السابق، ص54.

[1437]-إبراهيم حامد طنطاوي، التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية، الطبعة الأولى، النسر الذهبي للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1995، ص31.

[1438] -عمر خوري ،شرح قانون الإجراءات الجزائية، مكتبة الرازي، الجزائر، 2007، ص 50.

وتبرز قاعدة مشروعية سلوك رجال السلطة العامة في نطاق التلبس بالجريمة، فالتلبس مصدر السلطات الاستثنائية لمأموري الضبط القضائي تنطوي على مساس بحريات الأفراد، مما يتطلب أن يكون إثبات التلبس قد تم من خلال عمل مشروع.[1439]

بناء على هذا كله؛ نخلص إلى أن العبرة في مشروعية أو عدم مشروعية وسيلة الكشف عن حالة التلبس هي بمطابقتها للقانون؛ فإذا كان السلوك مخالفا للقانون وما يقضي به في هذا الشأن كان الإجراء باطلا، وبالتالي لا يترتب أي أثر قانوني، فلا يجوز إثبات التلبس بناء على أعمال غير مشروعة، أو تنطوي على افتراء على حقوق الأفراد دون سند من القانون.[1440]

المبحث الثاني: حالات التلبس بالجريمة والإجراءات المترتبة عليها.

تعتبر الجريمة واقعة مادية تقع في ظروف مختلفة ومتنوعة، وغالباً ما يفلح المجرم في ارتكاب الجريمة بعيداً عن الأعين من جهة دون أن يترك دليلاً سهل الالتقاط من جهة أخرى، وهذا نتيجة للتخطيط المسبق أو لاحتراف هذا المجرم.

إلا أنه قد يحدث وألاً يحالف المجرم الحظ؛ فيشاهد وهو يرتكب الجريمة أو تشاهد وقائع الجريمة بعد وقت يسير من حدوثها، وقد لاُ يحسن هذا المجرم إخفاء الأدلة التي تدينه، فيدرك أحد ضباط الشرطة القضائية هذه الجريمة، فتكون هذه الأخيرة حينئذ متلبسًا بها، ولمأمور الضبط القضائي حينها أن يمارس سلطات التحقيق التي خَّوله إياها القانون في حال التلبس بالجرائم.

المطلب الأول: حالات التلبس بالجريمة.

حالة التلبس تتعلق باكتشاف الجريمة في وقت معين، ولا تتعلق بأركان الجريمة أو مراحل تنفيذها.

ويتميز التلبس بأنه مرتبط بالجريمة دون فاعلها وتكون الجريمة في حالة تلبس بسماع صوت استغاثة المجني عليه إثر سماع صوت طلقات الرصاص، ولو لم يشاهد من أطلقه، وفي حالة شم ارئحة مخدر تتصاعد من مسكن المتهم، ولو لم يشاهد أثناء تدخينه إياه، وفي حالة رؤية حريق مشتعل رغم عدم وجود الجاني، وحتى إذا شوهد المذكور أثناء ارتكابه للجريمة فلا يكون متلبسا بالجريمة، وإنما الجريمة هي التي تكون في حالة تلبس.

ويستلزم التلبس ذو الآثار الإجرائية المتميزة بوجود مظاهر خارجية تنبئ بذاتها عن ارتكاب الجريمة، يعتبر التزام مبدأ الشرعية من خصائص القانون الجنائي؛ ولهذا يتقيد هذا الأخير بأحكام هذا المبدأ، وبما يترتب عليه من نتائج، وأهم هذه النتائج؛ حظر القياس.[1441]

ومن هذا المنطلق؛ فإنه يصح القول بأن حالات التلبس مذكورة على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، فلا يجوز إضافة حالات أخرى عن طريق القياس، وهذه هي غاية الحصر أو هدفه ذلك، وتوصف الجناية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها ببرهة وجيزة إذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه إياها.

كما تعتبر الجناية أو الجنحة متلبسا بها من وقت وقوع الجريمة اذا تبعه المجني عليه او تبعته العامة بصياح أو وجدت في حيازته في وقت قريب جدا أشياء أو وجدت آثار أو دلائل تدعو إلى افت ارض مساهمته في الجناية أو الجنحة.

الفرع الاول: التلبس الحقيقي والفعلي.

مشاهدة الجريمة حال و عقب ارتكابها، تعتبر مشاهدة الجريمة حال وقوعها معاصرة للحظة ارتكابها، أي أنه في هذه الحالة تكون المدة الفاصلة بين لحظة وقوع الجريمة واكتشافها أقرب إلى الانعدام منها إلى الطول، وتليها حالة مشاهدة الجريمة عقب أي بعد

[1439] -إبراهيم حامد طنطاوي، المرجع السابق، ص47.

[1440] -ياسين فاطيمة الزهراء كنزة، المرجع السابق، ص61.

[1441] -عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري ،الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1998، ص 85.

وقوعها بزمن يسير أو ببرهة يسيرة، أي أنه في هذه الحالة يتوفر بل يقتصر على اللحظات اليسيرة فقط لا اكثر فاصل من الزمن لكنه لا يكون طويلا بها، وفي هاتين الحالتين تعتبر الجريمة جريمة متلبسا بها.[1442]

أولا: مشاهدة الجريمة حال ارتكابها.

عدت مشاهدة الجريمة وقت وقوعها أو حال ارتكابها من أظهر حالات التلبس، حتى ذهب بعض الفقهاء إلى الاصطلاح عليها بمصطلح" التلبس الحقيقي" وتعني هذه الحالة أن الركن المادي للجريمة قد وقع تحت أنظار مأمور الضبط القضائي.

وكما سبق القول ففي هذه الحالة يصدق قول الفقه في أن التلبس ينصرف إلى الركن المادي للجريمة بينما لا يصدق في حالات أخرى: وللتفصيل أكثر تتحقق هذه الحالة بأن تكون المشاهدة قد وقعت في لحظة ارتكاب الجريمة وقبل الانتهاء منها، ويكفي أن تتحقق المشاهدة في أية مرحلة من مراحل ارتكاب الجريمة حتى ولو كانت المرحلة النهائية.[1443]

وفي هذا الموضع نؤكد أن المشاهدة لا ينحصر معناها في الرؤية فقط، وهذا ما توضحه الدكتورة فوزية عبد الستار بقولها:" ينصرف قصد الشارع بلفظ "المشاهدة إلى الرؤية البصرية أو إلى أي حاسة من الحواس الأخرى التي يدرك بها الشاهد وقوع الجريمة."

والأمثلة على مشاهدة الجريمة وقت وقوعها كثيرة، وإذا حاولنا ذكر مثال عن كل حاسة البصر من الحواس التي يمكن مشاهدة الجريمة بها؛ ومشاهدتها بحاسة البصر: مثالها أن ضابط الشرطة يشاهد شخصا يغمد سلاحه الأبيض في جسم المجني عليه، أما مشاهدتها بحاسة الشم وأمثالها أن يشم الضابط رائحة المخدر من لفافة يحملها أحد الأشخاص، ومشاهدتها بحاسة السمع مثالها أن يسمع الضابط صوت استغاثة من داخل مسكن ثم يعقبه طلق ناري، أما بحاسة اللمس وأمثالها أن يلمس مأمور الضبط القضائي بشكل عفوي ملابس أحد الأشخاص فتقع يده على مسدس وقد تكون المشاهدة بحاسة التذوق، ومثالها أن يتذوق مأمور الضبط القضائي طعاما فيتبين فساده، وقد تتداخل الحواس، أي قد يشاهد ضابط الشرطة القضائية الجريمة بحاستين أو أكثر، ومثال ذلك أن يشم الضابط رائحة المخدر تنبعث من داخل المقهى، ولما يقترب يرى المخدر يعد للاستعمال، أو أن يتذوق الضابط أحد الأطعمة أو الأشربة فيتبين فساده وما إن تقع عيناه على العبوة إلا ويبصر انتهاء فترة الصلاحية.[1444]

وهذا كله إذا شاهد ضابط الشرطة القضائية بنفسه الجريمة متلبسا عنها فقط ولم يشاهدها بنفسه؛ فإنه يجب على الضابط في هذه الحالة أن لا يكتفي بمجرد إبلاغه من الغير، يتعين عليه الانتقال لمكان ارتكاب الجريمة.

فإن أدرك الجريمة وشاهدها بنفسه ولو في مرحلتها النهائية تكون هذه الجريمة متلبسا بها وفقا لهذه الحالة الأولى، أي أنها مشاهدة حال ارتكابها.

ثانيا : مشاهدة الجريمة عقب ارتكابها.

قد لا يتيسر مشاهدة الجريمة حال ارتكابها من طرف ضابط الشرطة القضائية؛ إلا أنه تقوم حالة التلبس، وذلك إذا أمكن مشاهدة الجريمة عقب ارتكابها حسب تعبير المشرع الفلسطيني في المادة 26 من قانون الاجراءات الجزائية أو عقب ارتكابها ببرهة وجيزة حسب تعبير المشرع ولا يعتبر التلبس في هذه الحالة حقيقيا بل حكميا او اعتباريا، وتعني هذه الحالة أن مأمور الضبط القضائي لم يشاهد الجريمة حال ارتكابها، وإنما شاهد الآثار أو المعالم التي تدل على أن الجريمة وقعت منذ وقت قصير، أو بعبارة أخرى:" تتحقق مشاهدة الجريمة في هذه الحالة من خلال آثارها والأدلة المترتبة عليها، والتي تفصح في حد ذاتها على أن الجريمة ارتكبت منذ وقت يسير"، ومثال هذه الحالة مشاهدة جثة قتيل تنزل منها الدماء، أو بقاء النار ملتهبة.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس من اللازم أن تكون الجريمة قد خلفت أثار ماديا كدم ينزف أو نار تشتعل؛ بل يصح أن تكون قد تخلفت عنها ودلت عليها آثار ومظاهر معنوية، كانفعال المجني عليه وفزعه إثر الشروع في قتله برصاصة لم تصبه.

[1442] -ياسين فاطيمة الزهراء كنزة، المرجع السابق، ص 20..

[1443]-منير عبد المعطي، المرجع السابق، ص 29.

[1444]-ياسين فاطيمة الزهراء كنزة، المرجع السابق، ص21.

وفي سبيل التمييز بين هذه الحالة والحالة الأولى، يورد الدكتور إبراهيم حامد طنطاوي"بالنسبة للحالة الأولى يتحقق مأمور الضبط القضائي بإحدى حواسه من الأفعال المكونة للنشاط الإجرامي للجاني كلها أو بعضها، بينما في الحالة الثانية يقتصر ادراكه على النتيجة الإجرامية للجريمة وما يتخلف عنها من آثار أخرى أيضا تتميز الحالة الاولى بانعدام الفاصل الزمني بين ارتكاب الجريمة وإدراكها بمعرفة مأمور الضبط القضائي، أما في الحالة الثانية يتحقق إدراك مأمور الضبط القضائي للجريمة بعد ارتكابها، مما يعني وجود فاصل زمني بين لحظة وقوع الجريمة وبين اللحظة التي يتم فيها إدراكها.[1445]

والملاحظ أن تحديد الزمن هام جدا لتقرير مدى قياس التلبس على أساس الحالة الثانية من الأحوال الواردة في القانون حصرا، وغالبية الفقهاء يذهبون إلى القول بأنه لابد أن يكون الفاصل الزمني بين لحظة وقوع الجريمة ولحظة اكتشافها ومشاهدتها قصيرة، ويشرحون كلمة "عقب" بأن المشرع يقصد بها الزمن التالي لوقوع الجريمة مباشرة، وهذا هو الراجح؛ إذ أن بعد الزمن ينفي وصف التلبس عن الجريمة، فتبقى جريمة عادية أي غير متلبس بها.

الفرع الثاني: التلبس العتباري.

تعد حالة وجود أشياء المشتبه فيه إحدى حالات التلبس بالجريمة، غير أن مع التلبس هنا هو تلبس حكمي أو اعتباري، وقد أورد المشرع هذه الحالة ضمن الفقرة الثالثة من المادة 26 من

قانون الإجراءات الجزائية التي تنص أنه:" إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً

آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها، أو إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك"

من خلال هذا النص تكون الجريمة متلبسا بها أداة المشتبه في ارتكابه الجناية أو الجنحة من الالات او أسلحة او أمتعة او اوارق او اشياء اخرى او وجدت به علامات أو آثار تفيد

بارتكابها ومثالها المسدس أو الخنجر ومختلف الأسلحة أي الوسيلة التي ارتكبها بها و الآلات التي استعملها الجاني في اقترافها لجريمة أو تكون هي محل الجريمة، ومثالها الأشياء المسروقة المتحصل عليها من الجريمة، ولهذا يصطلح البعض على هذه الحالة:"بحالة ضبط أداة الجريمة أو محلها مع المشتبه فيه.[1446]"

ولا يكفي لقيام التلبس لهذه الحالة مجرد العثور على هذه الأشياء لدى المشتبه فيه فقط؛ بل يشترط لتحقق هذه الحالة أو الصورة أن يكون ضبط الجاني قد تم بعد وقوع الجريمة بوقت قريب ويشترط أن تكون هناك صلة بين وجود هذه الأشياء مع المتهم وبين وقوع الجريمة، فيتبين إذن أنه لابد من توفر شرطين لقيام حالة التلبس هذه، وهما: الشرط الأول أن يتم ضبط المشتبه فيه بعد وقوع الجريمة بوقت قريب، ونلاحظ أن المشرع لا يكتفي بتحديد الوقت بالقريب فقط؛ بل يشترط أن يكون قريبا ونستخلص رغبته في تقصير الفاصل الزمني بين لحظة ضبط المشتبه فيه يحوز الأشياء وبين لحظة وقوع الجريمة؛ إلا أنه في جميع الأحوال لم يحدد الفاصل الزمني، مما يفهم منه أنه يخضع لتقدير ضابط الشرطة القضائية تحت مراقبة قاضي الموضوع؛ بل وفوق ذلك لا يخضع هذا الأخير في تقديره لرقابة محكمة النقض في العقل و المنطق ما دام استخلاصها سائغا في العقل والمنطق وكل هذا ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة التي ذكرناها في تقدير مدى تحقق حالة التلبس.

ولعل الحكمة من اشترطت مثل هذا الشرط في هذه الحالة، هو الحرص على الوصول إلى الحقيقة، ويذكر الأستاذ منير عبد المعطي نقطة مهمة تؤكد هذا، حيث يقول" والسائد في الفقه أن المتهم يجب مشاهدته في هذه الظروف في وقت قريب من وقوع الجريمة بحيث لا يحتمل أن تكون الأشياء أتت له من شخص آخر أو أي مصدر آخر."[1447]

[1445] -إبراهيم حامد طنطاوي ، المرجع السابق ، ص15.

[1446]-منير عبد المعطي، المرجع السابق، ص31.

[1447] -ياسين فاطيمة الزهراء كنزة المرجع السابق، ص 28.

الشرط الثاني: أن تكون هناك صلة وثيقة بين وجود الأشياء مع المشتبه فيه وحادث الجريمة، وهذا الشرط لا خلاف في وجوب توافره كما أنه يعتبر شرطا ضروريا من جهة ومنطقيا من جهة أخرى؛ إذ لا يكفي لقيام حالة التلبس هذه أن يوجد المشتبه فيه أشياء ويضبط في وقت قريب جدا من وقت وقوع الجريمة؛ بل من الضروري أن يثبت أن الأشياء التي وجدت في حوزة الشخص المشتبه في ارتكابه الجريمة تتصل بالجريمة بصلة وثيقة، أي يكون لهذه الأشياء علاقة وطيدة مع الجريمة بحيث تكون إما هي أداة الجريمة أو محل الجريمة وهي الأشياء الناتجة عنها، وبالتالي لا يتحقق هذا الشرط ولا تقوم حالة التلبس لو افترضنا انه ضبط لدى المشتبه فيه سكين عليها آثار دم مثلا اذا كانت الجريمة هي جريمة سرقة بدون عنف؛ لعدم الصلة ما بين الأشياء المضبوطة و الجريمة، أو يضبط سلاح ناري مع المشتبه فيه و الجريمة هي جناية قتل بالسلاح الأبيض بينما تقوم حالة التلبس هذه لو ضبط مع المشتبه فيه مسدس والجريمة كانت جريمة قتل بالرصاص.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع اشترط أن تكون هذه الأشياء في حيازة المشتبه فيه لا ان تتصل به اتصالا ماديا كأن يكون حاملا لها بل تكون الأشياء في يدي المشتبه فيه وهذا هو معنى الحمل، ولو افترضنا صحة هذا القول؛ فإنه يشترط أن يكون الفاصل الزمني بين لحظة وقوع الجريمة ولحظة رؤية الأشياء مع المشتبه فيه قصي أًر إلى درجة أن لا يتعدى بضع اللحظات أو الدقائق؛ إذ لا يعقل أن يبقى الجاني حاملا أدلة الجريمة ولا يتخلص منها لوقت أطول من ذلك.

و حيازة الأشياء التي تكون قد استعملت في ارتكاب الجريمة أو نتجت عنها أي تحصل عليها الشخص بعد ارتكابها، تعتبر قرينة قوية ضد المتهم على اقترافه الجريمة أو مشاركته فيها، ويترك تقدير ذلك للقاضي وظروف ارتكاب الجريمة.[1448]

وتعد حالة وجود آثار أو دلائل أو علامات مع الشخص المشتبه فيه إحدى حالات التلبس

بالجريمة كذلك، إلى جانب الأحوال الأخرى، غير أن التلبس في هذه الحالة كذلك ليس تلبس

حقيقي بل هو تلبس حكمي أو اعتباري، ونقول هذا لإيضاح الصنف فقط لا أكثر؛ إذ كل مايهم في المسألة أن هذه الحالة تعتبر حالة تلبس بالجريمة.

وقد أورد المشرع هذه الحالة ضمن الفقرة الثالثة من المادة 26 من قانون الاجراءات الجزائية والأمثلة على هذه الآثار أو العلامات كثيرة نذكر منها وجود بقع دم على جسم الجاني أو قصاصات من شعر المجني عليه ويمكن القول أنه يستوي أن تكون هذه البقع قد تواجدت على يديه أو ملابسه التي ارتداها أو على وجهه، ومن الأمثلة كذلك وجود جروح او خدوش أو كدمات أو دماء تنزف من الجاني أو تمزيق ثيابه.

وتعد متابعة المجني عليه أو تتبع العامة للمشتبه فيه بالصياح حالة من الحالات التي تعتبر فيها الجريمة متلبسا بها غير أن التلبس في هذه الحالة إذا أردنا التصنيف؛ ليس تلبسا حقيقيا بل هو تلبس حكمي أو اعتباري، وبهذا نجد أن حالات التلبس غير الحالة الأولى كلها تصنف ضمن التلبس الاعتباري.[1449]

وقد ذكر المشرع هذه الحالة ضمن المادة 26 من قانون الاجراءات الجزائية في الفقرة الثانية والتي تنص:"إذا تبع المجني عليه مرتكبها أو تبعته العامة بصخب أو صياح أثر وقوعها." ومن خلال هذا النص يتضح أن تتبع المشتبه فيه من طرف العامة او من طرف المجني عليه إثر وقوع الجريمة بوقت قريب جدا.

ومثال هذه الحالة هو أن يشاهد مأمور الضبط القضائي بعض المارة يجرون وراء الشخص المشتبه فيه و هم يصيحون(سارق، سارق)، أو الإشارة بالأيدي والصياح ولتقوم حالة التلبس هذه لابد من توفر مجموعة من الشروط التي يتعين لقيام حالة التلبس في هذه الحالة أن يثبت أن هذا التتبع مع الصياح قد تم إثر وقوع الجريمة ويلاحظ في هذه الحالة أن التتبع والصياح معا لا غنى عنهما، ويتبين من هذا أنه لتقوم حالة التلبس ان يقوم المجني عليه او العامة بتتبع الجاني بالصياح او بصخب اثر ارتكابه الجريمة.[1450]

[1448]-منير عبد المعطي، المرجع السابق، ص33.

[1449] -إبراهيم حامد طنطاوي، المرجع السابق، ص 20-21.

[1450]-احمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص492.

المطلب الثاني: الاجراءات القانونية الواجبة في حالة التلبس.

إن معرفة حالة التلبس والإجراءات المتعلقة بها و معرفة الطبيعة القانونية لهذه الإجراءات، يؤدي الى إيضاح وبيان الصلاحيات والإجراءات المخولة لمأموري الضبطية القضائية في حالة التلبس هذه، والتي تعتبر استثناء عن الأحوال العادية في التحريات الأولية. وتظهر أهمية تحديد الطبيعة القانونية لإجراءات التلبس بالنسبة لمأموري الضبطية القضائية في كونها تعد ضابطة ومحددة لعمل الضبطية القضائية في هذه المرحلة بالذات وهذا لكي لا تخرج بذلك عن إطار الصلاحيات المخولة لها استثناء أثناء حالة التلبس هذه، وهذا الضبط و التحديد إنما هو ارجع أساسا لطغيان صفة الطابع الجبري على إجراءات هذه المرحلة، والتي هي في الأصل صفات أساسية لمرحلة التحقيق أما أهمية بيان طبيعتها بالنسبة للمشتبه فيه فتظهر جليا في تمكين المشتبه فيه من معرفة حقوقه ويطالب بها كحقه في الاتصال بأهله وأسرته وحقه في طلب طبيب لفحصه إلى غير ذلك من الحقوق.[1451]

ومن هنا، تبرز أهمية آثار التلبس بالجريمة؛ إذ لم تنظم الجريمة المتلبس بها إلا لتحديد نطاق أو مجال تطبيق أو ترتيب آثار التلبس بالجريمة.

وتتمثل هذه الآثار التي يخص المشرع ترتيبها على الجرائم المتلبس بها بشكل عام في منح السلطات أو الاختصاص الاستثنائية للضبطية القضائية، وهذه الأخيرة منها ما يتعلق بالاستدلال ومنها ما يتعلق بإجراء بعض إجراءات التحقيق.

الفرع الاول: وجوب الانتقال الى مكان الجريمة فوار.

عند قيام حالة من حالات التلبس بالجريمة في مواد الجنايات والجنح وتوفر الشروط المتعلقة بالصحة؛ فإن أول سلطة من السلطات التي منحها المشرع لمأمور الضبط القضائي هي القيام بإجراء الانتقال إلى مكان وقوع الجريمة، ويتميز هذا الواجب أو الإجراء بأنه ذو طبيعة استدلالية وقد ذكر المشرع هذا الإجراء في المادة 27 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص على أنه:" يجب على مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن ينتقل فوراً إلى مكان الجريمة، ويعاين الآثار المادية لها ويتحفظ عليها، ويثبت حالة الأماكن والأشخاص وكل ما يفيد في كشف الحقيقة، ويسمع أقوال من كان حاضراً أو من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الجريمة ومرتكبيها، ويجب عليه أن يخطر النيابة العامة فوراً بانتقاله، ويجب على عضو النيابة المختص بمجرد إخطاره بجناية متلبس بها الانتقال فوراً إلى مكان الجريمة."

ويستخلص من هذه النص أن المشرع قد أوجب على مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة الانتقال إلى محل الواقعة، وذلك لأن سرعة الانتقال فوار تمكن المأمور من إثبات الجريمة وهو أمر يتوقف عليه الوصول إلى الحقيقة إلى حد كبير، كما أن المشرع يهدف من ذلك إلى إدراك الجريمة ومعالمها قبل أن تمتد إليها يد العبث أو التضليل، كما يفهم من النص السابق أن واجب الانتقال إلى مكان الحادث يقتصر على حالة التلبس بجناية أو جنحة، أما حالة التلبس بالمخالفة فلا يلزم فيها الانتقال لبساطتها

الفرع الثاني: جمع الإيضاحات.

معاينة الآثار المادية للجريمة والمحافظة عليها، فالغاية والهدف من وراء اجراء الانتقال إلى مكان الواقعة هو معاينة الآثار المادية للجريمة، و المحافظة على هذه الآثار[1452] كما يظهر جليا من نص المادة 27 حيث أن الانتقال لمحل الجريمة غرضه هو القيام بباقي الإجراءات من حفاظ على الآثار المادية التي تخلفت الإيضاحات، وذلك كله في سبيل الوصول إلى الحقيقة، وليس لمجرد عن الجريمة وجمع الانتقال فحسب.

[1451]-ياسين فاطيمة الزهراء كنزة، المرجع السابق، ص68.

ISSN:2509-0291

ويجب على مأمور الضبط القضائي بمجرد انتقاله الى مكان الواقعة أن يخطر النيابة العامة فوار بانتقاله ويجب على عضو النيابة المختص الانتقال إلى مكان الجريمة بمجرد إخطاره بجناية متلبس حيث أن المشرع لم يحصر الانتقال بمأمور الضبط القضائي بل نص صراحة على وجوب انتقال عضو النيابة العامة في مواد الجنايات.

الفرع الثالث: صلاحية منع الحاضرين من المغادرة في حالة التلبس.

ويعتبر سماع الشهود والحاضرين بغير يمين في مكان الجريمة إجراء ذو أهمية بالغة بالنسبة لمأمور الضبط القضائي في الاستدلال والتحري عن الجرائم المتلبس بها بهدف الوصول إلى الحقيقة، وهذا الإجراء يملكه حتى في الأحوال العادية، إذ يستطيع مأمور الضبط القضائي أن يسمع من يرى في سماع أقواله فائدة للتحقيق، لكن المستجد في حالة التلبس التي نحن بصددها أنه لضمان بقاء الشهود تحت تصرفه، يمكن لمأمور الضبط القضائي عند الانتقال لمحل الواقعة أن يمنع الحاضرين من مبارحة مكان الجريمة أو الابتعاد عنها حتى يتم تحرير محضر بالواقعة ومن جهة أخرى، استحضار من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الواقعة وهذا ما نصت عليه المادة 28 من قانون الاجراءات الجزائية والتي نصت على انه:" 1- لمأمور الضبط القضائي عند انتقاله في حالة التلبس بالجرائم أن يمنع الحاضرين من مبارحة مكان الجريمة أو الابتعاد عنها حتى يتم تحرير المحضر، وله أن يحضر في الحال من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الواقعة.

2- كل من يخالف أحكام الفقرة 1 أعلاه أو يمتنع عن الحضور يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسين ديناراً أردنياً أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا."

خاتمة

في الختام، نتوصل إلى أنه عند وقوع الجريمة لابد من النظر في ظروف اكتشافها، وهذا حتى يتبين لمأمور الضبط القضائي الإجراءات التي يتبَّعها، وأول شيء عليه القيام به هو تقدير هذه الظروف؛ حتى إذا تأكد

أن هذه الأخيرة تشكل إحدى حالات التلبُّس بالجريمة الواردة حصرا في القانون يطبق الإجراءات التي نص عليها المشرع للتصدي للجريمة المتلبَّس بها وهي اختصاصات أو سلطات مقررة على سبيل الإستثناء فقط، أما إذا تبين له أن الظروف لا تشكل حالة تلبُّس فإنه يجب عليه أن يمتنع عن ممارسة السلطات المخَّولة له في حال التلبُّس؛ لانتفاء التلبُّس، ويمارس فقط اختصاصاته العادية أما إذا مارس السلطات الإستثنائية رغم أن الجريمة قد وقعت في ظروف عادية فإنه حينها يعدُّ متعسفا متجاوزا لحدود اختصاصاته، وتجدر الاشارة الى ان تقديره يكون تحت اشراف القضاء وهذا الاشراف الغرض منه هو رقابة مأموري الضبط القضائي وحماية الأفراد من تعسف أو إساءة استعمال سلطاتهم.

ومن هذا كله يمكن استخلاص عدة نتائج أهمها:

1- إذا وقعت الجريمة في أحد حالات التلبُّس، وكانت مستوفية لشروط صحة التلبُّس، فهي جريمة متلبَّس بها فعلا ويترتب عليها آثار التلبُّس والتي يتمثل أهمها في تحويل مأموري الضبط القضائي الى السلطات الإستثنائية، والعكس صحيح فإذا لم تقع الجريمة في أحد أحوال التلبُّس أو انتفى شروط صحته لا تكون الجريمة متلبَّساً بها بل تبقى جريمة عادية، ومن ثم لا يترتب عليها سوى الإختصاصات العادية للضبطية القضائية.

2- لا يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يمارس الاختصاصات الاستثنائية التي قررها المشرع للتصدي للجريمة المتلبَّس بها إلا إذا كانت الجريمة متلبَّساً بها فعلاً، والا يعتبر قد تجاوز سلطاته ويتعرض بذلك للمساءلة والعقاب.

3- الأصل هو أن الجرائم تكون غير متلبَّس بها، والاستثناء أن تكون متلبَّساً بها، وبالنتيجة يمارس مأموري الضبط القضائي اختصاصاتهم العادية كأصل عام وبشكل دائم ولا يخَّولون بعض سلطات التحقيق إلا استثناء.

التوصيات:

1- وضع عقوبات جزائية ومدنية وادارية لمنع التعسف في اتخاذ الإجراءات والسلطات الاستثنائية من طرف مأموري الضبط القضائي لضمان احترام ارادة المشرع وضمان حماية حريات الأفراد.

2- وضع نص يحدد شروط صحة التلبس صراحة، لان الملاحظ ان هذه الاخيرة استخلصها الفقهاء من مفهوم النصوص، والأهم من ذلك أن هناك خلافاً حول هذه الشروط فيما بينهم إذ أن شرط وجوب مشاهدة التلبُّس بمعرفة مأمور الضبط القضائي مثلا هناك من يعترض عليه ولذا يقترح على المشرع ان يتدخل بالنص صراحة على شروط صحة التلُّبس بشكل لا يبقي أي مجال للتأويل.

قائمة المصادروالمراجع.

اولا: المصادر:

1- القران الكريم.

2- قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001.

3- مجموعة الاحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن الهيئة العامة لمحكمة النقض الفلسطينية، إصدار جمعية القضاة الفلسطينيين، إعداد القاضي عبد الله غزلان، الطبعة الاولى، 2012.

ثانيا: المراجع:

1- ابراهيم حامد طنطاوي، التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية، الطبعة الأولى، النسر الذهبي للطباعة والنشر والتوزيع، مصر،1995.

2- احمد صلاح الدين المحامي بالنقض، التلبس بالجريمة فى ضوء المصادر التشريعية وأحكام محكمة النقض وصيغ الدفوع والمذكرات.

3- عبد العزيز سعد، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2009.

4- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري ،الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1998.

5- عمر خوري، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مكتبة الرازي للطباعة والنشر، الجزائر، 2007.

6- عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع ، مصر ، 1999.

7- محمد علي السالم ال عياد الحلبي، اختصاصات رجال الضبط القضائي ،منشوارت ذات السلاسل ، الكويت ، 1982.

8- مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2003 دراسة مقارنة، وحدة البحث العلمي والنشر كلية الحقوق والادارة العامة جامعة بيرزيت ،2015.

9- منير عبد المعطي ، التلبس بالجريمة معلقا عليه باحكام النقض منذ انشاء المحكمة وحتى عام 2000، دار العربي للنشر والتوزيع ، مصر، 2000.

الرسائل الجامعية:

1- رميسة هاشمي، التلبس بالجريمة في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر- بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2016-2017.

ياسين فاطيمة الزهراء كنزة، جريمة التلبس في التشريع العقابي الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2022-2023.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

اغلاق الحساب البنكي: جريمة عدم توفير مؤونة شيك أو نصب؟

Closing the bank account:The crime of Issuing a Check Or Fraud ?

الباحث : محمد العوفي
طالب باحث في سلك الدكتوراه
مختبر البحث في قانون العقار والتعمير ومتطلبات الحكامة الترابية جامعة محمد الأول – وجدة

الملخص:
يهدف البحث إلى التطرق لإشكالية في غاية الأهمية، وهي المتعلقة بإغلاق الحساب البنكي، وآثار ه على التكييف القانوني، وهو ما دفعني للبحث أكثر والتوصل إلى استنتاج بهذا الخصوص.
إذ يعد الشيك في وقتنا الحالي أهم وسيلة في للوفاء بالالتزامات الناتجة عن المعاملات المدنية أو التجارية، وذلك باعتبار الشيك مصدر الثقة ويقوم مقام النقود، إلا أن هذه الورقة التجارية تفقد ثقتها بالنظر لعدم توفير مؤونته وفي أحيان أخرى نظرا لكون الحساب البنكي لساحب الشيك يكون مغلقا، وهو ما يجعل الكثير من الافراد والتجار يعزفون عن تسلم الشيك، ويطالبون بالوفاء نقدا أو بأي وسيلة أخرى مضمونة.
وهو ما جعل المشرع المغربي يتدخل لحماية هذه الورقة التجارية، وخاصة بتجريم الاخلال بالثقة التي يجسدها الشيك وتحديد عقوبة لردع كل من يفكر في زعزعة هذه الثقة، إلا أن المستفيد من الشيك في كثير من الأحيان يصطدم بواقعة أخرى تجعله لا يستخلص قيمة الشيك وذلك لكون الحساب البنكي للساحب مغلق.
إلا أن القضاء بصفة عامة سواء النيابة العامة أو قضاء التحقيق وقضاء الحكم يعطي تكييفا لإغلاق الحساب باعتباره يشكل جريمة عدم توفير مؤونة والنصب والاحتيال.
ومن خلال هذه الورقة البحثية المعمقة، يتضح أن التكييف القانوني الصحيح هو أن اغلاق الحساب البنكي ما هو إلا احتيال يستهدف من خلاله الساحب إلى ايهام المستفيد بكونه يتوفر على رصيد كاف.
وفي النهاية فإن هذا البحث يجعل من القارئ مطلعا على مختلف القوانين والتي ستساعده في اغناء رصيده المعرفي والقانوني، والتعرف عن كثب على توجه القضاء المغربي بهذا الخصوص.

Abstract:

The research aims to address a very important problem, namely the closure of the bank account, and its effects on legal conditioning, which prompted me to look further and come to a conclusion in this regard.

Today's check is the most important means of fulfilling obligations arising from civil or commercial transactions. While the cheque is the source of trust and works as cash, this trade paper loses confidence in the fact that it is not provided and sometimes because the bank account of the cheque withdrawal is closed. claims ", which makes many individuals and traders reluctant to receive the cheque, demanding payment of cash or by any other secured means.

The Moroccan legislature has therefore intervened to protect this trade paper, in particular by criminalizing disturbance of the trust embodied in the cheque and establishing a penalty to deter anyone thinking of shaking that trust. However, the beneficiary of the cheque often runs into another fact that he does not extract the value of the cheque because the withdrawal bank account is closed.

In general, however, both the Public Prosecutor's Office and the Investigation and Sentencing Tribunal provide a legal and criminal description of the closure of the account as an offence of non-provision of money, scam and fraud.

Through this in-depth paper, it is clear that the correct legal adjustment is that the closure of the bank account is a fraud whereby the withdrawal of the cheque is aimed at convincing the beneficiary that he or she has sufficient money.

Finally, this research makes the reader familiar with the various laws that will help him to develop a culture of knowledge and law and to learn more closely about the direction of Morocco's judiciary in this regard.

المقدمة:

يؤدي الشيك دورا هاما في الوفاء بالمعاملات سواء التجارية أو المدنية أو المختلطة، وهو ليس وليد اليوم وإنما يعود في نشأته إلى الصين في القرن السادس الميلادي حسب بعض الآراء وحجتهم في ذلك مذكرات الرحالة الإيطالي ماركو بولو-1324) (Marco Polo (1254الذي عاش في الصين مدة سبعة عشر عاما، ونقلها إلى أوروبا، وهي شبيهة بالكمبيالة والشيك، وسماها بالسند الطائر، لأنها تنقل النقود من مكان إلى آخر.

أما المجتمعات الإسلامية، فقد عرفت ما يشبه السفاتج منذ عصر الصحابة، فعرف فقهاء الشريعة السفتجة بأنها قرض يستفيد منه المقرض سقوط خطر الطريق، وصورته أن يقرض ماله إذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في موضع الأمن[1453].

وفي هذا الصدد يقول الباحثون – حتى من الغرب - إن العرب هم أول من استعمل الصكوك، وأن مصطلح الشيك هو أقرب لغويا ومنطقيا من مصطلح الصك منه من المصطلح الإنكليزي: to check الذي يفيد التحقق والتأكد[1454].

ولم يعرف الشيك بمعناه الحديث إلا في النصف الثاني من القرن السابع عشر، حيث تأسس بنك إنجلترا سنة 1694 الذي احتكر العملة الورقية، وحظر على الصياغ والأفراد حينها إصدار الصكوك التي كانت شائعة وقت ذاك، والتي كانت تسحب على الصيارفة، وترتب على هذا الحظر ابتكار الشيك بمعناه الحديث، فكان العميل يفتح حسابا نقديا لدى الصيرفي ويتسلم دفترا يتكون من عدة

1453محمد بن بلعيد امنو البوطيبي، الأوراق التجارية المعاصرة -طبيعتها القانونية وتكييفها الفقه، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 2006، ص 34.

1454 محمد بن بلعيد امنو البوطيبي، مرجع سابق، ص 36.

صكوك يتولى العميل تكملة بياناته، وتتضمن أوامر للمصرف بأداء المبلغ المعين بالصك على ذه الصكوك، ومنذ ذلك الوقت شاع استعمال الشيك في إنجلترا ومنها انتقل إلى سائر بلدان أوربا[1455].

وقد ظهر في المملكة المغربية منذ دخول النظام البنكي في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين تقريبا، إذ نشأت بعض فروع المكتب الوطني للخصم في طنجة وفاس والدار البيضاء والصويرة سنة 1896م، وللشركة الجزائرية للبنوك سنة 1940، وللبنك الألماني للشرق سنة 1906.

ولقد عمدت هذه الفروع منذ أن بدأت تزاول نشاطها علنيا وقانونيا في عهد السلطان مولاي الحسن الأول والسلطان مولاي عبد العزيز، إلى التعامل بالأوراق التجارية من كمبيالات، وسندات إذنية، وشيكات بنكية[1456].

وعرف الفقه[1457] الشيك بأنه عبارة عن محرر مكتوب هو الآخر وفق قيود شكلية حددها القانون يتضمن أمرا من الساحب (المحيل) إلى المسحوب عليه بدفع مقدار من النقود إلى المستفيد، فيعد دائماً أداة وفاء ، لذلك يستحق الوفاء بمجرد الاطلاع.

وتكمن أهمية الشيك باعتباره أداة وفاء في الثقة التي يحملها، وكل اخلال بهذه الثقة تترتب عنه آثار ليس على المستفيدين من قيمته وإنما حتى على الاقتصاد الوطني، ويتجلى ذلك في كون المبالغ الناتجة عن الشيكات توفر للبنوك ودائع مما يساعدها على منح الائتمان كما أن التعامل بالشيك في حالة الوفاء به يسهل على الدولة مكافحة التهرب الضريبي بين التجار والشركات وتتبع مصادر الأموال.

وقد عرف الشيك اقبالا من طرف الكثير من الفئات، مما جعل المشرع المغربي يحدد بعض القوانين المؤطرة له سواء في ظهير الالتزامات والعقود أو في مدونة التجارة أو في القانون الجنائي.

إلا أن تزايد الاقبال على الشيك، نتج عنه عدة جرائم متعلقة به، منها عدم توفير المؤونة أو النصب أو التزييف أو التزوير، بالإضافة إلى أن أغلب عوارض الأداء تتعلق بانعدام أو عدم كفاية المؤونة بنسبة تقدر% 53، ثم يليه تظهير غير صحيح وعدم مطابقة إمضاء الساحب مع نموذج الإمضاء وعدم تطابق المبلغ بالأحرف في الصورة مع المبلغ المنطقي وغياب تاريخ الإصدار، وصلت نسبة رفض الشيكات لجميع الأسباب، إلى 2.56% خلال 2015 مقابل 2.55 عام 2014. وتجدر الإشارة إلى أن مستوى هذه النسبة ظل مستقرا نسبيا منذ عام 2008، حيث بلغ متوسطها خلال هذه الفترة حوالي 2.4%[1458].

وانطلاقا من هذه الاحصائيات، يتضح أن الشيك لم يعد أداة وفاء مضمونة، مما جعل المحاكم تعج بالشكايات التي تتقاطر عليها من طرف الضحايا، إذ أن هناك الكثير من المحاكم لها شعبة خاصة لقضايا الشيك بدون مؤونة، وهذا الذي جعل النيابات العامة في مختلف محاكم المملكة تتابع الساحب، من أجل عدم توفير المؤونة أو النصب أو تجمع بين متابعتين النصب وعدم توفير المؤونة في حالة كان حساب الساحب مغلق، وهو موضوع البحث، مما يجعلنا نطرح عدة تساؤلات من قبيل هل اغلاق الحساب يمكن اعتباره جنحة عدم توفير المؤونة؟ أو نصب؟ أو كلاهما معا؟

وللإجابة عن ذلك ارتأيت تقسيم الموضوع إلى مطلبين، بحيث سأخصص الحديث عن الإطار العام لجريمتي عدم توفير مؤونة الشيك والنصب(المطلب الاول) في حين سأخصص للحديث عن التكييف القانوني لواقعة اغلاق الحساب البنكي.

المطلب الأول: الإطار العام لجريمتي عدم توفير مؤونة الشيك والنصب

إن الحديث عن الجريمتين معا باعتبارهما تنصبان على الأموال، ونظرا لكون الشيك يعتبر سببا في المتابعات من طرف النيابة العامة، إذ أن من شروط قبول الشكاية هو توفرها على جسم الجريمة أي الشيك الأصلي وشهادة رفض الوفاء (Le certificat de refus de paiement)، وفي كثير من الأحيان عندما يتبين للنيابة العامة أن هذه الشهادة تتضمن اغلاق الحساب (compte

1455 صليحة حاجي، شرح وسائل الأداء والائتمان، الطبعة الأولى، مطبعة حذيفة، 2018، ص 110.

1456 أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار نشر المعرفة، 2004، ص 15.

1457 محمد بن بلعيد امنو البوطيبي، مرجع سابق، ص 28 و29.

1458 عوارض الأداء المتعلقة بالشيكات منشورة على موقع بنك المغرب bkam.ma.

(clôturé، مما يجعلها تتابع الساحب من أجل عدم توفير المؤونة أو النصب وفي غالبية الأحيان تجمع بين المتابعتين، ولفهم ذلك بعمق، لا بد من الحديث عن الجريمتين معا، جنحة عدم توفير المؤونة (الفقرة الاولى) ثم جنحة النصب (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: جنحة عدم توفير المؤونة

إن جريمة سحب شيك دون توفير مؤونة عند تقديمه للأداء هي من الجرائم التي يرتكبها الساحب ’إذ أن تعامله بالشيك، يقتضي وجود ثقة بينه وبين المستفيد، وبسبب وجود اخلال بهذه الثقة، فإن المشرع المغربي تدخل لتجريم هذا الأفعال وحماية المستفيد حسن النية، ولدراسة هذه الجريمة يتعين ابراز عناصرها التكوينية (أولا) والحديث عن القواعد الخاصة بالدعويين العمومية والمدنية(ثانيا).

أولا: العناصر التكوينية لجريمة سحب شيك دون مؤونة

إن كل جريمة لابد لاكتمالها أن تستجمع كافة عناصرها وهي العنصر القانوني والعنصر المادي والمعنوي.

1-الركن القانوني:

قبل تجريم الشيك وفق ما هو منصوص عليه في مدونة التجارة الحالية، كانت النيابات العامة تتابع الساحب الذي أصدر الشيك بدون رصيد وفق مقتضيات الفصل 543 من القانون الجنائي الذي نص:

يعد مصدرا لشيك بدون رصيد من يرتكب بسوء نية أحد الأفعال الآتية :-إصدار شيك ليس له رصيد قائم قابل للتصرف أو له رصيد يقل عن قيمته، وكذلك سحب الرصيد كله أو جزء منه بعد إصدار الشيك، أو إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم الدفع - قبول تسلم شيك صدر في الظروف المشار إليها في الفقرة السابقة، ويعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبة المقررة في الفقرة الأولى من الفصل ،540 على ألا تقل الغرامة عن قيمة الشيك أو قيمة الرصيد الناقص.

وبعد صدور القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة في سنة 1996 أصبح هو القانون الواجب التطبيق.

وقد نصت المادة 316 من مدونة التجارة على ما يلي: يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح بين 2.000 و10.000 درهم دون أن تقل قيمتها عن خمسة وعشرين في المائة من مبلغ الشيك أو من الخصاص:

- ساحب الشيك الذي أغفل أو لم يقم بتوفير مؤونة الشيك قصد أدائه عند تقديمه
- ساحب الشيك المتعرض بصفة غير صحيحة لدى المسحوب عليه
- من زيف أو زور شيكا
- من قام عن علم بقبول تسلم شيك مزور أو مزيف أو بتظهيره أو ضمانه ضمانا احتياطيا
- من استعمل عن علم أو حاول استعمال شيك مزيف أو مزور
- كل شخص قام عن علم بقبول أو تظهير شيك شرط أن لا يستخلص فورا وأن يحتفظ به على سبيل الضمان

تصادر الشيكات المزيفة أو المزورة وتبدد. ويتم مصادرة المواد والآلات والأجهزة والأدوات التي استعملت أو كانت معدة لإنتاج هذه الشيكات بأمر قضائي، إلا إذا استعملت دون علم مالكها.

إن القراءة الأولية للمادة 316 من مدونة التجارة يتبين وجود بون شاسع بين ما هو منصوص عليه في القانون الجنائي من خلال الفصل 543 وهذه المادة، إذ أن هذه الأخيرة لم تعد تتضمن عنصر سوء النية أي أن مجرد الاغفال وإن كان بغير قصد، يستوجب العقاب وإن أدى فيما بعد قيمة الشيك، بالإضافة إلى أن الفصل 543 من القانون الجنائي حدد الغرامة المالية إما قيمة الشيك أو في حالة كان الرصيد ناقص فإن الغرامة تحتسب بطرح مبلغ الشيك من الرصيد الذي توفر عليه الساحب عند تقديم الشيك للوفاء.

أما مدونة التجارة فحددت الغرامة بخمسة وعشرون في المائة من مبلغ الشيك أو الخصاص مع تحديد غرامة لا يمكن النزول عنها أي ما بين 2000 درهم و10000 درهم، ومثال ذلك الشيك الذي يحمل مبلغ 5000 درهم ويتم رفض أدائه لانعدام أو عدم كفاية المؤونة، هنا فالمحكمة عند الحكم بالغرامة فإن نسبة خمسة وعشرون في المائة من مبلغ 5000 درهم هي 1250 درهم وبالتالي تكون

ISSN:2509-0291

ملزمة بالحكم بغرامة 2000 درهم وليس 1250 درهم، وذلك راجع لكون المشرع المغربي لا يستطيع توقع المبالغ المضمنة في الشيك، لذلك نص على هذه المادة للتحقيق الردع الجنائي، وكأنه جعل من الشيكات التي تحمل مبالغ تقل عن 8000 درهم معاقب عليها بغرامة ما بين 2000 إلى 10000 درهم لكون 25% من قيمة الشيكات التي تقل 8000 درهم لا تصل إلى الحد الأدنى المحدد في المادة 316.

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض1459: «حيث تنص المادة المذكورة على أنه يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح بين الفين وعشرة الاف درهم دون أن تقل قيمتها عن خمسة وعشرين في المائة من مبلغ الشيك أو الخصاص ساحب الشيك ..... وحيث أن القرار المطعون فيه عندما أيد الحكم الابتدائي الذي أدان المتهم (المطلوب)من أجل جنحة اصدار شيك دون توفير مؤونة وعاقبه بغرامة 1000 درهم نافذة وهي غرامة تقل عن خمسة وعشرين في المائة من مبلغ الشيك يكون قد خرق مقتضيات المادة 316 من مدونة التجارة المشار إليها أعلاه وهو ما يعرضه للنقض والإبطال. »

وجاء في قرار أخر لمحكمة النقض1460: «إن ما تمسك به الطاعن من كون الغرامة المحكوم بها تجاوزت الحد الأقصى المنصوص عليه في المادة 316 من مدونة التجارة غير مجد طالما أن هذه المادة في فقرتها الثانية تفيد إمكانية تجاوز مبلغ الغرامة أكثر من عشرة آلاف درهم في حالة ما إذا كان مبلغ خمسة وعشرين في المائة من قيمة الشيك يتجاوز القدر المذكور، مما يكون معه القرار عندما صدر على النحو المذكور مبنيا على أساس قانوني سليم ولم يخرق أي مقتضى قانوني ومعللا تعليلا كافيا من الناحيتين الواقعية والقانونية » .

2-الركن المادي:

لكي تحرك الدعوى العمومية يتعين توفر شروط وهي ضرورة وجود الشيك كسند ثم عنصر اغفال الحفاظ على المؤونة أو تكوينها قصد أداء الشيك عند تقديمه.

أ-ضرورة وجود الشيك:

يشترط في المادة 316 من مدونة التجارة أن يتعلق الأمر بشيك لكي تتم متابعة الصاحب من أجل جريمة إغفال الحفاظ على المؤونة أو تكوينها قصد أداء الشيك عند تقديمه للوفاء. ذلك أن هذه الجريمة، التي تعتبر في الوقت الراهن من أكثر جرائم الشيك شيوعا في بلدنا وكذا في العديد من البلدان الأخرى التي لم تغرها بعد ظاهرة النقود الإلكترونيةMonnaie électronique ، ترتبط فقط بهذه الورقة التجارية المتمثلة في الشبك دون باقي الأوراق التجارية الأخرى كالكمبيالة والسند الأمر.

هذا، وتفرض ضرورة وجود الشيك كسند، لقيام جريمة الساحب المرتبطة بالمؤونة، أن يتم إنشاء الشيك La création وإصداره L'émission، مع مراعاة التفرقة القائمة بين فعل الإنشاء، الذي يتمثل في تحرير الشيك وتضمينه البيانات المحددة بالقانون، وبين فعل الإصدار المتمثل بدوره في قيام الساحب أو وكيله بتسليم الشيك المحرر بهذه الكيفية إلى المستفيد أو لمن ينوب عنه1461.

وهذا الشرط يجب مبرره في مقتضيات المادة 241 من مدونة التجارة والتي تنص في الفقرة الأخيرة على أن: «يعتبر الشيك المخالف للنماذج المسلمة من المؤسسة البنكية أو الذي ينقصه أحد البيانات الإلزامية غير صحيح، ولكنه قد يعتبر سندا عاديا لإثبات الدين، إذا توفرت شروط هذا السند » .

1459 القرار عدد 1910/10 الصادر بتاريخ 14/11/2007 في الملف الجنحي عدد 3079/6/10/06، والمنشور في العمل القضائي في جرائم الشيك الصادر عن وحدة الدراسات والتوثيق، سلسلة الاجتهادات القضائية، العدد 3، ص 13.

1460 قرار عدد 10/1798 الصادر بتاريخ 2004/06/23 في الملف الجنحي عدد 2003/17937، والمنشور في العمل القضائي في جرائم الشيك الصادر عن وحدة الدراسات والتوثيق، سلسلة الاجتهادات القضائية، العدد 3، ص 64.

1461 امحمد لفروجي، جرائم الشيك وعقوباتها الجنائية والمدنية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، دون ذكر السنة، ص 38.

ويرى أحد الفقه[1462] أن المؤسسة البنكية قبل أن تبحث في وجود المؤونة من عدمها، تبحث أولا عما إذا كانت صيغة الشيك هي من فئة النماذج أو الصيغ التي تسلمها، فإن كانت مخالفة لها رفضت الأداء لهذا السبب حتى ولو كانت المؤونة متوفرة تطبيقا للمواد 240 و308 إلى 311 من مدونة التجارة، ويكون رفضها هذا معللا وقانونيا وبصرف النظر عن توفر المؤونة أو عدم توفرها أو عدم كفايتها.

ومن وجهة نظري أجد أنه يجب الادلاء بأصل الشيك وليس فقط وجود نسخة منه، وذلك لعدة اعتبارات منها ما يتعلق بكونه جسم الجريمة إذ أن الشيك الذي لا تصدره المؤسسات البنكية لا يمكن اعتباره شيكا ولا يمكن المعاقبة على اصدار شيك لا يحترم مقتضيات المادة 241 من مدونة التجارة، ولكون اجراء الخبرة الخطية في حالة انكار الساحب لتوقيعه، يستلزم وجود أصل الشيك لمقارنة التوقيع المذيل به مع النموذج المودع بالمؤسسة البنكية (**Spécimen de signature**)

وهذا هو المغزى من اشتراط النيابات العامة الادلاء بأصل الشيك، وكذلك لمقارنة بين بيانات شهادة رفض الوفاء مع البيانات المضمنة بالشيك والتي قد يسهل تزويرها في حالة تم الادلاء بصورة من أصل الشيك ، والأهم تفادي متابعة نفس الشخص مرتين من أجل نفس الشيك.

ب- اغفال الحفاظ على المؤونة أو تكوينها قصد أداء الشيك عند تقديمه:

إضافة إلى إصدار الشيك بتحريره وتوقيعه وطرحه للتداول والتخلي عنه من طرف الساحب تخليا قانونيا إراديا ونهائيا يشترط ليكتمل الركن المادي لجريمة إصدار الشبك بدون رصيد ألا يتوفر الساحب على المبلغ المالي الكافي لتغطية أداء الشيك عند تقديمه من طرف المستفيد إلى البنك المسحوب عليه للوفاء، وتسلمه شهادة برفض أداء إما لعدم كفاية الرصيد أو عدم وجوده.

وذهبت مدونة التجارة عكس القانون الجنائي بأن العبرة في عدم وجود الرصيد أو عدم كفايته هو وقت التقديم حسب ما هو وارد بالمادة 316/1 من مدونة التجارة فإذا ثبت أن الساحب قد أصدر شيكا دون وجود رصيد أثناء إصداره إلا لله وفر المؤونة الكافية لتغطية قيمته بين الوقت الفاصل بين الإصدار وتقديم

الشيك للوفاء، فإن جريمة إصدار الشيك بدون رصيد يكون قد اختل ركنها المادي عكس ما كان عليه الحال في القانون الجنائي إذ أن توفير المؤونة لا يمس الركن المادي للجريمة[1463].

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض[1464]: «حيث إن القرار المطعون فيه عندما ألغى الحكم الابتدائي فيما قضى به من إدانة المطلوب من أجل عدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه للأداء اعتمد في ذلك على كون العناصر التكوينية للجريمة غير متوفرة في النازلة على أساس أن الشيك أرجع بسبب عدم كتابة المبلغ بالحروف وليس بسبب عدم كفاية الرصيد أو انعدامه.

وحيث يتبين من محضر الشرطة أن المطلوب اعترف فعلا أنه أصدر الشيك موضوع البراءة دون كتابة المبلغ بالحروف وهو اعتراف بواقعة وليس اعترافا بجريمة، مما يكون معه القرار المطعون فيه عندما علل ما قضى به على النحو المذكور، معللا تعليلا سليما وتبقى الوسيلة على غير أساس »

كما أن اثبات عدم وجود المؤونة أو عدم كفايتها يتم من خلال الاطلاع على شهادة رفض الوفاء للتأكد من وجود المؤونة من عدمها أو عدم كفايتها.

1462 أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 304.

1463 سفيان ادريوش، الإشكاليات المتعلقة بجريمة إصدار شيك بدون رصيد على ضوء الاجتهادات القضائية، مقال منشور بمجلة القانون الاقتصادي، العدد الأول، دجنبر 2007، ص 88و89.

1464 القرار القرار عدد 1461/10 المؤرخ في 2004/05/19 والصادر في الملف جنحي عدد 15270/2003 والمنشور في العمل القضائي في جرائم الشيك الصادر عن وحدة الدراسات والتوثيق، سلسلة الاجتهادات القضائية، العدد 3، ص 70.

ISSN:2509-0291

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض1465:« وحيث يتجلى من هذا التعليل أن المحكمة انتهت على إدانة الطالب بجنحة عدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه للأداء، والحال أن الشهادة الصادرة عن البنك المسحوب عليه تشهد بأن مؤونة الشيك المذكور متوفرة، وأن سبب عدم الأداء يرجع إلى تعرض الساحب عليه، الأمر الذي لا يستقيم معه تعليل القرار مع وثائق الملف مما يجعله فاسد التعليل الموازي لانعدامه وعرضة للنقض والإبطال » .

وفي قرار أخر لمحكمة النقض1466: « وحيث يتجلى من هذا التعليل أن المحكمة لئن أصابت حينما اعتبرت أن عناصر جنحة عدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه للأداء، غير متوفرة، فإنها من جهة أخرى لم تتطرق في قرارها إلى مناقشة واقعة سحب شيكات بتوقيع غير مطابق للتوقيع المودع بالبنك عمدا، وهي واقعة مادية ثابتة من أوراق الملف، ويعترف بها المطلوب في النقض كما أوردها تعليل القرار المطعون فيه نفسه وترتب عليها الأثر القانوني، وعليه فهي عندما أصدرت قرارها على النحو المذكور، لم تجعل لما قضت به أساسا سليما من القانون وعرضته للنقض والإبطال. »

ويستفاد من هذا القرار أن شهادة رفض الوفاء لا تتضمن عدم كفاية الرصيد أو انعدامه، وإنما أن التوقيع غير مطابق للنموذج المودع بالبنك، إذ أن حسب هذا القرار كان يجب عليها إعادة التكييف، ما دام أن المتهم بدوره يعترف بكونه تعمد عدم توقيع الشيك بشكل مطابق للنموذج توقيعه.

إلا أن الاشكال المطروح وهو أن شواهد رفض الأداء وفي كثير من الأحيان تتضمن سبب رفض الوفاء عدم كفاية المؤونة (insuffisance de provision)أو انعدامها (défaut de provision 1467) ، وبالتالي فإنه يصعب على المحكمة أن تحكم بالغرامة حسب قيمة الخصاص، إذ أن غالبية النيابات العامة تتابع الساحب الذي يتوفر على رصيد ناقص وليس منعدم بعدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه للأداء، كما أن المحاكم تصدر أحكامها القاضية بالغرامة المالية دون مراعاة للرصيد الذي كان المتهم يتوفر عليه عند رفض المؤسسة البنكية للوفاء، وخاصة أن الكثير من الشيكات تحمل مبالغ مالية ضخمة.

ومن وجهة نظري، أجد أن الحل الأنسب لحل هذه الإشكالية تكمن في مقتضيات المادة 362 من قانون المسطرة الجنائية والتي تنص على ما يلي « يمكن للمحكمة أن تأمر بإجراء تحقيق تكميلي، وفي هذه الحالة تعين أحد أعضائها للقيام بالتحقيق وفقاً لمقتضيات القسم الثالث من الكتاب الأول من هذا القانون »

ومن الناحية العملية يمكن للمحكمة القيام بهذا الاجراء عن طريق تكليف النيابة العامة لإعطاء تعليماتها للشرطة القضائية بالانتقال للمؤسسة البنكية المفتوح لديها الحساب البنكي للساحب، قصد استخراج الرصيد المؤقت للساحب عند تقديم الشيك أو ما يصطلح عليها (ATTESTATION DE SOLDE) أو كشف الحساب (Relevé de compte).

وقد فعلت المحكمة الابتدائية ببركان مقتضيات المادة 362 من قانون المسطرة الجنائية وجاء في حيثياته ما يلي1468: « وحيث إن الثابت من كشوفات الحساب المدلى بها من طرف السيد وكيل الملك تنفيذا لأمر المحكمة بإجراء تحقيق تكميلي في إطار المادة 362 من ق م ج والتي ثبت من خلالها أن المتهم كان يضخ مبالغ مالية في الشركة تتجاوز بكثير المبالغ المالية التي يقوم المشتكي بإيداعها. »

1465 قرار محكمة النقض عدد 497 الصادر بتاريخ 2013/06/12 في الملف الجنحي عدد 2013/1/6/5533، منشور على موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية juriscassation.cspj.ma.

1466 القرار عدد 878 الصادر بتاريخ 2015/06/24 في الملف الجنحي عدد 2015/1/6/38، منشور في نشرة قرارات محكمة النقض، العدد 20، 2015، ص 51.

1467 CIRCULAIRE RELATIVE AU CERTIFICAT DE REFUS DE PAIEMENT DE CHEQUE:

ARTICALE 3:

Lorsque le compte du tireur ne présente pas de provision ou est insuffisamment provisionné et que le paiement du chèque peut être refusé pour d'autres motifs, l'établissement bancaire tiré doit indiquer sur le certificat de refus de paiement, outre ces derniers motifs, le motif "défaut de provision" ou "insuffisance de provision" selon le cas.

1468 حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببركان عدد الصادر بتاريخ 2023/12/25 في الملف الجنحي تأديبي رقم 2022/2101/6903، غير منشور.

ومن خلال ما سبق يتضح أن اثبات وجود المؤونة أو انعدامها أو عدم كفايتها تحسمها شهادة رفض الوفاء، وحتى وإن اعترف المتهم بعدم توفره على رصيد كاف، فإن هذا التناقض يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة وتقييمها لوسائل الاثبات، ولا مانع من تطبيق مقتضيات المادة 362 من قانون المسطرة الجنائية في حالة وجود تناقض.

3-الركن المعنوي:

لا يكفي المعاقبة على نشاط إجرامي أن يأتي الفاعل نشاطا ماديا، بل لا بد أن يتوفر الركن المعنوي الذي يسند معنويا الجريمة إليه، وهو يتوافر إذا توافر الخطأ في حق فاذا كان الخطأ متعمداً يسمى في هذه الحالة بالقصد الجنائي أو العمد. اما إذا كان غير متعمد فيسمى بالخطأ الغير العمد[1469].

ومن نص الفصل 133 من القانون الجنائي المغربي يتضح أن المشرع جعل الركن المعنوي في الجنايات قائما على القصد الجنائي أو العمد وهو نفس الأمر بالنسبة للجنح الا ما استثنى صراحة كذلك.

ويتجسد الركن المعنوي فيما يصطلح عليه بالقصد الجنائي والذي تم تعريفه بأنه القوة النفسية التي تقف وراء النشاط المجرم الذي استهدف به الفاعل إراديا الاعتداء على مصلحة من المصالح المحمية من طرف المشرع الجنائي[1470].

إن المشرع المغربي من خلال المادة 316 من مدونة التجارة جعل من جريمة عدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه للأداء، من جرائم الإهمال، إذ أنها تتحقق بمجرد اغفال تكوين المؤونة في الحساب البنكي وذلك بغض النظر عن السبب الذي حال دون ذلك، وبالتالي فهذه الجريمة لم تعد تعتبر من الجرائم العمدية.

وهنا يطرح التساؤل حول ما إذا كان بإمكان الساحب أن يتحلل من المسؤولية الجنائية، عن جريمة إغفال الحفاظ على المؤونة أو إغفال تكوينها لأداء الشيك عند تقديمه. وذلك بالتمسك بحسن نيته، كما لو دفع بكونه اعتقد عن خطأ أن الرصيد المؤقت للحساب المسحوب منه الشيك يسمح بتوفر المؤونة الكافية في أداء الشيك عند تقديمه للوفاء إلى المؤسسة البنكية المسحوب عليها؟

تبادر إلى الجواب على التساؤل المطروح بأن مسألة حسن أو سوء نية الساحب لم يعد لها أي مجال للإعمال في ظل المقتضيات الزجرية التي تتضمنها مدونة التجارة في مادتها 316 بخصوص جريمة الساحب المرتبطة بالمؤونة. فهذه الجريمة تتحقق بمجرد رفض وفاء الشيك، بسبب انعدام المؤونة أم عدم كفايتها، بعد تقديمه للوفاء إلى المؤسسة البنكية المسحوب عليها، وذلك بصرف النظر عن كون الساحب حسن ذلك أن النية أم سيئها، ذلك أن التمسك بحسن النية كان من الدفوع التي يمكن للساحب إثارتها لنفي الجريمة في نطاق متابعته بناء على الفصل 543 من القانون الجنائي المغربي الذي يشترط سوء النية في مرتكب أحد الأفعال المعاقب عليها بموجبها[1471]، أما في الوقت الراهن فإن سوء النية لم تعد تؤخذ بعين الاعتبار ما دام أن الفصل 543 من القانون الجنائي تم استبعاده ولم يعتبر الفصل الواجب التطبيق في جرائم الشيكات، وهو ما أكده قرار محكمة النقض[1472]:« وحيث إن النص التشريعي الجديد بتضمينه العقوبة زجرية ضمن المادة 316 من مدونة التجارة يكون قد ألغى العقوبة المنصوص عليها في الفصل 543 من القانون الجنائي باعتبار أن القانون اللاحق يتعارض مع القانون السابق بالنسبة لعقوبة الغرامة التي حددت في القانون الجديد ما بين ألفين وعشرة آلاف درهم على أن تقل الغرامة على 25% من مبلغ الشيك أو مبلغ الخصاص. أنه من المبادئ العامة أن القانون اللاحق يلغي القانون السابق إذا كان القانون الجديد متعارضا مع القانون السابق أو منظما لكل الموضوع الذي ينظمه وهو ما ينص عليه الفصل 474 من قانون العقود والالتزامات، ومن جهة أخرى فإنه ورد في المادة 733 من القانون الجديد (مدونة

1469 لطيفة الداودي، الوجيز في القانون الجنائي المغربي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية –مراكش-، 2007، ص 90 .

1470 لطيفة الداودي، مرجع سابق، ص 91.

1471 امحمد لفروجي، الشيك وإشكالاته القانونية والعملية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء-، مارس 1999، ص335 و336.

1472 القرار القرار عدد 312/6 المؤرخ في 1999/01/13 والصادر في الملف الجنائي عدد 98/19795 والمنشور في العمل القضائي في جرائم الشيك الصادر عن وحدة الدراسات والتوثيق، سلسلة الاجتهادات القضائية، العدد 3، ص 128.

التجارة)ما يفيد الالغاء إذ نصت على ما يلي : إن أحكام هذا القانون تنسخ وتعوض الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها حسب ما وقع تغييرها أو تتميمها، بمعنى أن النسخ لا يبقى للمقتضيات القانونية القديمة أي أثر قانوني.

وحيث إنه بمقتضى قانون مدونة التجارة فإن الفصل 543 من القانون الجنائي قد ألغي ولم يعد له أي أثر قانوني في ميدان جنح إصدار الشيكات بدون رصيد وقبولها كضمانة وأن المحكمة بتطبيقها لمقتضياته تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض.»

ثانيا: القواعد الخاصة بالدعويين العمومية والمدنية التابعة

إن كل جريمة ينتج عنها دعوى عمومية ودعوى مدنية تابعة في حالة أراد المستفيد استرجاع قيمة الشيك وتعويض مدني، إلا أن جريمة عدم توفير مؤونة شيك لها خصوصية سواء في الشق المتعلق بالدعوى العمومية أو المدنية التابعة.

1- الدعوى العمومية:

تنص المادة 2 من قانون المسطرة الجنائية: يترتب عن كل جريمة الحق في إقامة دعوى عمومية لتطبيق العقوبات والحق في إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسببت فيه الجريمة.

ويتم تحريك الدعوى العمومية الناشئة عن جرائم الشيك، إما من طرف النيابة العامة أو من طرف المتضرر الذي يحق له تحريك هذه الدعوى عن طريق الاستدعاء المباشر. وتحاط النيابة العامة علما بهذه الجرائم من طرف بنك المغرب فيما يخص الجرائم المنصوص عليها في المادتين 318 و319 من مدونة التجارة وذلك تطبيقا لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 322 من هذه المدونة، أما الجرائم المنصوص عليها في المادة 316 من ذات المدونة فتبلغ إلى النيابة العامة إما من قبل المشتكي باعتباره ضحية وإما من قبل أي كان[1473].

ويرى أحد الفقه[1474] أن من خصوصيات الدعوى العمومية في جريمة إغفال توفير المؤونة أنها لا تتوقف ضرورة الإدلاء بمحضر الاحتجاج Protêt ، وذلك لكون الدعوى العمومية المتعلقة بهذه الجريمة ليست معنية بأحكام المادة 299 من مدونة التجارة التي تنص على أن لا إجراء من طرف حامل الشيك يغني عن الاحتجاج إلا في الحالة المشار إليها في المادة 276 من هذه المدونة والمتعلقة بفقدان الشيك وسرقته. وبعبارة أخرى، فإقامة الاحتجاج مشروطة فقط في دعوى الرجوع الصرفي، أي الرجوع لعدم الوفاء.

ومن الخصوصيات أيضا أن الشيك يخضع في تقادمه لنوعين من التقادم وهو التقادم الصرفي الذي نصت عليه المادة 295 من مدونة التجارة[1475]، والتقادم الجنحي المحدد في أربع سنوات من تاريخ ارتكاب الجريمة، وفي جرائم الشيك تحتسب المدة انطلاقا من تاريخ رفض الوفاء والذي يكون بعد يوم من تاريخ تقديم الشيك للمقاصة[1476]، وفي حالة تقديمه لدى المؤسسة البنكية من طرف المستفيد شخصيا، فإن تاريخ ارتكاب الجريمة تكون في نفس اليوم[1477]، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض[1478]: العبرة في

1473 امحمد لفروجي، الشيك وإشكالاته القانونية والعملية، مرجع سابق، ص 413.

1474 امحمد لفروجي، الشيك وإشكالاته القانونية والعملية، مرجع سابق، ص 413.

1475 تنص المادة 295 من مدونة التجارة: تتقادم دعاوى الحامل ضد المظهرين والساحب والملتزمين الآخرين بمضي ستة أشهر ابتداء من تاريخ انقضاء أجل التقديم.
تتقادم دعاوى مختلف الملتزمين بوفاء شيك بعضهم في مواجهة البعض الآخر بمضي ستة أشهر ابتداء من يوم قيام الملتزم برد مبلغ الشيك أو من يوم رفع الدعوى ضده.
تتقادم دعوى حامل الشيك ضد المسحوب عليه بمضي سنة ابتداء من انقضاء أجل التقديم.
غير أنه في حالة سقوط حق الرجوع أو التقادم يبقى الحق في تقديم دعوى ضد الساحب الذي لم يقدم مقابلا للوفاء أو ضد الملتزمين الآخرين الذين قد يحصل لهم إثراء غير مشروع.

1476 إن التقديم للمقاصة لم يعد له وجود حاليا، لكون كل مؤسسة أصبحت تمتلك ماسحا ضوئيا يتم من خلال نسخ صورة الشيك، وثم معالجتها الكترونيا، ثم تتوصل المؤسسة البنكية المسحوب عليها الشيك بنسخة الكترونية من الشيك، ثم يتم الوفاء من عدمه، وهذه العملية تتم في ظرف يومين أو ما يصطلح عليه j+1 أي يوم نسخ الشيك ويوم لمعالجة الشيك ومراقبته من طرف المؤسسة البنكية المسحوب عليه.

1477 تنص المادة 267 من مدونة التجارة: الشيك مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع .
ويعتبر كل بيان مخالف لذلك كأن لم يكن .الشيك المقدم للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره، يجب وفاؤه في يوم تقديمه.

1478 القرار عدد 10/560 المؤرخ في 2004/02/25 والصادر في الملف الجنحي عدد 03/25086 والمنشور في العمل القضائي في جرائم الشيك الصادر عن وحدة الدراسات والتوثيق، سلسلة الاجتهادات القضائية، العدد 3، ص 102.

التقادم لآخر فعل ارتكبه المتهم ما دام قد أحيل في حالة تلبس علما بأن مدة التقادم الواردة في المادة 295 من مدونة التجارة المستدل بها إنما تتعلق بتقادم دعوى الرجوع الصرفي التي يحق للحامل رفعها ضد الساحب وليس بتقادم الدعوى الجنحية في جرائم الشيك.

أما بالنسبة للاختصاص فأصبحت المحكمة التي يقع الوفاء بدائرتها مختصة في جرائم الشيك.

أما بخصوص الجدلية المتعلقة بصحة الشيك شكلا كشرط لقبول الشكاية، فإنه لم يعد يؤخذ بعين الاعتبار، إذ أن اغفال ذكر مكان الإصدار أو تاريخه أو تناقض بين المبالغ المالية لا يمنع النيابة العامة من المتابعة، وهو ما أكده قرار محكمة النقض[1479]: يعاقب على اصدار الشيك بدون رصيد ولو كان معيبا شكلا لهذا تكون المحكمة قد خرقت احكام القانون لما قضت ببراءة المتهم اعتمادا فقط على أن الشيك غير صحيح لاختلاف المبلغ المكتوب بالأرقام عن المكتوب بالحروف.

أما بالنسبة لإيقاف التنفيذ فإن المشرع المغربي استثنى الغرامة المحددة في المادة 316 من وقف تنفيذها، حتى وإن قام الساحب بأداء قيمة الشيك أو حصل على تنازل من المستفيد، وهو ما أكدته المادة 324 من مدونة التجارة[1480].

2-الدعوى المدنية التابعة:

إن النيابة العامة عند بحثها في الشكايات المتعلقة بجرائم الشيك، تشترط لقبولها أن ترفق بأصل الشيك ونسختين منه، وذلك لتفادي الحكم على الساحب بعدة أحكام، إذ أن الشيك يتيح للمستفيد أن يرفع عدة دعاوى سواء كانت مدنية أو في إطار مسطرة الأمر بالأداء أو في إطار الدعوى المدنية التابعة، لذلك يشترط الأداء بأصل الشيك، وذلك لكونه يشكل جسم الجريمة لجرائم الشيك.

واشتراط النيابة العامة وجود أصل الشيك، ما هو إلا احتراما منها لمقتضيات المادتين 10و11[1481] من قانون المسطرة الجنائية، وكذلك لوجود إمكانية التعويض عن الضرر في اطار الدعوى العمومية، وفضلا عن ذلك فإن المشرع المغربي منح للقضاء سلطة الحكم بقيمة الشيك دون انتصاب المستفيد كطرف مدني، وهو ما أكدته المادة 326 من مدونة التجارة:« في حالة المتابعات الزجرية ضد الساحب يجوز لحامل الشيك الذي تنصب طرفا مدنيا أن يطالب أمام القضاء الزجري بمبلغ يساوي قيمة الشيك بصرف النظر عن حقه في المطالبة بالتعويض عند الاقتضاء. كما يجوز له أن يختار المطالبة بدينه أمام القضاء المدني.

يجوز للقضاء الزجري في حالة عدم انتصاب الطرف المدني وعدم استخلاص ما يثبت وفاء الشيك من عناصر الدعوى أن يحكم على الساحب ولو تلقائيا بأن يؤدي لحامل الشيك إضافة إلى مصاريف تنفيذ الحكم مبلغا يعادل قيمة الشيك، وتضاف له عند الاقتضاء الفوائد ابتداء من يوم التقديم وفقا للمادة 288 وكذا المصاريف الناتجة عن عدم الوفاء إذا لم يتم تظهير الشيك إن لم يكن ذلك لتحصيل قيمته وكان أصله بالملف.

في حالة تطبيق مقتضيات الفقرة السابقة، يجوز للمستفيد من الشيك أن يحصل على نسخة تنفيذية من الحكم ضمن الشروط المتطلبة في حالة تنصبه طرفا مدنيا بصورة»

1479 القرار عدد 7338 الصادر بتاريخ 1989/10/05 في الملف الجنحي 87/2126، والمنشور في العمل القضائي في جرائم الشيك الصادر عن وحدة الدراسات والتوثيق، سلسلة الاجتهادات القضائية، العدد 3، ص 141.

1480 تنص المادة 324 من مدونة التجارة: لا يمكن العمل بإيقاف التنفيذ إلا فيما يخص العقوبات الحبسية.

1481 تنص المادة 10 على ما يلي: يمكن إقامة الدعوى المدنية، منفصلة عن الدعوى العمومية، لدى المحكمة المدنية المختصة.

غير أنه يجب أن توقف المحكمة المدنية البت في هذه الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي في الدعوى العمومية إذا كانت قد تمت إقامتها.

في حين تنص المادة 11: لا يجوز للطرف المتضرر الذي أقام دعواه لدى المحكمة المدنية المختصة أن يقيمها لدى المحكمة الزجرية.

غير أنه يجوز له ذلك إذا أحالت النيابة العامة الدعوى العمومية إلى المحكمة الزجرية قبل أن تصدر المحكمة المدنية حكمها في الموضوع.

ISSN:2509-0291

وما يفهم من هذه المادة أن المطالبة بالتعويض في حالة انتصاب الطرف المدني تشمل قيمة الشيك، كما يمكن له المطالبة بالتعويض أمام المحكمة المدنية في حالة عدم الحصول على تعويض عادل[1482]، أو في حالة اغفال الحكم بالفوائد القانونية من طرف المحكمة الزجرية.

كما أن المحكمة يمكن لها تلقائيا أن تحكم بقيمة الشيك وإن لم ينتصب المستفيد كطرف مدني، وذلك بشروط أن يكون أصل الشيك original ضمن وثائق الملف، وأن يكون الساحب لم يؤد قيمة الشيك، وألا يكون الشيك تم تظهير تظهيرا توكيليا[1483].

الفقرة الثانية: جنحة النصب

سنعمل من خلال هذه الفقرة على توضيح العناصر التكوينية لجنحة النصب، ثم التطرق لعقوبتها.

أولا: أركان جنحة النصب

نظم المشرع المغربي جريمة النصب في الفصول من 540 إلى 546 من المجموعة الجنائية وحدد لها عناصرها التكوينية في الفصل 540 الذي ينص على أنه يعد مرتكبا الجريمة النصب ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم من استعمل الاحتيال ليوقع شخصا في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر.

ويتبين من قراءة هذا الفصل أن المشرع المغربي قد حدد لهذه الجريمة الأركان العامة المتطلبة لقيام أي جريمة والمتمثلة في اشتراط الركنين المادي والمعنوي لمساءلة الجاني عن ارتكابه للنصب وتوقيع العقاب المستحق عليه، ويتمثل الركن المادي في تمكن الجاني عن طريق الاحتيال من التوصل إلى الاستيلاء على مال الغير ضحية هذا الاحتيال، وأما الركن المعنوي فقوامه توافر القصد الجنائي لدى الجاني[1484].

1- الركن المادي:

عبر المشرع المغربي في الفصل 540 من القانون الجنائي على ماهية الركن المادي الجريمة النصب بقوله: يعد مرتكبا لجريمة النصب ..... من استعمل الاحتيال ليوقع شخصا في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر.

إذن فالركن المادي لهذه الجريمة يتوفر بتحقق عناصره الثلاث:

- نشاط إجرامي هو الاحتيال على المجني عليه بإحدى وسائل الاحتيال التي حددها الفصل 540 من القانون الجنائي
- نتيجة إجرامية هي إيقاع المجني عليه في غلط يدفعه إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية.
- علاقة سببية تربط النشاط الإجرامي بالنتيجة الإجرامية.

أ – النشاط الاجرامي المتمثل في استعمال الاحتيال:

يشمل النشاط الاجرامي لجنحة النصب ثلاث صور وهي: التأكيدات الخادعة للمجني عليه وإخفاء وقائع صحيحة عن المجني عليه واستغلال ماكر لغلط وقع فيه المجني عليه.

- التأكيدات الخادعة للمجني عليه: هذه التأكيدات لا يمكن أن تتحقق إلا إذا لجأ الجاني إلى الكذب بأمر من الأمور، ويستوي هذا الكذب أن يكون شفاهيا أو مكتوبا. فالكذب المقصود إذن لا يتحقق بمجرد الأقوال والادعاءات الكاذبة مهما بالغ قائلها في تأكيد صحتها، وإنما يجب أن يكون الكذب مصحوبا بأعمال مادية أو مظاهر خارجية تحمل المجني عليه على الاعتقاد

1482 فإذا أثيرت أمام القاضي المدني مسألة نشوء ضرر إضافي متولد عن نفس الواقعة التي فصل فيها جزائيا سابقا والتي كانت مصدرا للضرر الذي عوض عنه عند الفصل في الدعوى العمومية، فالقاضي المدني يلتزم بحصول الواقعة وإسنادها إلى المدان ويكون الضرر السابق قد تولد عنها لأنها من الأمور المشتركة بين الدعويين، وما على القاضي المدني إلا أن يبحث في مدى صحة قيام ضرر جديد زيادة على الضرر الابتدائي ويقدر تعويضه وكل ما عليه هو احترام القضاء الفاصل في ثبوت الواقعة أما مسألة تفاقم الضرر فيعود إليه أمر البت فيه.

1483 يقصد بالتظهير التوكيلي هو ذلك التظهير غير الناقل لملكية المؤونة، وإنما تكليف البنك لاستخلاص قيمته chèque à l'encaissement.

1484 امحمد اقبلي وعابد العمراني الميلودي، القانون الجنائي الخاص المعمق في شروح، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد سطات، 2020، ص 162.

ISSN:2509-0291

بصحتها. وكيفما كان الأمر فإنه وأمام عدم حصر المظاهر الخارجية التي يتأكد بها كذب الجاني واحتياله تتحقق جريمة النصب باستعانة الجاني بأي مظهر من المظاهر التي تشكل احتيالا يستطيع معه تأكيد جميع ادعاءاته الكاذبة وحمل المجني عليه على تسليمه ماله.

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض[1485]: وحيث إنه بتوجه المشتكين ال إلى المتهم المعروفة بكونه القوم بالرقية الشرعية ويداوي بالأعشاب الطبية بمحض إرادتهم يجعل عناصر جنحة النصب. غير ثابتة في حق، دون أن تناقش حيثيات الحكم الابتدائي الذي اعتمد في إدانة المتهم على قيامه بإيهام المشتكي بأنه سيعالج زوجته مقابل مبلغ 10.000 درهم رغم علمه بأنها ادعاءات وهمية، مما يشكل تأكيدات خادعة دفعت المشتكيين إلى الوقوع في الغلط وتقديم مبالغ مالية كما هو ثابت من تصريحاتها الأمر الذي أضر بمصالحهما المالية، وتحيط بجميع ظروف وملابسات القضية لتستخلص على ضوء ذلك ثبوت أو عدم ثبوت العناصر التكوينية للجنحة موضوع المتابعة. وبقضائها على النحو أعلاه، تكون قد أضفت على قرارها عيب نقصان التعليل المنزل منزلة انعدامه وعرضته بالتالي للنقض والإبطال.

- إخفاء وقائع صحيحة عن المجني عليه: يبقى المشرع المغربي من التشريعات الجنائية القليلة التي اعتبرت كتمان الشخص الوقائع حقيقية عنصرا مشكلا للاحتيال الذي يعد بمثابة النشاط الإجرامي في جريمة النصب ويراد بهذه الحالة تعمد الجاني إخفاء حقائق معينة على الضحية للوصول إلى غايته وهي تسليمه المال مثلا. ومجرد الكتمان لا يعد مشكلا للاحتيال في جريمة النصب إلا إذا كان منصبا على واقعة معينة لها أهميتها القصوى عند الضحية وتقدير هذه الأهمية يبقى متروكا للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي[1486]، وهو ما أكدته محكمة النقض[1487] في قرارها: وحيث يتجلى من هذا التعليل أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أبرزت العناصر التكوينية الجنحة النصب التي أدانت الطالب من أجلها، والمتمثلة في استعماله الاحتيال بإخفاء واقعة ملكيته للعقار ملكية ناقصة وهي حق الانتفاع به دون الرقبة مما دفع المطلوب في النقض إلى القيام بأعمال مست مصالحه المالية بأن قبل شراءه على أساس نقل حق الملكية مقابل منفعة مادية للطالب، واعتبرت أن ذلك يشكل جنحة النصب عن طريق الاحتيال، وأن الطالب لم يثبت سلوك المسطرة المتبعة في تفويت الأرض الجماعية موضوع النزاع. وأن باقي ما أثاره في الوسيلة هو مجرد مجادلة في وسائل الإثبات. وتكون المحكمة بذلك قد بينت دواعي اقتناعها بثبوت جنحة النصب في حق الطالب بما لها من سلطة تقديرية في تقييم وسائل الإثبات وعللت قرارها تعليلا كافيا وسليما من الناحيتين الواقعية والقانونية ويبقى ما أثير بالوسيلة على غير أساس.

- استغلال ماكر لغلط وقع فيه المجني عليه: إن الاستغلال الماكر لغلط وقع فيه الغير يقتضي تحقق أمرين:

- وقوع المجني عليه في غلط يجعله يتوهم واقعة على خلاف حقيقتها، وسواء أتى هذا الغلط تلقائيا، أو كان مديرا من شخص آخر غير الجاني، ويكون من شأن هذا الغلط أن يتكون لدى المجني عليه استعداد أو تهيؤ للتخلي عن المال للجاني.
- استغلال الجاني بكيفية ماكرة لهذا الغلط الذي وقع فيه المجني عليه، والمشرع - كما هو واضح - لم يتعرض لمفهوم المكر، ولكن يفهم من صياغته للنص أن الاستغلال ينبغي أن ينصب على تحين فرصة وقوع الضحية في الغلط بدهاء وخبث، بحيث لا يترك الجاني المجني عليه واقعا تحت تأثير غلطه وكفى، وإنما يتجاوز ذلك ويتحايل عليه بقصد تخليه عن المال إليه، والأمثلة على ذلك كثيرة نمثل لها بشخص يحمل محفظة ودفاتر يدخل معملا من المعامل فيعتقد صاحبه المكلف بوضع جدول ربط الضرائب

1485 قرار محكمة النقض عدد 12/783 الصادر بتاريخ 2022/06/14 في الملف الجنحي عدد 2021/12/6/24335، منشور على موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية juriscassation.cspj.ma.

1486 امحمد اقبلي وعابد العمراني الميلودي، مرجع سابق، ص 163.

1487 قرار محكمة النقض عدد 12/755 الصادر بتاريخ 2022/06/07 في الملف الجنحي عدد 2021/12/6/25066، منشور على موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية juriscassation.cspj.ma.

وتحصيلها، في حين أنه ليس سوى شبيه له، وعندما يدرك هذا الأخير غلط الضحية يستغله ويستولي منها على قدر من الأموال[1488].

ب- نتيجة إجرامية هي إيقاع المجني عليه في غلط يدفعه إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية: وفيما يخص العنصر الثاني المتعلق بإيقاع المجني عليه في غلط يدفعه إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية، فهو النتيجة التي يجب أن تترتب عن العنصر الأول حيث يتعين أن يؤدي استعمال المتهم لوسائل الاحتيال إلى إيقاع المجني عليه في الغلط الذي يدفعه إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية. فالنتيجة في جريمة النصب تتحقق بالاستيلاء على مال المجني عليه، أما إذا لم يتم تسليم المال رغم استنفاذ الجاني لجميع الوسائل الاحتيالية فالأفعال تكيف على أنها محاولة النصب ولا تشكل جريمة النصب التامة. وبالنسبة للعمل القضائي في المغرب، فإنه تجب الإشارة إلى أن حدوث الضرر يبقى عنصرا أساسيا لقيام جريمة النصب[1489].

ويرى أحد الفقه[1490] المساس بالمصالح المالية يشكل ضررا من الأضرار بلا خلاف، لذلك فحتى يكتمل الركن المادي في النصب التام يجب تحقق الضرر أما إن هو لم يتحقق بأن لم يقع المساس بمصالح الضحية المالية رغم استنفاذ الجاني للحيل فإننا نرى إمكانية معاقبة الجاني، لا عن جريمة نصب تامة، وإنما عن شروع فيها فقط.

ج- علاقة سببية تربط النشاط الإجرامي بالنتيجة الإجرامية:

لا يكفي وجود وسائل احتيال وقيام من تعرض لها بأعمال تمس مصالحه المالية وانما يتعين أن تتحقق العلاقة السببية بينهما، بأن تكون وسائل الاحتيال هي التي دفعت الضحية إلى القيام بالعمل الذي أضر بمصالحه المالية.

ويستخلص القاضي وجود العلاقة السببية من وقائع كل قضية وملابساتها وقاضي الموضوع هو الذي يستقل بتقرير وجود أو انتفاء العلاقة السببية لأنه الذي يقوم بفحص الوقائع وبالتالي تقدير مدى تأثير وسائل الاحتيال على المحتال عليه ، وما إذا كانت هي التي دفعته إلى العمل الضار بمصالحه المالية أو لا ، سيما وأن القاضي يأخذ في اعتباره الظروف الشخصية للضحية وكل الملابسات المحيطة بالوقائع ، هذا ما لا يتأتى إلا القاضي الموضوع ، نعم هو مطالب ببيان الوقائع والقرائن التي استخلص منها النتيجة التي انتهى اليها ، لأن قاضي النقض يراقبه في كفاية وسلامة التعليل الذي يبرر به منطوق الحكم[1491].

2-الركن المعنوي:

إن جريمة النصب من الجرائم العمدية التي يقوم ركنها المعنوي على القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، حيث يجب أن يعلم المتهم بماهية فعله، ولو كان سلبيا كإخفاء الوقائع الصحيحة وبكونه يعتبر استعمالا للاحتيال، وبأن من شأن هذا الفعل إيقاع المجني عليه في الغلط الذي يدفعه إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية.

فإذا كان المتهم قد ارتكب الفعل عن حسن نية لكونه يعتقد عن جهل يمكن العذر عنه أو غلط بأن هذا الفعل يعتبر استعمالا للاحتيال، فإن القصد الجنائي لديه يكون منتفيا[1492].

وقد أكدت محكمة النقض على ضرورة توفر العنصر المعنوي إلى جانب العنصر المادي في جنحة النصب، وقد جاء في أحد قراراتها[1493]: حيث ان المحكمة المطعون في قرارها لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي ببراءة المطلوبين في النقض مما نسب إليهما، متبنية علله أو أسبابه التي اعتمد فيها على كون جنحتي المشاركة في النصب و السرقة من الجرائم العمدية التي لا يكفى فيها الركن

1488 عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، دون ذكر الطبعة والسنة، ص 395 و396

1489 امحمد اقبلي وعابد العمراني الميلودي، مرجع سابق، ص 164.

1490 عبد الواحد العلمي، مرجع سابق، ص 405.

1491 أحمد الخمليشي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف الرباط، 1982، ص 342.

1492 امحمد اقبلي وعابد العمراني الميلودي، مرجع سابق، ص 165.

1493 قرار محكمة النقض عدد 12/758 الصادر بتاريخ 2022/06/07 في الملف الجنحي عدد 2021/12/6/1091، منشور على موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية juriscassation.cspj.ma.

المادي، وإنما لا بد من الركن المعنوي المتمثل في توجيه الإرادة قصد ارتكاب الفعل وأن المطلوبين في النقض لم يكونا عالمين بوفاة صاحبة الحساب الذي سحبت منه الأموال، دون أن تستنفذ سلطتها في بحث وتحقيق القضية، وذلك بالتحقق من علاقة المطلوبين في النقض بالسيدة التي سحبت المبالغ المالية، ومن ظروف مرافقتهما لها من مدينة بركان إلى مدينتي ال(س)ة ورأس الماء، ومناقشة تصريحات مدير وكالة البريد بنك بمركز رأس الماء بخصوص ما ادعاه المطلوب (ع. الصمد ه). لتستخلص في ضوء ما ذكر مدى ثبوت العناصر التكوينية للجنحتين موضوع المتابعة من عدمه تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا ينزل منزلة انعدامه وعرضته للنقض والإبطال.

ثانيا: عقاب جريمة النصب

عاقب المشرع على النصب بحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم (ف 540 ق ج فقرة أولى). إلا أنه رفع العقوبة إلى الضعف لتصبح من سنتين إلى عشر سنوات، والحد الأقصى للغرامة إلى مائة ألف درهم، إذا كان مرتكب الجريمة أحد الأشخاص الذين استعانوا بالجمهور في إصدار أسهم أو سندات أو أذونات أو حصص أو أي أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو بمؤسسة تجارية أو صناعية (ف 540 فقرة ثانية).

أما المحاولة في النصب، والتي تتحقق بأي عمل لا لبس فيه يقوم به الفاعل ويهدف من ورائه مباشرة إلى ارتكاب الجريمة فإن المشرع قد عاقب عليها بعقوبة الجريمة التامة كما هو منصوص عليه في الفصل 546 من القانون الجنائي في فقرته الأخيرة.

وبمقتضى الفصل 541 ق ج فإن أسباب الإعفاء من العقاب[1494] وقيود المتابعة الجنائية[1495] المطبقة في السرقة والواردة في الفصول 534 إلى 536 من القانون الجنائي والعائدة لشخص الجاني فتسري أيضا بالنسبة لمرتكبي النصب، مع ملاحظة أن المشرع قد استثنى صراحة من تطبيق تلك الأسباب والقيود الجناة الخاضعين للتشديد الوارد عليه النص في الفقرة الثانية من الفصل 540، وهم النصابون الذين يستعينون بالجمهور في إصدار أسهم أو سندات... إلخ مهما كانت صفاتهم بحيث لا يعفون من العقاب أو يستفيدون من قيود المتابعة أبدا[1496].

تلك كانت القواعد العائدة لعقاب جريمة النصب في صورتها التامة أو الناقصة وأسباب الإعفاء من هذا العقاب، وإذا كانت كل الأحكام المقررة لذلك مبررة، ويرى أحد الفقه[1497] بأن التشديد الذي قرره المشرع في الفقرة الأخيرة من الفصل 540، لا يحقق الحماية الواجبة للمحتال عليهم، والأمر واضح لأنه حتى مع ذلك التشديد بقيت جريمة النصب جنحة تأديبية بسبب بقاء عقوبتها عقوبة جنحية، مع ما يترتب على ذلك من إمكانية التخفيف على الجاني إلى أقصى الحدود وهذا ما نجد المشرع قد خالفه عند تقريره لظروف التشديد في السرقة التي تنقلها دوما من جنحة إلى جناية، ولا نعتقد أن هناك ما يبرر الحكم بعقوبة جناية على شخص يسرق ليلا وباستعمال التسلق أو الكسر منقولا حتى ولو تفهت قيمته، وبعقوبة جنحية على نصاب استولى على الملايين من الدراهم - تشكل عرق جبين مجموعة من السذج - يحولها إلى سندات لحاملها تنتج فوائد ليستأثر بها بعد قضائه العقوبة الحبس.

أما من وجهة نظري فلا أتفق مع رأي الأستاذ عبد الواحد العلمي بخصوص رفع عقوبة النصب إلى عقوبة جنائية ومقارنة جنحة النصب مع السرقة الموصوفة، إذ أن العقوبة المقررة للنصب متناسبة مع الأفعال الجرمية المرتكبة بسببها وذلك لكون الجاني يستولي على أموال الضحية أو يضر بمصالحه المالية لكون رضاه معيب أي أن الوسائل الاحتيالية هي التي دفعت الضحية للإضرار

1494 الإعفاء من العقوبة، وقيود المتابعة الجنائية، التي قررتها الفصول 534 إلى 536 تطبق على جريمة النصب المعاقب عليها في الفقرة الأولى من الفصل السابق.

وينص الفصل 534 من القانون الجنائي: يعفى من العقاب، مع التزامه بالتعويضات المدنية، السارق في الأحوال الآتية - 1إذا كان المال المسروق مملوكا لزوجه - 2إذا كان المال المسروق مملوكا لأحد فروعه.

1495 في حين نص الفصل 536 من القانون الجنائي: إذا كان المال المسروق مملوكا ألحد أصول السارق أو أحد أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة، فال يجوز متابعة الفاعل إلا بناء على شكوى من المجني عليه؛ وسحب الشكوى يضع حدا للمتابعة.

1496 عبد الواحد العلمي، مرجع سابق، ص 408 و409.

1497 عبد الواحد العلمي، مرجع سابق، ص 408 و409.

بمصالحه المالية، في حين أن السرقة الموصوفة يكون رضى الضحية منعدم بالإضافة إلى الرعب الذي يزرعه الجاني في نفس الضحية، إذ أن القيمة المالية للمسروق لا أهمية لها فسرقة مائة درهم كسرقة ملايين الدراهم ما دام أن خطورة السرقة المقرونة بظروف التشديد تكمن خطورتها في كون الجاني يشل الضحية ويمنعه من المقاومة عكس النصب الذي يتحمل فيه الضحية جزء من المسؤولية إما لنقص خبرته أو لسذاجته، وهذا الفيصل يجعل من كلتا العقوبتين المقررتين للسرقة الموصوفة والنصب متوازنتين مع الفعلين الجرميين.

وهو ما أكدته محكمة النقض في أحد قرارتها والتي أخذت بعين الاعتبار في تعليلها تحقيق الردع مع مراعاة شخصية المتهم وخطورة الفعل الجرمي وقد جاء فيه: «كما أنه طالما أن تقدير العقوبة في الحدود القانونية موكول للمحكمة التي لها الحق وحدها في تقدير ما يحقق الزجر الكافي الذي تقتضيه خطورة الجريمة وشخصية مرتكبها، وبذلك تكون المحكمة قد أبرزت وجه اقتناعها بثبوت الجريمة المنسوبة للطاعن الأمر الذي لم يخرق معه القرار المطعون فيه إلى مقتضى قانوني وجاء مرتكزا على أساس قانونا سليم ومعللا بما فيه الكفاية. »

المطلب الثاني: تأثير اغلاق الحساب على تكييف الجريمتين

إن الحديث عن جنحتي عدم توفير مؤونة شيك والنصب باعتبارهما من الجرائم التي تمس بالذمة والمصالح المالية للضحية، تدفعنا لسبر أغوار واقعة لها تأثير على تكييف الجنحتين، إذ أن النيابة العامة باعتبارها المحرك الأساسي للدعوى العمومية مع إمكانية الضحية أن يحركها بدورها في إطار الشكاية المباشرة، ويبدو من الوهلة الأولى أن واقعة اغلاق الحساب البنكي ومدى تأثيرها على التكييف مسألة غير ذات أهمية، إلا أن العكس هو الصحيح، بحيث أن تحقيق العدالة وتطبيق القانون بشكل سليم له تداعيات على الفرد والمجتمع معا، وللحديث عن ذلك ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين، بحيث سأتطرق لمفهوم الحساب البنكي واغلاقه (الفقرة الأولى) والتكييف الجنائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الحساب البنكي واغلاقه

يتصدر الحساب البنكي قائمة العقود البنكية الأكثر اقبالا من طرف جميع فئات المجتمع، كما أن منطلق غالبية العمليات البنكية وبالخصوص الأوراق التجارية ومن بينها الشيك، كما أن هذا العقد البنكي لا يستمر إلى أجل غير مسمى فيمكن للزبون أو المؤسسة البنكي المبادرة في اغلاقه لكن بشروط، وبالتالي سنتطرق للحديث عن مفهوم الحساب البنكي(أولا) ثم اغلاقه (ثانيا) .

أولا: مفهوم الحساب البنكي

يشكل الحساب البنكي القطب المحوري الذي تدوره حوله مختلف العمليات التي يجريها البنك مع زبنائه، ذلك أن تسويتها لئن كانت تستم أحيانا فورا ونقدا عن طريق الشباك، إلا أن الصورة الغالبة فيها أن تحصل بواسطة الحساب الذي يدخل في قائمة العقود البنكية، والذي وضع له المشرع قواعد تنظمه في إطار الكتاب الرابع من مدونة التجارة كما خصه ببعض المقتضيات في القانون المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها[1498].

إن الحساب يفيد عموماً إما جدول الديون والحقوق التي تكون لكل من الطرفين تجاه بعضهما البعض وإما جرد الأصول والخصوم التي تحدد الوضعية المالية للمقاولة، فإن الحساب البنكي له معنى آخر غير ذلك. فهذا الحساب يشكل في صورته العامة أداة التسوية العمليات التي تتم بين البنك وزبونه، حيث يمكن لهذين الأخيرين استعمال هذه الأداة لوفاء ديونهما المتقابلة بكيفية تشبه عملية الوفاء بواسطة المقاصة.

وكما سبق أن أشرنا إلى ذلك فيما تقدم، فالحساب البنكي وإن كان يفتح بالأساس الإيداع النقود لدى البنك، فإنه عادة ما يستعمل كوسيلة لإجراء العديد من العمليات البنكية الأخرى. ذلك أن الحساب البنكي قد يسمح للزبون بالحصول على الائتمان في الحالة

1498 غزلان الشنيوي، الوسيط في العقود الخاصة: العقود المدنية والتجارية والبنكية على ضوء المستجدات التشريعية والاجتهادات القضائية في القانون المدني وقانون الاعمال، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية الرباط، 2017، ص 501 و502.

التي يرخص له فيها البنك صراحة أو ضمنيا بإمكانية تحول رصيده بالحساب إلى رصيد مدين، وذلك استثناء من القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 524 من مدونة التجارة والتي مؤداها أن الرصيد المدين العرضي لا يعتبر فتحاً للاعتماد[1499].

ولا يقتصر الحساب البنكي على ما ذكر، بل إنه يشكل أيضا أساساً لإجراء بعض العمليات الأخرى كتحصيل أو استخلاص مبالغ الأوراق التجارية المقدمة لهذا الغرض من طرف الزبون المعني بالأمر وتقييد هذه المبالغ في الجانب الدائن للحساب، ووفاء الأوراق التجارية التي يسحبها هذا الزبون على البنك المفتوح لديه الحساب أو يوطن وفاءها لدى هذا الأخير، وتنفيذ أوامر التحويل البنكي التي يصدرها صاحب الحساب للبنك، وغير ذلك من العمليات البنكية التي لها علاقة إما بتلقي الودائع النقدية أو بتقديم الخدمات المرتبطة بهذه الودائع.

وقد نص المشرع المغربي على مجموعة من الشروط اللازم توافرها في كل شخص يرغب في فتح حساب بنكي بإحدى المؤسسات البنكية، وهذه الشروط تختلف باختلاف الشخص طالب فتح الحساب، وذلك بحسب ما إذا ما كان شخصا طبيعيا أو معنويا. وفي هذا الاطار تنص المادة 488 من مدونة التجارة على انه : "يجب على المؤسسة البنكية قبل فتح أي حساب التحقق : - فيما يخص الأشخاص الطبيعيين، من موطن وهوية طالب فتح الحساب بناء على بيانات بطاقة تعريفه الوطنية أو بطاقة التسجيل بالنسبة للأجانب المقيمين أو جواز السفر أو ما يقوم مقامه لإثبات الهوية بالنسبة للأجانب غير المقيمين : - فيما يخص الأشخاص المعنويين من الشكل والتسمية وعنوان المقر وهوية وسلطات الشخص أو الأشخاص الطبيعيين المخولين إنجاز عمليات في الحساب وكذا رقم الضريبة على الشركات أو رقم السجل التجاري أو رقم البتانتا. تسجل المؤسسة البنكية مواصفات ومراجع الوثائق المقدمة[1500].

وتجدر الإشارة إلى أنه، بالإضافة إلى الحساب البنكي ذي المفهوم السالف ذكره. توجد هناك بعض الحسابات البنكية التي قد تفتح لأمور عارضة، بحيث لا تستعمل إلا في تسجيل إحدى العمليات العرضية أو عدد محدود من العمليات[1501].

وبالرجوع لمدونة التجارة يتبين عدم وجود تعريف محدد للحساب البنكي، وذلك لكونه التعريف متروك للفقه، وكذلك لتعدد انواع الحسابات البنكية.

وعرفه أحد الفقه[1502] بأنه عقد يربط بين البنك، بصفته مؤسسة مودعاً لديها أو موفرة للائتمان، وبين العميل بصفته مودعاً أو مقترضاً، ويتجسّد في شكل جدول ذي ضلعين أحدهما دائن تسجل فيه الدفوع والآخر مدين وتسجل فيه الفوائد المدينة وكذا المسحوبات والفرق بين مجموع الضلعين يسمى رصيداً، والذي قد يكون مديناً أو دائناً حسب سلبية وإيجابية الفرق بين الضلعين ومنهم من نظر إلى الحساب البنكي على أنه اتفاقية يقوم بموجبها البنك بالحفاظ على أموال العميل مع تقييد كافة الحركات والعمليات المالية التي يقوم بها هذا الأخير على حسابه، سواء كانت دائنة أم مدينة، بما في ذلك جميع حركات السحب والإيداع. ويُعد هذا الحساب التزاماً على البنك، ومن ثم فهو يسجلها في جانب المطلوبات بالميزانية.

ومن خلال ما سبق يكون الحساب البنكي عبارة عن عقد بنكي يربط بين الزبون والمؤسسة البنكية وذلك بغرض تحديد دائنية ومديونية كل طرف حسب طبيعة العملية ويرتب التزامات على الطرفين.

1499 محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، يناير 2001، ص 17.

1500 لاطرش محمد، القانون البنكي المغربي، الطبعة الأولى، مكتبة المعرفة مراكش، 2024، ص 76.

1501 محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 17 و18.

1502 زيتوني عبد القادر، أدوات وتقنيات التمويل البنكي، دون ذكر الطبعة والسنة، دار اليازوري العلمية، ص 76 و77.

ولعل مقتضيات المادة 1503493 من مدونة التجارة والتي أعطت مفهوما للحساب البنكي للاطلاع وبالتالي يمكن الاستئناس به لتحديد مفهوم قانوني للحساب البنكي ما دام أن الحساب بالاطلاع هو الأصل الذي تتفرع عنه باقي الحسابات الأخرى سواء جماعية أو لأجل.

ثانيا: اغلاق الحساب البنكي

يقصد بإقفال الحساب بالاطلاع التوقف بصفة نهائية عن تقييد الديون المتبادلة فيه في انتظار دمج ما هو مسجل به من ديون قبل قرار الإقفال، واستخراج الرصيد النهائي الذي على ضوئه يتم تحديد مركز طرفي هذا الحساب ومن هو الدائن منهم للآخر أو المدين له بحسب الأحوال1504.

كما أن اقفال الحساب يختلف عن التجميد Blocage ويختلف عن التوقف الدوري للحساب بالاطلاع، إذ أن التجميد يكون عند توقيع الحجز على الرصيد المؤقت للحساب بالاطلاع La saisie-arrêt من طرف أحد دائني صاحب هذا الحساب، مما لا يحول دون طرفي الحساب المعني بالأمر والاستمرار في تشغيله بعد تصفية العمليات الجارية يوم توقيع الحجز وتحديد الرصيد المؤقت الذي ينصب عليه حق الدائن الحاجز، أما التوقف الدوري فإنه تلك الواقعة التي بمقتضاها تعمل المؤسسة البنكية، كل ثلاثة أشهر على الأقل، على دمج المفردات الحسابية المقابلة للديون المتبادلة المسجلة في الحساب لفائدة الطرفين قصد تحديد الرصيد المؤقت الدائن من جانبها الذي يصبح بدوره من رأس المال المنتج للفوائد لصالحها طبقا لأحكام المادة 497 من مدونة التجارة1505.

كما أنه تبعا لما تفيد به المادة 152 من القانون رقم 103.12 فإنه يمكن المؤسسات الائتمان المودعة لديها أموال وقيم، أن تقوم بإقفال الحسابات التي تمسكها، إذا لم يقم أصحابها أو ذوو حقوقهم بأية عملية أو مطالبة منذ عشر سنوات. ويتعين عليها أن توجه داخل أجل ستة أشهر قبل انصرام المدة المشار إليها، إشعارا مضمون الوصول إلى صاحب كل حساب أو ذوي حقوقه قد يطاله التقادم، وتفوق المبالغ الموجودة فيه من رأس مال وفوائد أو تساوي مبلغا يحدد بقرار للوزير المكلف بالمالية. بعده تبادر إلى إيداع الأموال لدى صندوق الإيداع والتدبير الذي يحوزها لحسابهم لمدة خمس سنوات يترتب على فواتها تقادم الأموال بالنسبة إليهم وتصبح بقوة القانون كسبا للخزينة1506.

وقد حصرت المادة 1507503 من مدونة التجارة إمكانية غلق الحساب في الزبون والبنك، مع تحديد أسباب أخرى لقفل الحساب البنكي.

وفي هذا الصدد يهمنا قفل الحساب البنكي من طرف الزبون والبنك لما له من أثار على التكييف.

1- انهاء الحساب بالاطلاع بمبادرة من الزبون:

يمكن للزبون أن يبادر بإغلاق حسابه البنكي دون سبب، إلا أن الملاحظ على مستوى الواقع العملي أن بعض البنوك في المغرب تعتبر إقدام الزبون على سحب مجموع رصيده الدائن في الحساب بالاطلاع وعدم تكوين هذا الرصيد من جديد خلال مدة معينة بواسطة

1503 الحساب بالاطلاع عقد بمقتضاه يتفق البنك مع زبونه على تقييد ديونهما المتبادلة في كشف وحيد على شكل أبواب دائنة ومدينة، والتي بدمجها يمكن في كل حين استخراج رصيد مؤقت لفائدة أحد الأطراف.

1504 محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 137 و138.

1505 محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 138.

1506 غزلان الشنيوي، مرجع سابق، ص 517.

1507 تنص المادة 503 من مدونة التجارة: يوضع حد للحساب بالاطلاع بإرادة أي من الطرفين، بدون إشعار سابق إذا كانت المبادرة من الزبون ومع مراعاة الإشعار المنصوص عليه في الباب المتعلق بفتح الاعتماد إذا كانت المبادرة من البنك .

غير أنه وجب أن يوضع حد للحساب المدين بمبادرة من البنك إذا توقف الزبون عن تشغيل حسابه مدة سنة من تاريخ آخر عملية دائنة مقيدة به .وفي هذه الحالة، يجب على البنك قبل قفل الحساب، إشعار الزبون بذلك بواسطة رسالة مضمونة في آخر عنوان يكون قد أدلى به لوكالته البنكية .إذا لم يبادر الزبون داخل أجل ستين يوما من تاريخ الإشعار بالتعبير عن نيته في الاحتفاظ بالحساب، يعتبر هذا الأخير مقفلا بانقضاء هذا الأجل .يقفل الحساب أيضا بالوفاة أو انعدام الأهلية أو التسوية أو التصفية القضائية للزبون.

مدفوعات من جانبه، بمثابة مبادرة منه إلى إنهاء حسابه وتعمل بالتالي على إقفال هذا الحساب من دون إخطار الزبون المعني بالأمر بذلك وإعطائه أجلا للقيام بما يلزمه إجراؤه في هذا المضمار[1508].

ولا بد أن نسجل ملاحظة في غاية الأهمية، وهو أن المؤسسات البنكية عند اغلاق الزبون الحساب البنكي لا تطالب باسترجاع صيغ الشيكات.

ومن تم، فإن المؤسسة البنكية لا تتعرض لأي جزاء نتيجة عدم مطالبتها صاحب الحساب بالاطلاع المقفل بإرجاع صيغ الشبكات التي لاتزال تحت يده أو يد وكلائه، سواء في ذلك الجزاء المنصوص عليه في المادة 319 من مدونة التجارة أو ذلك الوارد في المادة 320 من هذه المدونة فلائحة الأفعال المعاقب عليها جنائيا ومدنيا بمقتضى هاتين المادتين لا تتضمن بطبيعة الحال واقعة عدم مطالبة البنك باسترجاع صيغ الشبكات التي قد تبقى في حوزة صاحب الحساب بالاطلاع الذي يتم إقفاله أو في حوزة وكلائه[1509].

2-انهاء الحساب بالاطلاع بمبادرة من البنك:

من خلال المادة 503 من مدونة التجارة يتبين أن البنك يحق له أن يبادر بإغلاق الحساب البنكي وذلك مرهون بكون الزبون توقف عن تشغيل حسابه البنكي لمدة سنة من تاريخ اخر عملية دائنة، ثم توجيه اشعار كتابي لا يقل عن ستين يوما.

ويرى أحد الفقه[1510] أن فالوقائع التي من شأنها أن تدل على رغبة الزبون في إقفال الحساب بالاطلاع، المفتوح باسمه لدى أحد البنوك، تتمثل بالأساس إما في توقفه مدة لا يستهان بها عن تسجيل أية عملية في هذا الحساب، مما يجعل منه حساباً غير فعال أو غير مشتغل Compte inactif، وإما في لجوئه إلى سحب الرصيد الدائن من جانبه دفعة واحدة حيث يتحول الحساب والحالة هذه إلى حساب بدون رصيد دائن أو مدين من الجانبين معا Compte soldé .

وأنا بدوري لا أتفق بأن هذه الوقائع بحد ذاتها تشكل سببا لإغلاق الحساب البنكي من طرف البنك، وإن كان من الناحية العملية يتم اغلاق الحساب البنكي المسمى بحساب الدفترCompte sur carnet وذلك لكون هذا النوع من الحساب لا يكون فيه الزبون مدينا، وذلك لطبيعته الحسابية، إذ أن هذا الحساب لا يمكن أن يقل عن مائة درهم، بالإضافة إلى أنه ينتج فوائد كل ثلاثة أشهر حسب السعر المحدد من طرف بنك المغربي، أما الحساب بالاطلاع فإنه يمكن أن يكون صاحبه مدينا للبنك، كما أنه يشكل أغلب الدعاوى القضائية المتعلقة بإغلاق الحساب والمديونية الناتجة عنه.

وقد أكدت محكمة النقض[1511] في أحد قراراتها الحديثة أن قفل الحسابات البنكية يشترط فيه أن يكون غير مشغلة ولم تعرف حركة دائنة.

الفقرة الثانية: التكييف الجنائي لو اقعة اغلاق الحساب البنكي

إن مسألة التكييف الجنائي تنصب في الأساس على الوقائع دون الأشخاص وباعتبار أن اغلاق الحساب كما رأينا هي واقعة، فإنه يستوجب إعادة التكييف بشأنها فيما يخص جنحتي عدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه للأداء والنصب، وذلك لكون اغلاق الحساب البنكي يحتمل أن تطبق عليه كل من الجنحتين فأيهما الأصح تكييفا؟ وللإجابة عن هذا الاشكال ارتأيت الحديث عن المقصود بالتكييف الجنائي (أولا) ثم العوامل المساعدة في إعادة التكييف (ثانيا).

أولا: مفهوم التكييف الجنائي

1508 محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 141.

1509 امحمد لفروجي، الشيك وإشكالاته القانونية والعملية، مرجع سابق، ص 279.

1510 محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 140.

1511 قرار محكمة النقض رقم 36 الصادر بتاريخ 2023/01/12 في الملف التجاري عدد 2020/2/3/393، منشور على موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية juriscassation.cspj.ma.

عرف الفقه[1512] المغربي التكييف بأنه عملية قانونية، وهي بيان للوقائع التي استخلصت منها المحكمة نتيجتها إما بالإدانة أو البراءة وبيان للعناصر القانونية المكونة للجريمة وما يرافقها من ظروف للتشديد أو أعذار قانونية.

ويمكن تعريف التكييف الجنائي هو تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القضاء لإعطاء الوصف القانوني للجريمة المرتكبة.

وبالرجوع إلى قانون المسطرة الجنائية يتضح أن التكييف وإعادة التكييف هي صلاحية ممنوحة للنيابة العامة ولقضاة التحقيق ولهيئات الحكم، ويمكن للطرف المدني في حالة تقديمه للشكاية المباشرة أن يشير لوقائع الشكاية والجريمة التي يمكن أن يكون المشتكى به قد ارتكبها، إضافة إلى النصوص القانونية التي تجرم ذلك الفعل.

والنيابة العامة هي الجهة الأولى المعنية بالتكييف، ما دامت أنها تحرك الدعوى العمومية، وهذا ما نصت عليه المادة 3 من قانون المسطرة الجنائية: تمارس الدعوى العمومية ضد الفاعل الأصلي للجريمة والمساهمين والمشاركين في ارتكابها .يقيم الدعوى العمومية ويمارسها قضاة النيابة العامة، كما يمكن أن يقيمها الموظفون قانوناً المكلفون بذلك.

والنيابة العامة إما أن تحيل ملف القضية إلى قاضي التحقيق أو إلى هيئة الحكم، ما لم تقرر حفظ الشكاية أو المحضر، في حين أن المطالب بالحق المدني يمكن له أن يرفع الشكاية المباشرة مباشرة إلى قاضي التحقيق لدى محكمة الاستئناف أو الابتدائية أو إلى هيئة الحكم بالمحكمة الابتدائية فقط دون محكمة الاستئناف، نظرا لكون الإحالة على غرفة الجنايات له ثلاث حالات إما عن طريق النيابة العامة مباشرة أو قاضي التحقيق أو الغرفة الجنحية.

وبخصوص التحقيق الاعدادي فالأصل في اتصال قاضي التحقيق بالقضية موضوع ملتمس إجراء التحقيق، منحصر في الوقائع المطلوب إجراء التحقيق بشأنها، وبذلك فهو مقيد بالوقائع المحددة في هذا الملتمس دون غيرها من الوقائع، تطبيقا لمبدأ عينية التحقيق. كما أنه مطالب بالتحقيق في جميع الوقائع المحالة عليه دون التحقيق في بعضها دون البعض الآخر أو استبعاد بعضها. وبناء على هذا، فمتى وصل إلى علم قاضي التحقيق وقائع أخرى غير تلك المطلوب التحقيق فيها، فإنه يتعين عليه إحالتها حالا والشكايات والمحاضر المتعلقة بها على النيابة العامة (المادة 84/4 من ق م ج). لأنها تدخل ضمن الوقائع الجديدة التي لا يجوز التحقيق بشأنها دون ملتمس إضافي من النيابة العامة[1513].

غير أنه عملا بمبدأ عينية التحقيق، وانطلاقا من أن قاضي التحقيق يتم إخطاره بوقائع وليس بجريمة فهو غير ملزم بالتكييف الوارد بملتمس النيابة العامة، وإنما من واجبه النظر في حال اكتشافه ظروف تغير هذا التكييف إلى تكييف اخر. لأنه مطالب منه أن يصل بالواقعة إلى الوصف القانوني الصحيح لها إعمالا بمبدأ الفصل بين وظيفتي المتابعة والتحقيق اللتين تتركان المجال والحرية التامة لقاضي التحقيق للحكم على نتائج التحقيق الذي تولاه.

ويعتبر هذا إحدى الضمانات الممنوحة للمتهم، ويمكن أن يترتب عن خرقها البطلان على أساس المساس بقاعدة جوهرية تضر بحقوق الدفاع بحسب المادة 212 من ق م ج، ويؤسس لهذا البطلان بعلة أن المتهم أثناء الاستماع الأولي إليه يتعين بحسب المادة 134 من ق م ج، إشعاره بالأفعال أو بالأحرى تكييفها الجنائي بملتمس إجراء تحقيق بشأنه من طرف النيابة العامة. وعلى أساس ذلك سيعمل على إعداد دفاعه ولا يمكنه أن يفاجأ بعد انتهاء التحقيق بإضافة تهم في شأنها، ولم يقم بإعداد دفاعه بخصوصها[1514].

أما بالنسبة لهيئة الحكم فإن غرفة الجنايات لدى محكمة الاستئناف، لها صلاحية إعادة التكييف، على عكس المحكمة الابتدائية، وذلك بنص صريح، وهذا ما نصت عليه المادة 432 من قانون المسطرة الجنائية: لا ترتبط غرفة الجنايات بتكييف الجريمة المحال عليها، ويجب عليها أن تكيف قانونيا الأفعال التي تحال إليها، وأن تطبق عليها النصوص الجنائية المتلائمة مع نتيجة بحث القضية

1512 أحمد الخمليشي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، مطبعة المعارف الجديدة، 1999، ص 24.

1513 الرافة وتاب، سلطة قاضي التحقيق في جمع وتقدير الأدلة، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد سطات، 2022، ص 130.

1514 الرافة وتاب، مرجع سابق، ص 130.

بالجلسة .غير أنه إذا تبين من البحث المذكور وجود ظرف أو عدة ظروف مشددة لم تضمن في القرار بالإحالة، فال يجوز لغرفة الجنايات أن تأخذ بها إلا بعد الاستماع لمطالب النيابة العامة وإيضاحات الدفاع.

أما القاضي الزجري في المحكمة الابتدائية فيملك الحق في إعادة التكييف، وإن كان لا يوجد نص صريح يخول له ذلك، إلا أنه من خلال المادة 368 من قانون المسطرة الجنائية: إذا لم يفصل المقرر بالإدانة في جميع الجرائم موضوع المتابعة، أو إذا لم يفصل إلا في جرائم وقع تغيير وصفها إما أثناء التحقيق أو عند صدور الحكم أو القرار أو الأمر، وكذلك إذا قضى بإخراج بعض الأفراد المطلوب متابعتهم من الدعوى، فإنه يجب على هيئة الحكم أن تعفي المتهم بناء على مقرر معلل من جزء المصاريف القضائية الذي لم يترتب مباشرة عن

الجريمة المحكوم عليه بسببها.

ومن خلال قراءة هذه المادة يتضح أن المشرع المغرب أجاز للهيئات الحكم أو للقاضي الزجري بالمحاكم الابتدائية بتغيير الوصف القانوني أي إعادة التكييف، إلا أن هيئات الحكم بالمحاكم الابتدائية لا تملك الصلاحية المطلقة في إعادة التكييف، وإنما باحترام شرطين أساسين وهما أن تكون العقوبة مبررة أي ألا يتم فعل جرمي إلى فعل أشد منه، ثم أن يتم اشعار المتهم ودفاعه بالوصف الجديد.

وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرارها[1515]: ذلك أن القرار المطعون فيه أيد الحكم الابتدائي متبنيا حيثياته وتعليلاته بما في ذلك مؤاخذة المتهم من أجل التزوير في ورقة بنكية بعد إعادة التكييف، وإن كانت المحكمة وهي بصدد ذلك لم تحدد بتدقيق الجنحة المعاد تكييفها وكذا الفصل الجديد المطبق، وأن الأمر اتضح بعد أن استبعدت في منطوق القرار جنحة خيانة الأمانة لورقة موقعة على بياض وعوضها بجنحة التزوير في محرر بنكي وأنه بالرجوع إلى فصول المتابعة الواردة بالأمر بالمتابعة الصادرة عن قاضي التحقيق يلاحظ أقصى عقوبة محددة بها هي 5 سنوات، في حين أن الفصل 357 من القانون الجنائي المعتمد في إعادة التكييف يوازي نفس العقوبة الحبسية مع إمكانية الحكم بالحرمان من الحقوق المحددة في الفصل 40 من القانون الجنائي وبالمنع من الإقامة، وهي عقوبات جنائية أصلية بصريح الفصل 16 من نفس القانون، وتكون بذلك قد شددت من وضعية المتهم وهي حالة لم يرخص بها مسطريا وهو المنحى الذي تبناه التوجه القضائي في عدة قرارات وهو ما يعرض القرار للنقض والإبطال.

وفي قرار[1516] أخر أكدت محكمة النقض على اشعار المتهم بالتكييف الجديد والذي جاء فيه: يعد إخلالا بحقوق الدفاع المنزل منزلة نقصان التعليل إدانة المتهم بجنحة النصب والحال أنه توبع بجنحة ادعاء صفة وارث والتصرف في متروك بسوء نية ولم ينتج من القرار المطعون فيه ولا من باقي وثائق الملف أن المحكمة أشعرته بالتكييف الجديد للأفعال التي أدانته من أجلها وناقشتها في نطاقه.

وتعليقا على هذا القرار، فمن وجهة نظري أجد أن مسألة اشعار المتهم بالتكييف الجديد من شأنه أن يبين وجهة نظر المحكمة، فقد يفهم الاشعار بالتكييف بأن المحكمة قد ترجح جانب الإدانة، أي وكأنها بإعادة التكييف اقتنعت بالإدانة وفق الوصف الجديد، كما أنه أجد أنه لا داعي لإشعار المتهم ودفاعه ما دام أن الوصف القانوني الجديد بعد إعادة التكييف هو في صالح المتهم لأنه إما أن تكون العقوبة المخصصة للوصف الجدي هي نفسها في الوصف القديم أو أن تقل عنه.

وبخصوص واقعة اغلاق الحساب البنكي فإن غالبة النيابات العامة تقوم بمتابعة الساحب الذي أغلب حسابه البنكي تلقائيا في غالبية الحالات أو بمبادرة من المؤسسة البنكية في حالات نادرة بعدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه للأداء والنصب، وتسايرها في الإدانة من أجل العقوبتين معا غالبية المحاكم، فهل هذا التكييف صحيح؟

1515 قرار محكمة النقض رقم 4/122 الصادر بتاريخ 2021/02/03 في الملف الجنائي عدد 2017/4/6/5188، منشور على موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية juriscassation.cspj.ma.

1516 قرار محكمة النقض رقم 3/324 الصادر بتاريخ 2004/02/11 في الملف الجنائي عدد 03/12309، منشور على موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية juriscassation.cspj.ma.

ثانيا: العوامل المؤثرة على تكييف و اقعة اغلاق الحساب البنكي

كما أسلفت فإن اغلاق الحساب البنكي، يحتمل متابعتين عدم توفير مؤونة شيك والنصب، إلا أن المنطق القانوني والمنطق القضائي، يجعل من واقعة الحساب البنكي تحتمل متابعة واحدة وإدانة من أجل جنحة واحدة وليس من أجلهما معا، فما هي هذه العوامل المؤثرة في إعادة تكييف واقعة اغلاق الحساب البنكي؟

1-القانون الأصلح للمتهم:

ينص الفصل 6 من القانون الجنائي: في حالة وجود عدة قوانين سارية المفعول بين تاريخ ارتكاب الجريمة والحكم النهائي بشأنها، يتعين تطبيق القانون الأصلح للمتهم.

فجريمة النصب منصوص على عقوبتها في الفصل 540 من القانون الجنائي، في حين أن عقوبة جرائم الشيكات منصوص عليها في المادة 316 من مدونة التجارة، وبمقارنة بين العقوبتين يتضح أن في الشق المتعلق بالعقوبة السالبة للحرية لكلتا الجريمتين هي نفس أي من سنة واحدة إلى خمس سنوات، في حين تختلفان في الغرامة المالية فالحد الأقصى لعقوبة النصب هو خمسة الاف درهم في حين أن جريمة عدم توفير مؤونة شيك محددة في ألفين درهم إلى عشرة الاف درهم دون أن تقل عن خمسة وعشرون في المائة من قيمة الشيك أو الخصاص.

وبالتالي يتضح أن العقوبة المخصصة لجريمة عدم توفير مؤونة شيك أشد من عقوبة النصب، وبالتالي فإعمالا لمقتضيات الفصل 6 فإن القانون الأصلح للمتهم هو مقتضيات الفصل 540 من القانون الجنائي وليس المادة 316 من مدونة التجارة.

2-أزمة الخطأ في المسؤولية الجنائية لساحب الشيك:

كما ذكرت في السابق فإن المادة 316 من مدونة التجارة تعاقب ساحب الشيك الذي أغفل أو لم يقم بتوفير مؤونة الشيك قصد أدائه عند تقديمه.

فبالنسبة لباقي الجرائم المنصوص عليها في المادة 316 من مدونة التجارة لا تثير كبير إشكال من الناحية العملية، لدقتها ووضوحها، فإن الحالتين الأوليتين أعلاه خلاف ذلك، لاسيما بخصوص التعامل مع مقتضياتها الغامضة والملتبسة، سواء على مستوى الفقه أو القضاء، إذ لن يخلو الأمر من بروز توجهات فقهية وقضائية شتى تختلف باختلاف الثقافات القانونية والفكرية التي يتسلح بها الفقهاء من جهة، وقضاة القطب الزجري من جهة أخرى، وتجسد، بالتالي، مضمون الأزمة[1517].

ولما كان الخطأ مثار خلاف في هذا الخضم، فإن المسؤولية الجنائية المترتبة عن هذه الجريمة، لا تقوم حسب ظاهر المادة 316 أعلاه إلا إذا توافرت العناصر والشروط الموضوعية التالية:

أ- أن يتعلق الأمر بشيك كسند تجاري قابل للوفاء، ويتعين أن يصطبغ في هذا النطاق بالمفهوم الجنائي وليس التجاري، إذ يكفي التوقيع الصادر عن الساحب لا غير، بمعنى أنه لا يشترط لقيام هذه المسؤولية أن يكون الشيك صحيحا من الناحية المصرفية، على اعتبار أن المشرع الجنائي لا يهدف إلا "إلى ضمان الوفاء وحمايته، ويزجر النوايا الخبيثة (..) [وليس] عملية إنشاء الشيك أو توفر البيانات الإلزامية من عدمه.

ب- أن يصدر الساحب الشيك بالمفهوم أعلاه، وذلك بتخليه عن حيازته المادية والقانونية لفائدة الحامل المستفيد.

ج- أن يتم تقديمه للمؤسسة البنكية المسحوب عليها من أجل الوفاء وإرجاعه بملاحظة عدم توفير المؤونة، أو عدم كفايتها[1518].

من خلال استقراء هذه الشروط، يتضح أن الشرطين الأول والثاني لا يطرحان أي اشكال، عكس الشرط الثالث، إذ أن الحساب المغلق نهائيا لا يمكن أن يكون محل أي عملية بنكية سواء ما يتعلق بإيداع النقود أو سحبها أو التحويل أو استخلاص الأوراق التجارية وغيرها، وبالتالي كيف يمكن الحديث عن عدم توفير مؤونة أو عدم كفايتها، إذ أن غالبية شواهد رفض الأداء تشير فقط

1517 عبد الرزاق الجباري، أزمة الخطأ في المسؤولية الجنائية لساحب الشيك، دون ذكر الطبعة، مطلعة الأمنية الرباط، 2015، ص 40.

1518 عبد الرزاق الجباري، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها.

إلى سبب الرفض المتمثل في كون الحساب مغلق، دون إشارة للمؤونة، وحسب دورية والي بنك المغرب 97 / G / 5 الصادرة بتاريخ 1997/09/18 تنص في الفقرة الثانية على أن اغلاق الحساب هو سبب مستقل ولا علاقة له بانعدام المؤونة أو عدم كفايتها، في حين أن رفض الوفاء المتعلق بالحجز على الحساب البنكي أشارت الدورية إلى وجوب الإشارة إلى الحجز مع توضيح وجود المؤونة من عدمها[1519].

3-مقتضيات مدونة التجارة:

يتضح من خلال مدونة التجارة ومن خلال المادتين 241 و325 ما ينفي عنه جنحة عدم توفير مؤونة شيك في حالة كان الحساب البنكي مغلق، فبالنسبة للمادة 241 والتي تنص على: لا يجوز سحب شيك إلا على مؤسسة بنكية يكون لديها وقت إنشاء السند نقود للساحب حق التصرف فيها بموجب شيك طبقا لاتفاق صريح أو ضمني.

في حين أن المادة 325 تنص على: إذا قام ساحب شيك بدون مؤونة بتكوين أو إتمام المؤونة خلال أجل عشرين يوما من تاريخ التقديم، جاز تخفيض عقوبة الحبس أو إسقاطها بالنسبة إليه أو بالنسبة لكل مساهم أو مشارك.

فمن خلال استقراء المادتين يتضح أن المادة 241 أن الشيك يجوز سحبه على مؤسسة بنكية في حالة كان يتوفر على نقود في حسابه البنكي، ومن البديهي أن يكون الحساب نشطا وليس مغلقا، أي بمفهوم المخالفة فإن الحساب المغلق يعني عدم جواز سحب الشيك من خلاله نظرا لعدم وجود أي اتفاق يربط الساحب بالمؤسسة البنكية، وبالتالي لا يمكن افتراض وجود المؤونة من عدمها نظرا لكون أسباب ضخ النقود في الحساب البنكي منعدمة أي لا يمكن الحديث عن المؤونة في ظل عدم جواز سحب الشيك في المقام الأول ولا يمكن أن نتخطى هذا الشريط للحديث عن المؤونة.

أما بالنسبة للمادة 325 فإنها عند تحليلها يتضح أن قصد المشرع اتجه نحو تمتيع الشخص الذي يتدارك موقفه بنوع من الرأفة حيث يجوز أن يطبق في شأنه ظرف من ظروف التخفيف حيث استعمل عبارة "تخفيض " بدل "تخفيف " الواردة في الفصل 146 من القانون الجنائي.

كما أنه جاء بعبارة أخرى غير واردة في مدونة القانون الجنائي ألا وهي لفظة "إسقاط" التي وإن كان معناها يفيد عدم إصدار العقوبة فإنه لا وجود لها لا في فرع الأعذار القانونية ولا في فرع الظروف القضائية المخففة ولا حتى في فرع أسباب التبرير من القانون الجنائي الحالي.

والأمر المحير هنا هو أنها متروكة لتقدير المحكمة حيث يكون الأخذ بها جوازا فقط.

وهذه العبارة الغريبة في ميدان القانون الجنائي المغربي لم ترد إلا في مجال الدعوى العمومية حيث استعملت في المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية المتعلقة بسقوط الدعوى العمومية.

ويظهر هنا أن من قام بتحريرها دون الرجوع إلى التعاريف الواردة في مجموعة القانون الجنائي أحدث نوعا من الارتباك ولا شك سوف يؤثر سلبا على إمكانية تطبيقها على ساحب الشيك الذي أراد المشرع أن يمتعه بنوع من الرأفة حيث لن يترجم هذا الإجراء في أرض الواقع ولن يكون له أي تأثير بالنسبة لمن تتوفر فيهم إمكانية الإعفاء من العقوبة المقررة في المادة 316 من مدونة التجارة اعتبارا لغموض لفظة "إسقاط"[1520].

وفضلا عما سبق ذكره يتبين أن المادة 325 تخص الساحب الذي لم يقم بتوفير المؤونة داخل أجل 20 يوما من تاريخ تقديم الشيك للوفاء لدى المؤسسة البنكية، أما الساحب الذي اغلق حسابه البنكي فلا يمكن له أن يستفيد من مقتضيات هذه المادة، ورب سائل يتساءل أن المادة تقصد توفير المؤونة للمستفيد أو بأدائها بصندوق المحكمة، وجواب على ذلك فإن المادة 325 واضحة

1519 ARTICLE 2:

Compte frappé de saisie-arrêt.

Ce motif est indiqué en cas de défaut ou d'insuffisance du solde disponible.

1520 عبد اللطيف بوحموش، دليل الشرطة القضائية في تحرير المحاضر وتوثيق المساطر، الطبعة السابعة، مطبعة الأمنية الرباط، 2021، ص 442 و443.

والمقصود منها أن الدعوى العمومية لم يتم تحريكها بعد وبالتالي يمكن للساحب أن يطلب من المستفيد إعادة تقديم الشيك للوفاء به من جديد بعد أن يكون قد وفر المؤونة الكافية، ومن جهة أخرى فإن عبارة تكوين المؤونة أو اتمامها يفهم منها أن الحساب البنكي لا زال مفتوحا، وأن المؤونة لم تكن كافية، ولا يتسنى ذلك إلا بوجود حساب بنكي لا زال نشيطا Actif، وبالتالي لا يمكن أن يتابع الساحب الذي أغلق حسابه البنكي من أجل جنحتي النصب وعدم توفير المؤونة، في حين يتم حرمانه من الاستفادة من مقتضيات المادة 325 من مدونة التجارة التي تخاطب الساحب الذي لا يتوفر على رصيد كاف في حسابه البنكي.

4-الاجتهاد القضائي:

إن الاجتهاد القضائي المتمثل في محكمة النقض حدد أسباب لإعادة التكييف ومنها مقتضيات المادة 537 1521من قانون المسطرة الجنائية، وهو ما أكدته في قرارها1522: وحيث إنه عملا بمقتضيات الفقرة 1 من الفصل 537 من ق.م.ج فإنه إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي نفس العقوبة على الجريمة المرتكبة فلا يمكن لأي كان أن يطلب إبطال القرار بدعوى وجود خطأ في التكييف.

وبالرجوع إلى وثائق الملف ووقائع القضية فقد ثبت للمجلس الأعلى أن الطاعن تسلم مبلغ الشيك من المطالب بالحق المدني ولم يقم بالإجراءات المتطلبة الملزم بها ولم يرجع المبلغ المذكور ولم يسلمه للبائع الأمر الذي يعتبر خيانة الأمانة طبقا للفصل 547 من ق.ج، وأن العقوبة المحكوم بها أخف من العقوبة المقررة للفعل الثابت، وأن وقائع هذه القضية تختلف عن وقائع الملف المتعلق بتهمة قبول شيك على سبيل الضمان مما يجعل الوسائل على غير أساس.

كما أكدت محكمة النقض في أحد قرارتها الحديثة أن واقعة اغلاق الحساب البنكي تشكل جنحة النصب وليس عدم توفير مؤونة شيك ونص القرار1523 كالتالي: وحيث إن المحكمة لما نصت على الوقائع المذكورة تكون قد تحققت من العناصر التكوينية الجنحة النصب باستعمال الاحتيال لإيقاع المطلوب في الغلط بإخفاء واقعة إغلاق الحساب البنكي ما دفعه إلى القيام بأعمال مست مصالحه المالية بأن قبل استيفاء دينه بواسطة الشيك موضوع المتابعة دون توفر ساحبه على حساب بنكي، وقضت تبعا لذلك لفائدة المطلوب بتعويض مدني اعتمادا على ما أصابه من أضرار تعليق ل من قيمة الشيك لمدة مؤثرة واضطراره إلى سلوك مساطر قضائية مكلفة لاستيفاء قيمته تكون قد بيت من أين استقت قناعتها بثبوت عناصر النصب وعناصر الضرر وسليما من الناحيتين الواقعية والقانونية ، وعللت وبقى ما أثير بالوسيلتين على غير أساس.

وفي قرار1524 حديث أكدت أن اغلاق الحساب يشكل جنحة النصب وجاء في حيثياته: لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي وأدانت الطاعن من أجل جنحة النصب تكون قد تبنت علله وأسبابه التي اعتمدت في ذلك على شهادة بنكية تفيد أن المتهم لا يتوفر أصلا على حساب، ويشكل ذلك مناورة للإيقاع بالغير في الغلط بتأكيدات خادعة على أنه يتوفر على حساب لدى البنك المسحوب عليه، وتكون بذلك المحكمة المطعون في قرارها قد أبرزت العناصر التكوينية الجنحة النصب التي أدانت الطاعن من أجلها بعد أن برأته من جنحة عدم توفير مؤونة ملك استنادا إلى عدم توفره على حساب، وعدم انطباق المادة 316 من مدونة التجارة . واعتبرت سحبه الشيك الفائدة المشتكي (ف.خ) وسيلة احتيالية بتأكيد خادع ، ويقصد الاضرار بمصالح الغير المالية وجلب منفعة شخصية، لأن ت(س) الشيك المعتبر أداة وفاء بعد اغلاق الحساب البنكي بعد احتيالا

1521 تنص المادة على ما يلي: إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي نفس العقوبة المقررة في النص الذي ينطبق على الجريمة المرتكبة، فلا يمكن لأي كان أن يطلب إبطال المقرر بدعوى وجود خطأ في التكييف الذي أعطي للجريمة في المقرر المذكور أوفي نصوص القانون التي أشار إليها المقرر ما لم يترتب عن ذلك التكييف ضرر للطالب.
إذا وجد في إحدى التهم ما يبرر العقوبة الصادرة فلا يمكن إبطال الحكم، غير أن محكمة النقض تصرح في هذه الحالة بأن العقوبة المنصوص عليها في المقرر المطعون فيه لا تنطبق إلا على التهمة التي ثبتت قانونيا من بين التهم الأخرى.

1522 قرار محكمة النقض رقم 935 الصادر بتاريخ 2011/10/12 في الملف الجنحي عدد 2010/3/6/5889، منشور على موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية .juriscassation.cspj.ma

1523 قرار محكمة النقض رقم 430 الصادر بتاريخ 2022/04/05 في الملف الجنائي عدد 2021/12/6/26145، منشور على موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية .juriscassation.cspj.ma

1524 قرار محكمة النقض رقم 12/763 الصادر بتاريخ 2022/06/07 في الملف الجنائي عدد 2021/12/6/18633، منشور على موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية .juriscassation.cspj.ma

بتأكيد خادع يوقع المستفيد في الغلط، وأن المحكمة المطعون في قرارها لما اعتبرت أن الحساب البنكي غير موجود استنادا إلى ما ورد في الشهادة البنكية من الملاحظة غياب الحساب البنكي عند الاستخلاص، وهي عبارة لا تعني عدم وجود لهذا الحساب بالمرة لأن الطالب الساحب للشيك يكون قد تسلم هذا الشيك من البنك المسحوب عليه بعد فتحه حسابا بمؤسسة البنك الشعبي وكالة المصلى بطنجة وأنه تم إغلاق هذا الحساب بعد فتحه وت (س) الشيك للمستفيد. ولما قضت على النحو المذكور فقد جعلت قرارها معللا تعليلا كافيا ولم تخرق المقتضيات القانونية المحتج بخرقها وكان ما بالوسيلة على غير أساس.

وتبين من هذه القرارات الحديثة أن محكمة النقض أقرت توجها جديدا يعتبر واقعة اغلاق الحساب البنكي تشكل جنحة النصب وليس جنحة عدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه للوفاء.

خاتمة:

من خلال ما سبق يتضح بما لا يدع مجالا للشك أن واقعة اغلاق الحساب تشكل جنحة النصب وليس جنحة عدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه، وبدوري أجد أن هذا التكييف هو الأسلم والأصح، فما دام أن المشرع اعتبر جنحة عدم توفير مؤونة شيك من جرائم الإهمال، فإن جنحة النصب على نقيض منها وذلك باعتبارها جنحة عمدية، وبالتالي فالشيء ونقيضه لا يمكن أن يجتمعا معا.

لائحة المراجع:

كتب:

- محمد بن بلعيد امنو البوطيبي، الأوراق التجارية المعاصرة -طبيعتها القانونية وتكييفها الفقه، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 2006.
- صليحة حاجي، شرح وسائل الأداء والائتمان، الطبعة الأولى، مطبعة حذيفة، 2018.
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار نشر المعرفة، 2004.
- امحمد لفروجي، جرائم الشيك وعقوباتها الجنائية والمدنية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، دون ذكر السنة.
- محمد لفروجي، الشيك وإشكالاته القانونية والعملية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء-، مارس 1999.
- محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، يناير 2001.
- لطيفة الداودي، الوجيز في القانون الجنائي المغربي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية –مراكش-، 2007.
- محمد اقبلي وعابد العمراني الميلودي، القانون الجنائي الخاص المعمق في شروح، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد سطات، 2020.
- أحمد الخمليشي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف الرباط، 1982.
- أحمد الخمليشي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، مطبعة المعارف الجديدة، 1999.
- عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، دون ذكر الطبعة والسنة.
- غزلان الشنيوي، الوسيط في العقود الخاصة: العقود المدنية والتجارية والبنكية على ضوء المستجدات التشريعية والاجتهادات القضائية في القانون المدني وقانون الاعمال، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية الرباط، 2017.
- زيتوني عبد القادر، أدوات وتقنيات التمويل البنكي، دون ذكر الطبعة والسنة، دار اليازوري العلمية.
- الرافة وتاب، سلطة قاضي التحقيق في جمع وتقدير الأدلة، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد سطات، 2022.

- عبد الرزاق الجباري، أزمة الخطأ في المسؤولية الجنائية لساحب الشيك، دون ذكر الطبعة، مطلعة الأمنية الرباط، 2015.
- عبد اللطيف بوحموش، دليل الشرطة القضائية في تحرير المحاضر وتوثيق المساطر، الطبعة السابعة، مطبعة الأمنية الرباط، 2021.

مجلات:

- العمل القضائي في جرائم الشيك الصادر عن وحدة الدراسات والتوثيق، سلسلة الاجتهادات القضائية، العدد 3.
- نشرة قرارات محكمة النقض، العدد 20، 2015.
- سفيان ادريوش، الإشكاليات المتعلقة بجريمة إصدار شيك بدون رصيد على ضوء الاجتهادات القضائية، مقال منشور بمجلة القانون الاقتصادي، العدد الأول، دجنبر 2007.

دوريات ومناشير:

- دورية والي بنك المغرب 97 / G / 5 الصادرة بتاريخ 1997/09/18.

مو اقع الكترونية:

- موقع بنك المغرب bkam.ma.
- موقع البوابة القضائية للمملكة المغربية juriscassation.cspj.ma.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1ER
www.Droitetentreprise.com

محور القانون الإداري

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

الاستقلال المادي للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبةفي ضوء المعايير الدولية للمنظمة الدولية (الإنتوساي) وأنظمة (قوانين) دول مجلس التعاون الخليجي

Financial independence of supreme audit institutions

Through the international standards of the International Organization for Standardization (INTOSAI) and regulations (laws) of the Gulf Cooperation Council countries

الدكتوره : نعيمة أحمد أوملود

المملكة العربية السعودية أستاذ القانون العام (سابقا) كلية الشريعة والقانون جامعة الجوف

ملخص

إن الاستقلال المطلوب لضمان استقلالية وحيادية ونزاهة أعمال الجهاز الأعلى للرقابة للدولة هو الاستقلال المتكامل والمترابط الذي تتمثل حلقاته في الاستقلال العضوي والاستقلال المادي والاستقلال الوظيفي، ولقد اختص هذا البحث بالبحث في الاستقلال المادي الذي من شأنه أن يجعل ذلك الجهاز يتمتع ليس فق ط بهذا النوع من الاستقلال عن سلطات الدولة ومؤسساتها العامة بل ويمكنه كذلك من أن يحصل على موارد كافية لأداء مهامه وأن يستقل بتسييرها وتوظيفها.

وقد تناول البحث الاستقلال المادي للأجهزة العليا للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي من خلال ما طرحته بشأن الاستقلال المالي الإعلانات الدولية للمنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة الإنتوساي من جهة وفي ضوء قوانين (أنظمة) دول مجلس التعاون الخليجي من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة (الإنتوساي)، دول مجلس التعاون الخليجي، الأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة، الاستقلال المادي.

Abstract

The independence required to ensure the independence, neutrality and integrity of the work of the Supreme Audit Institution of the State is the integrated and interconnected independence whose links are represented by organic independence, material independence and functional independence. This research has focused on the material independence that would enable that institution to enjoy not only this type of independence from the state authorities and its public institutions, but also enable it to obtain sufficient resources to perform its tasks and to be independent in managing and employing them. The research addressed the material independence of the Supreme Audit Institutions of the Gulf Cooperation Council countries through what was proposed regarding financial independence by the international declarations of the International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI) on the one hand and in light of the laws (regulations) of the Gulf Cooperation Council countries on the other hand.

Keywords: International Organization of Supreme Audit Institutions, Gulf Cooperation Council, supreme audit institutions, financial independence.

مقدمة

يتمحور الهدف من أن تتوافر الدولة على جهاز أعلى للرقابة المالية في أن تتمكن بواسطة هذا الجهاز من مكافحة مختلف أنواع الغش والممارسات غير الشرعية وغير القانونية داخل المؤسسات والهيئات العامة من أجل تحقيق تدبير سليم ونزيه للمال العام يؤدي إلى الفعالية والكفاءة والاقتصاد.

وتحقيقا لهذا المطلب تسهر الدولة على أن يكون الجهاز الأعلى للرقابة جهازا يتمتع بالاستقلال، ومن ضمن مظاهر استقلاله أن يستقل من حيث الموارد المادية التي ترصد إليه من أجل أن يتمكن من أداء المهام المنوطة به على نحو يحقق الهدف الذي من أجله أنشئ.

وتكمن أهمية البحث في أن الاستقلال المادي للجهاز الأعلى للرقابة يعتبر دعامة جوهرية للاستقلال العضوي لأعضاء الجهاز ومطلبا أساسيا لاستقلالهم الوظيفي؛ إذ يتمكن العضو المستقل بموجب هذا الاستقلال المادي من أن يزاول مهامه الرقابية بشكل مستقل ومحايد ونزيه.

وتتمحور إشكالية البحث حول مدى سعي الدولة العضو في مجلس التعاون الخليجي إلى تحقيق الاستقلال المادي للجهاز الأعلى للرقابة في ضوء المعايير الدولية للمنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة في هذا المجال.

ويهدف هذا البحث إلى البحث في مختلف الجهود التي بذلتها ضمن الإطار القانوني الدولة عضو مجلس التعاون الخليجي من أجل تحقيق أحد ركائز رقابة مالية فعالة ورشيدة يتولاها جهاز رقابي أعلى مستقل استقلالا ماديا وفق متطلبات معيار الاستقلال المالي الصادر عن إعلانات المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة الإنتوساي.

وأما عن منهج ومادة البحث، فبالنسبة للمنهج وظف البحث المنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي بالإضافة إلى منهج القانون المقارن، واستقى مادته بالأساس من الإعلانات الدولية للمنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة من جهة ومن قوانين (أنظمة) دول مجلس التعاون الخليجي من جهة أخرى.

وبشأن البحوث والدراسات السابقة لم نعثر على بحث أو دراسة تتعلق بالاستقلال المادي للأجهزة العليا للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي، وأما الاستقلال المادي كمعيار دولي فثمة بحوث تناولته بالبحث في ضوء إعلانات المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة الإنتوساي.

وتتكون خطة البحث من مطالب، وكل مطلب يحتوي على فرعين وذلك كالآتي:

- المطلب الأول: الإطار القانوني للاستقلال المالي للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة

ويتضمن هذا المطلب فرعين، يختص الأول بالبحث في الاستقلال المالي للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة في المعايير الدولية للمنظمة الدولية الانتوساي والثاني في الاستقلال المادي لدواوين الرقابة والمحاسبة بمقتضى قوانين دول مجلس التعاون الخليجي.

- المطلب الثاني: الموارد المادية للجهاز الأعلى للرقابة والجهة المسؤولة على توفيرها

ويشتمل هذا المطلب على فرعين يبحث الأول في طبيعة وشروط الموارد المادية للجهاز الأعلى للرقابة فيما يبحث الفرع الثاني في الجهة المسؤولة على ضمان توفير تلك الموارد لهذا الجهاز.

- المطلب الثالث: إعداد وتنفيذ ميزانية الجهاز الأعلى للرقابة والرقابة عليها

ويتولى الفرع الأول من هذا المطلب البحث في استقلال الجهاز الأعلى للرقابة بشأن إعداد ميزانيته والسهر على تنفيذها ويبحث الفرع الثاني في الرقابة المالية التي تمارس على ذلك الجهاز.

المطلب الأول: الإطار القانوني للاستقلال المالي للأجهزة العليا للرقابة

يتناول هذا المطلب بالبحث في فرع أول الإطار القانوني للاستقلال المالي للجهاز الأعلى للرقابة للدولة وفق المعايير الدولية لإعلانات المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة (الإنتوساي) ثم في فرع موال الإطار القانوني للاستقلال المالي للأجهزة العليا للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي.

الفرع الأول: الاستقلال المالي في المعايير الدولية للمنظمة الدولية الإنتوساي

ذهب إعلان ليما في الفقرة الثالثة من قسمه الخامس إلى أن على الدولة أن تضمن بمقتضى الدستور استقلال الجهاز الأعلى للرقابة، فتقيم هذا الجهاز بموجب الدستور وبموجبه أيضا تحدد درجة هذا الاستقلال فيما تعهد إلى القانون تفاصيل ذلك[1525]، ومن جهته أكد إعلان مكسيكو أن القانون يضمن استقلال الجهاز الأعلى للرقابة[1526].

وبخلاف إعلان ليما الذي جعل الدستور صاحب الاختصاص الأصيل للنص على استقلال الجهاز الأعلى للرقابة توسع إعلان مكسيكو بشأن الإطار التشريعي لهذا المطلب؛ إذ نص في المبدأ الأول على وجود إطار دستوري أو قانوني أو نظامي قائم على التناسب والفعالية، ويعزز بأحكام تطبيقية وواقعية بشأن استقلالية الأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة، فيما يبين التشريع بالتفصيل هذه الاستقلالية[1527]، بل إن التشريع يحدد "بالتفصيل مدى استقلالية الأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة"[1528].

الفرع الثاني: الاستقلال المالي للجهاز الأعلى للرقابة بمقتضى قوانين دول مجلس التعاون

وضمن الإطار الدستوري لاستقلال الأجهزة العليا للرقابة نصت دساتير كلا من دولة البحرين ودولة الكويت والإمارات العربية المتحدة على أن هذه الأجهزة التي تنشأ بموجب قانون تتمتع بالاستقلالية التي من ضمنها الاستقلال المالي وأن هذا القانون يتولى ضمان هذه الاستقلالية.

وبناء على ذلك ينشأ بموجب المادة 116 من دستور البحرين بقانون ديوان الرقابة ويكفل القانون استقلاله[1529]، وبقانون تنص المادة 151 من دستور الكويت ينشأ ديوان للمراقبة المالية ويكفل القانون استقلاله[1530]، وبموجب المادة 136 من دستور الإمارات العربية المتحدة "تنشأ إدارة اتحادية مستقلة (...) وينظم القانون هذه الإدارة"[1531].

وأما بالنسبة لدولة قطر والمملكة العربية السعودية وسلطنة عمان، فإن النص على استقلالية الجهاز الأعلى للرقابة ورد في قانون إنشاء هذا الجهاز وليس في الدستور، وعليه يتمتع الديوان العام للمحاسبة للدولة السعودية بموجب المادة الأولى من نظامه

1525. إعلان ليما للتوجيهات الخاصة بالمبادئ الرقابية. أكتوبر 1977، المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة الإنتوساي، الوثائق.
https://www.intosai.org/ar/index.html

1526. إعلان مكسيكو بشأن الاستقلالية، المعايير الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة -10. مؤتمر منظمة الإنتوساي 2007. المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة الإنتوساي، الوثائق.

https://www.intosai.org/ar/index.html

1527. م. ن.

1528. المعايير الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة 11 والإيضاحات والتطبيقات الجيدة للمنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة "إنتوساي" المتعلقة باستقلالية الأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة، ISSAI 11.

https://www.intosai.org/ar/index.html

انظر المبحث الأول البحث "استقلالية الأجهزة العليا للرقابة في ضوء المعايير الدولية والرقابة العليا المشتركة وأنظمة (قوانين) دول مجلس التعاون الخليجي الاستقلال العضوي أوملود نعيمة أحمد. مجلة قراءات علمية في الأبحاث والدراسات القانونية والعلوم الإنسانية، ع. 35 شتنبر 2024.

1529. دستور مملكة البحرين 2 ذو الحجة 1422/ 14 فبراير 2002. هيئة التشريع والرأي القانوني، البحرين.
https://legalaffairs.gov.bh

1530. دستور دولة الكويت ١٤ جمادى الثاني ١٣٨٢هـ/١١ نوفمبر ١٩٦٢، مجلس الأمة الكويت.
http://kna.kw/clt-html5/run.asp?id=2024

1531. دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971. الجريدة الرسمية ع. 1، السنة الأولى، 1971/12/31. حكومة - الإمارات العربية المتحدة.
https://uaelegislation.gov.ae/ar/constitution

باعتباره "جهاز رقابي مستقل" "بالاستقلال المالي والإداري"[1532]، كما يحظى بالاستقلال المالي والإداري جهاز الرقابة المالية والإدارية لسلطنة عمان بمقتضى المادة الثانية من قانونه[1533]، فيما تنص المادة الثانية من قانون ديوان المحاسبة لدولة قطر على أن هذا الديوان "جهاز رقابي مستقل"[1534].

ومن جهتها أتت قوانين إنشاء الأجهزة الرقابية لكل من الكويت والإمارات العربية المتحدة والبحرين لتؤكد على الاستقلالية الدستورية لهذه الأجهزة، فبقتضى المادة الأولى من قانون ديوان الرقابة المالية للبحرين يكون الجهاز الذي يتولى مهمة الرقابة المالية جهازا مستقلا[1535]، كما يعتبر ديوان المحاسبة لدولة الكويت بنص المادة الأولى من قانونه هيئة مستقلة للمراقبة المالية[1536]، ونصت المادة الثانية من المرسوم بقانون بشأن جهاز الإمارات للمحاسبة على أن هذا الجهاز يتمتع "بالاستقلال المالي والإداري"[1537].

فاستقلال الأجهزة العليا للرقابة ينطوي على استقلال هذه الأجهزة على مستوى مواردها المالية، وفي هذا الصدد أكد إعلان ليما على أهمية وضرورة هذا النوع من الاستقلال، وقد خص له القسم السابع تحت عنوان "الاستقلال المالي للأجهزة العليا للرقابة"[1538]، وأعلن عن شروط هذا الاستقلال والتي من شأن توافرها أن تجعل الجهاز الأعلى للرقابة قادرا على أداء المهام المعهودة إليه باستقلال وموضوعية وفاعلية.

وفي هذا الصدد وكمظهر من مظاهر استقلال الأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة تنص المادة الثانية من قانون الرقابة المالية والإدارية لسلطنة عمان على أن لجهاز الرقابة الشخصية الاعتبارية[1539]، كما يتمتع بهذه الشخصية ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين (م. 1)[1540]، وديوان المحاسبة لقطر (م. 2)[1541]، والديوان العام للمحاسبة للدولة السعودية (م. 1)[1542]، وجهاز الإمارات العربية المتحدة للمحاسبة (م. 2)[1543].

وأما بشأن ديوان المحاسبة لدولة الكويت فباعتبار أنه هيئة عامة تابعة للدولة، فإنه كذلك يتمتع بالشخصية الاعتبارية، وإن لم ينص قانونه على ذلك.

1532. نظام الديوان العام للمحاسبة للسعودية، المرسوم الملكي رقم م/٩ بتاريخ ١٣٩١/٢/١١. هيئة الخبراء بمجلس الوزراء - المملكة العربية السعودية.
https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/5dc538d4-5bbd-4995-8f0c-a9a700f2c88c/1

1533. قانون الرقابة المالية والإدارية لسلطنة عمان 2011/111. الجريدة الرسمية ع. 949، 26 ذي القعدة 1432/ 24 أكتوبر 2011. قانون - سلطنة عمان.
https://qanoon.om/p/2011/rd2011111

1534. قانون رقم (11) لسنة 2016 بشأن ديوان المحاسبة لقطر، الديوان الأميري 1/26/ 1438- 2016/10/27. الجريدة الرسمية ع. 12، 17 صفر 1438/ 18 نوفمبر 20016. الميزان البوابة القانونية القطرية.
https://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=17427&lawId=7080&language=ar

1535. مرسوم بقانون ديوان الرقابة المالية رقم (16) لسنة 2002 لمملكة البحرين، 22 ربيع الآخر 3/1423 يوليو 2002. هيئة التشريع والرأي القانوني- البحرين.
https://www.lloc.gov.bh/Legislation/HTM/L1602

1536. قانون بإنشاء ديوان المحاسبة للكويت رقم 30 لسنة 1460، 27 صفر 7/1384 يوليو 1964. الجريدة الرسمية رقم 509، 23 ديسمبر 1964. بوابة التشريعات العربية - الاسكوا الأمم المتحدة.
https://alp.unescwa.org/ar/plans/1545

1537. مرسوم بقانون اتحادي بشأن جهاز الإمارات للمحاسبة رقم (56) لسنة 2023، 2 أكتوبر 2023، الجريدة الرسمية ع. 762، 31 أكتوبر 2023. جهاز الإمارات للمحاسبة.
https://uaeaa.gov.ae/ar/mediahub/news/Pages/N19122023.aspx

1538. إعلان ليما للتوجهات الخاصة بالمبادئ الرقابية، م. س.

1539. قانون الرقابة المالية والإدارية لدولة سلطنة عمان...، م. س.

1540. قانون ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين...، م. س.

1541. قانون بشأن ديوان المحاسبة لقطر...، م. س.

1542. نظام الديوان العام للمحاسبة للسعودية...، م. س.

1543. قانون اتحادي بشأن جهاز الإمارات للمحاسبة...، م. س.

ويترتب عن الشخصية الاعتبارية للأجهزة العليا للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي أن لهذه الأجهزة ذمة مالية مستقلة تمنحها الحق في أن تمارس كافة التصرفات القانونية إزاء مواردها المادية وهو ما يدعم استقلالها المالي.

وفي سياق ذلك نشير إلى الفصل الأربعون من القانون الأساسي لمحكمة المحاسبات لدولة تونس لنصه على أن المحكمة "ذات معنوية تتمتع بالاستقلالية المالية والإدارية"[1544]، ونصت المادة الخامسة من قانون ديوان الرقابة المالية للعراق على أن الديوان يعتبر "هيئة مستقلة ماليا وإداريا له شخصية معنوية"[1545]، كما أن قانون الجهاز المركزي للمحاسبات لمصر يعتبر في مادته الأولى أن هذا الجهاز يعتبر هيئة مستقلة ذات شخصية اعتبارية عامة وله بموجب المادة 28 "موازنة مستقلة"[1546].

وضمن مطلب موال سنتناول بالبحث الموارد المادية للأجهزة العليا للرقابة والجهة المختصة بضمان توفيرها للجهاز من خلال ما طرحته بشأن ذلك إعلانات المنظمة الدولية وفي ضوء أنظمة وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي.

المطلب الثاني

الموارد المادية للجهاز الأعلى للرقابة والجهة المسؤولة على ضمانها

نبحث في الموارد المادية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة من حيث طبيعة هذه الموارد والشروط المطلوب أن تتوافر فيها ثم الجهة المسؤولة عن توفيرها للجهاز الأعلى للرقابة.

الفرع الأول: طبيعة وشروط الموارد المادية للجهاز الأعلى للرقابة

أولا: طبيعة الموارد المادية

بموجب معيار الاستقلال الدولي للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة تكون هذه الأجهزة ذات استقلال مالي؛ إذا حظيت بما يلزمها من موارد مادية بمختلف أنواعها لأداء المهام المعهودة إليها بفاعلية وجودة عالية، وتتمثل هذه الموارد في المرفق والمعدات والأجهزة والرواتب والتحفيزات المادية وغير ذلك.

وفي هذا الصدد من ضمن ما يتضمنه بيان ميزانية ديوان المحاسبة للكويت بمقتضى قانون إنشائه في المادة 43 كمورد مادي للديوان مرتبات الوظائف بمختلف أنواعها ودرجاتها[1547]، وترد في المادة 38 من قانون ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين مرتبات الموظفين الفنيين وغيرهم ومكافآتهم[1548].

والملفت للإنتباه أن قانون إنشاء محكمة الحسابات لدولة تونس، مقارنة مع قوانين الأجهزة العليا للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي، تضمن النص ضمن المادة الثالثة على أن الدولة تخصص لمحكمة الحسابات "مقرا رئيسيا بتونس العاصمة وتضع على ذمتها جميع الموارد اللازمة لحسن أداء مهامها بكامل تراب الجمهورية" تحت شرط أن تلتزم المحكمة "بحسن استعمال الموارد الموضوعة على ذمتها وفق القانون ومبادئ الاقتصاد والكفاءة والفعالية"[1549].

1544. قانون أساسي عدد 41 لسنة 2019، 30 أبريل 2019 يتعلق بمحكمة المحاسبات تونس. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع. 39، 14 ماي 2019، ص. 1493- 1506. وزارة العدل – الجمهورية التونسية.
https://www.justice.gov.tn/index.php?id=576

1545. قانون ديوان الرقابة المالية رقم (31) لسنة 2011 العراق. جريدة الوقائع العراقية ع. (4217)، 14 نونبر 2011، مجلس النواب- جمهورية العراق.
https://archive3.parliament.iq/ar/2011/09/20

1546. قانون الجهاز المركزي للمحاسبات القانون رقم 144 لسنة 1988، 24 شوال 9/1408 يونيو 1988 لمصر. الجريدة الرسمية ع. 23 (تابع) 1988/6/9. الجهاز المركزي للمحاسبات - جمهورية مصر العربية.
https://asa.gov.eg/Page.aspx?id=5_137

1547. قانون بإنشاء ديوان المحاسبة للكويت...، م. س.

1548. قانون ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين...، م. س.

1549. قانون أساسي عدد 41 لسنة 2019، 30 أبريل 2019 يتعلق بمحكمة المحاسبات تونس. م. ذ.

ويترتب عن الشخصية الاعتبارية للجهاز الأعلى للرقابة والمحاسبة أن الموارد المادية تندرج ضمن الجانب الإيجابي للذمة المالية للجهاز، وفي هذا الإطار اعتبرت الفقرة (أ) من المادة الثانية من قانون ديوان المحاسبة لدولة الأردن الأموال المنقولة وغير المنقولة في ملك الديوان[1550]، وهي تعتبر كذلك بالنسبة للأجهزة العليا للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي باعتبار أنها أجهزة تتمتع بالشخصية الاعتبارية[1551].

كما أن الفقرة (أ) من المادة الثانية من قانون ديوان المحاسبة للأردن تعتبر أكثر دقة من قوانين إنشاء الأجهزة العليا للرقابة لتونس والعراق ولدول مجلس التعاون الخليجي؛ إذ تبين ما يرتب عن تمتع ديوان المحاسبة بالشخصية الاعتبارية فيما يتعلق بموارده المادية بنصها على ما يلي: "ديوان المحاسبة جهاز رقابي مستقل يتمتع بشخصية اعتبارية وباستقلال مالي وإداري وله بهذه الصفة القيام بجميع التصرفات القانونية اللازمة لتحقيق أهدافه بما في ذلك إبرام العقود وتملك الاموال المنقولة وغير المنقولة..."[1552].

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في الموارد المادية

إن الأداء الوظيفي الجيد والفعال للجهاز الأعلى للرقابة والمحاسبة يستلزم أن تكون موارده المادية كافية، وفي هذا الصدد أعلنت المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة الإنتوساي من خلال إعلان ليما في الفقرة الأولى من قسمه السادس المتعلق بالاستقلال المالي أنه يجب أن تمنح لهذه الأجهزة "الإمكانيات المالية التي تكفل لها القيام بمهمتها"[1553]، بيد أن توفير التمويل عموما للجهاز الأعلى للرقابة من الممكن، يصرح أول شوين "أن يكون صعبا في دولة ينقصها الموارد المادية"[1554].

وأبعد من شرط الكفاية، يكون من الأجدر أن يتحقق في الموارد المادية للأجهزة العليا للرقابة شرط الوفرة من أجل أن تفضي جودة وفعالية وموضوعية الأداء إلى "تقديم التدقيق العام بشكل موضوعي وفعال"[1555].

وبموجب المبدأ الثامن من إعلان مكسيكو تنضاف إلى شرط الكفاية شروطا ينبغي أن تتوافر في الموارد المادية للجهاز الأعلى للرقابة والمحاسبة تتمثل في أن تكون موارد مناسبة ولازمة ومعقولة[1556].

وإلى جانب مختلف تلك الشروط يوجد شرط أمن واستقرار الموارد المادية للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة، وقد اعتبر إعلان اسونسيون أن أية عملية إصلاح تفضي إلى "زيادة أمن الموازنة والاستقرار المالي للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة" تتطلب "العمل التعاوني" الذي بات ضروريا ومطلبا أساسيا لتلك العملية بين الجهاز الأعلى للرقابة والسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية[1557].

ومن متطلبات شرط أمن واستقرار الموارد المادية ألا تتعرض هذه الموارد لتدخل خارجي لكي يتمكن الجهاز الأعلى للرقابة والمحاسبة من إدارتها وتوظيفها بانتظام واضطراد.

1550. قانون ديوان المحاسبة رقم (28) لسنة 1952 وتعديلاته الواردة في االقانون المعدل وقرار رقم (1) لسنة 2022 للأردن. 1952/3/31. ديوان المحاسبة - الأردن. https://www.audit-bureau.gov.jo/Ar

1551. انظر بشأن الشخصية المعنوية للجهاز الأعلى للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي الفرع الثاني من المطلب الأول من البحث.

1552. قانون ديوان المحاسبة للأردن رقم (28) لسنة 1952 وتعديلاته...، م، س.

1553. إعلان ليما للتوجهات الخاصة بالمبادئ الرقابية، م. س.

1554. SHOYEN Ole، استمرار الرحلة لتحقيق مبادرة طموحة، رئيس الأمانة العامة للجهات المانحة للانتوساي. المجلة الدولية للرقابة الحكومية، ع. شتاء 2018، ص. 40.

1555. هيندريسون ويلف، بناء الشراكات لمحاربة الاحتيال والفساد من خلال الدعم الفني الفعال من الجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة. مكتب التدقيق الوطني للمملكة المتحدة. المجلة الدولية للرقابة المالية والحكومية ع. ربيع 2019. ص. 20.

1556. إعلان مكسيكو بشأن الاستقلالية...، م. س.

1557. إعلان اسونسيون أمن الميزانية والاستقرار المالي في الجهاز الأعلى للرقابة المالية والمحاسبة. اجتماع الجمعية العمومية للأولاسيف أكتوبر 2017، اسونسيون الباراغواي. المجلة الدولية للرقابة المالية الحكومية ع. ربيع 2018 المجلد 45 رقم 20، ص. 20.

ISSN:2509-0291

وفي هذا الصدد نشير إلى أن القانون الأساسي لمحكمة المحاسبات لدولة تونس ذهب إلى أبعد من ذلك؛ إذ اشترط شرطا يتعلق بما بعد توافر الجهاز الأعلى للرقابة على الموارد المادية وهو شرط حرية التصرف، فمحكمة المحاسبات ينص الفصل الأربعون تتمتع "بحرية التصرف في مواردها" وهي حرية لا يقيدها إلا "القانون وقواعد الحوكمة الرشيدة"[1558].

وفي إطار الرقابة العليا المشتركة بين دول مجلس التعاون الخليجي[1559]، بعد أن أكد وكيل ديوان المحاسبة الكويتي عبد العزيز الرومي خلال الاجتماع التاسع لرؤساء دواوين المراقبة والمحاسبة بدول المجلس سنة 2010 على أهمية أن تكون للأجهزة العليا للرقابة الاستقلالية الكاملة والتي من ضمنها الاستقلال المالي بين أن من نتائج أن يكون لهذه "الأجهزة المحاسبية" دعما ماليا أن هذا النوع من الدعم "سيساعد على التطوير الرقابي حيث سيكون عائده كبيرا في المحافظة على المال العام والرقابة الادارية والمالية"[1560]، فيما صرح عبد العزيز العدساني رئيس الديوان عن أنه يأمل في أن تحظى الأجهزة العليا للرقابة بمزيد من الدعم والاستقلالية والتي من دعائمها الاستقلال المالي على نحو "يتسق مع ما تصدره المنظمات الرقابية المتخصصة في هذا المجال خاصة المنظمة الدولية لهيئات الرقابة المالية العليا (الإنتوساي)"[1561].

وبالرجوع إلى قوانين إنشاء الجهاز الأعلى للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي نجد أنها تكفل الاستقلال المالي لهذا الجهاز وهو استقلال لن يتحقق إلا بتمكين أجهزة الرقابة من موارد مادية تتحقق فيها جميع الشروط المطلوبة.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن الفصل الأربعون من القانون الأساسي لمحكمة المحاسبات لتونس كقانون مقارن نص من أجل ضمان الاستقلال المالي لهذه المحكمة على أن الدولة تخصص لفائدة محكمة المحاسبات "سنويا اعتمادات على أساس حاجياتها من التمويل المقترحة من قبلها وفي إطار التوازنات العامة لميزانية الدولة[1562].

الوفرة تفضي إذن إلى أمن واستقرار الموارد المادية للجهاز الأعلى للرقابة، لكن في حالة وجود نقص في هذه الموارد ينبغي من أجل ضمان استمرارية هذا الجهاز في أداء مهامه بانتظام واضطراد أن يتمتع بحق المطالبة باحتياجاته، وأن يتم العمل على الاستجابة لمطلبه بين الجهاز الأعلى للرقابة وسلطتي الدولة السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية.

فالدولة تتولى مد الجهاز الأعلى للرقابة بالاعتمادات المادية التي يحتاجها للقيام بالمهام المنوطة به، وبالرجوع إلى إعلانات المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة الإنتوساي نجد أنها تطرقت إلى الجهة المسؤولة داخل الدولة عن ذلك.

الفرع الثاني: الجهة المسؤولة على ضمان الموارد المادية لجهاز الرقابة

إن اشتراط شرط الكفاية في الموارد المادية للأجهزة العليا للرقابة من أجل ضمان الاستقلال المالي لهذه الأجهزة جعل إعلان ليما ينظر في حالة عدم تحقق هذا الشرط، ويطرح لأجل تجاوز الخلل في الفقرة الثانية من القسم السادس مسألة أن تتمتع تلك الأجهزة بالقدرة التي تمكنها من أن تطلب ما تحتاجه من موارد وأن تكون لديها صلاحية أن ترفع الطلب بشكل مباشر إلى "الجهاز العمودي المسؤول عن الميزانية الوطنية"[1563].

وعن هذا الجهاز العمودي يذهب إعلان مكسيكو ضمن المبدأ الثامن إلى أن المسؤول عن ضمان توفير ما يلزم الأجهزة العليا للرقابة من موارد مادية ونقدية لازمة وكافية هو السلطة التشريعية أو لجنة من لجان هذه السلطة[1564]، فإلى هذه السلطة يتوجه الجهاز

1558. قانون أساسي عدد 41 لسنة 2019، 30 أبريل 2019 يتعلق بمحكمة المحاسبات تونس. م. س.

1559. أوملود نعيمة أحمد، الرقابة العليا المشتركة بين أجهزة المراقبة والمحاسبة لدول مجلس التعاون الخليجي. مجلة القانون والأعمال الدولية، رقم 52، يونيو- يوليوز 2024. جامعة الحسن الأول- المغرب.

https://www.droitetentreprise.com

1560. العجمي عبد الهادي، العدساني: استقلالية دواوين المحاسبة ضرورة للحفاظ على المال العام. 2010/10/6، الأنباء جريدة كويتية.

https://www.alanba.com.kw/ar/kuwait-news

1561. م. ن.

1562. قانون أساسي عدد 41 لسنة 2019، 30 أبريل 2019 يتعلق بمحكمة المحاسبات تونس. س. ذ.

1563. إعلان ليما للتوجهات الخاصة بالمبادئ الرقابية...، م. س.

1564. إعلان مكسيكو بشأن الاستقلالية...، م. س.

الأعلى للرقابة مباشرة في حالة عدم توافره على ما يكفيه لإدارة مهامه وأداء ما أنيط به من صلاحيات، وقد اعتبر إعلان مكسيكو هذا التوجه المباشر إلى تلك السلطة حقا للجهاز الأعلى للرقابة والمحاسبة[1565] مما يجعله مكتسبا قانونيا.

ومن ضمانات حرص الدولة على أن تتوافر للجهاز الأعلى للرقابة ما يحتاجه من أموال لتدبير شؤونه وأداء مهامه أن رئيس الجهاز هو المكلف بوضع مشروع ميزانية الجهاز، فهو المطلع بحكم منصبه على احتياجات ونفقات الجهاز، وفي حالة ما إذا تبين له أن ميزانية الجهاز لا تغطي بشكل كاف نفقاته، له أن يرفع الأمر بذلك إلى الجهة المعنية.

الجهة المعنية بذلك كما سلف هي بموجب إعلان مكسيكو السلطة التشريعية، بل وأبعد من ذلك على هذه السلطة أن تتأكد من وفرة الموارد المادية لدى الأجهزة العليا للرقابة[1566]، وبالرجوع إلى قوانين إنشاء الأجهزة العليا للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي نجد أن الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من القانون الاتحادي بشأن جهاز الإمارات العربية المتحدة للمحاسبة تخول لرئيس الجهاز أن يطلب من رئيس الدولة اعتمادا إضافيا لكن بعد أن يتفق بشأنه مع رئيس ديوان الرئاسة وأن يخطر بذلك وزير المالية[1567].

وأما قانون ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين، فقد نص في المادة 41 على أنه إذا تضمن مشروع ميزانية الديوان التفصيلية المعد من قبل رئيس الديوان زيادة تفوق "مجموع اعتمادات العام السابق بنسبة 10٪"، لوزير المالية والاقتصاد الوطني أن يكتفي بإدراج اعتماد العام السابق، وعرض الزيادة على رئيس مجلس الوزراء ليبت فيها بناء على الملاحظات التي أبداها الوزير ورئيس الديوان[1568].

وفيما عدا هذين القانونين القانون الاتحادي بشأن جهاز الإمارات للمحاسبة وقانون ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين لم تضمن باقي دول مجلس التعاون الخليجي قوانينها (أنظمتها) المتعلقة بالجهاز الأعلى للرقابة صلاحية أن يتوجه رئيس هذا الجهاز إلى الجهة المحددة ووفق الطريقة المطلوبة بطلب اعتمادات إضافية.

المطلب الثالث : إعداد وتنفيذ ميزانية الجهاز الأعلى للرقابة والرقابة عليها

ضمن هذا المطلب يتطرق الفرع الأول إلى مسألة استقلال الجهاز الأعلى للرقابة بشأن وضع ميزانيته وتوظيفه لها، فيما يبحث الفرع الثاني في الجهة التي تمارس الرقابة المالية على ذلك الجهاز.

الفرع الأول: استقلال الجهاز الأعلى للرقابة بشأن إعداد وتنفيذ الميزانية

أولا: إعداد ميزانية الجهاز الأعلى للرقابة

يختص رئيس جهاز الإمارات العربية المتحدة بموجب الفقرة الأولى لكل من المادة الخامس والمادة الثامنة من القانون الاتحادي بشأن جهاز المحاسبة بصلاحية إعداد مشروع ميزانية الجهاز السنوية، وتبين الفقرة الأولى من المادة الخامسة على أن رئيس الجهاز يقوم بذلك بالاتفاق مع رئيس ديوان الرئاسة[1569].

بعد مرحلة الإعداد تخول الفقرة الأولى من المادة الثامنة لرئيس جهاز المحاسبة صلاحية أن يرفع مشروع الميزانية إلى رئيس الدولة لاعتمادها، وبعد أن يعتمد هذا الأخير ميزانية الجهاز يخطر بذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الخامسة وزير المالية و"تلحق

1565. م. ن.

1566. هيندريسون ويلف، بناء الشراكات لمحاربة الاحتيال والفساد...، م. س.

1567. قانون اتحادي بشأن جهاز الإمارات للمحاسبة...، م. س.

1568. قانون ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين...، م. س.

1569. قانون اتحادي بشأن جهاز الإمارات للمحاسبة...، م. س.

بالميزانية العامة رقما واحدا"، كما يتولى رئيس الجهاز تنص الفقرة الثانية من المادة الثامنة إعداد الحساب الختامي للجهاز وإحالته على رئيس الدولة لاعتماده1570.

وبالنسبة لدولة قطر تستثني المادة 61 من قانون بإنشاء ديوان المحاسبة موازنة الديوان من أحكام قانون النظام المالي للدولة وبناء عليه يتولى رئيس الديوان إعداد مشروع الموازنة وعرضه على نظر رئيس الدولة أو من يفوضه لأجل اعتماده، وبعد ذلك "تدرج اعتمادات هذه الموازنة رقما واحدا بصورة إجمالية"1571.

وبموجب نظام الديوان العام للمحاسبة للسعودية، تعهد المادة الثالثة المعدلة بالمرسوم الملكي رقم م/١٧٨ وتاريخ ٢/١٢/١٤٤١ لرئيس الديوان صلاحية إعداد مشروع ميزانية الديوان ورفعه إلى الملك لاعتماده1572، وأما المادة 27 التي تنص على أن رئيس الديوان يعتمد أثناء وضعه لمشروع الميزانية "القواعد المعمول بها في الإدارات الحكومية" فقد تم حذفها بمقتضى المرسوم الملكي السالف ذكره1573.

وفي البحرين تخول المادة 26 من قانون ديوان الرقابة المالية لرئيس الديوان السلطة التي يتمتع بها وزير المالية والاقتصاد الوطني وبموجب ذلك يضع تقديرات نفقات الديوان في الميزانية ثم بمتضى المادة 41 يرسل المشروع في الميعاد المحدد قانونا إلى وزير المالية والاقتصاد الوطني الذى يناقشته مع رئيس الديوان، ثم يدرجه في الميزانية، لكن إذا احتوى مشروع الميزانية على زيادة تفوق مجموع اعتمادات العام السابق بنسبة 10% اكتفى وزير المالية بادراج اعتماد العام السابق، وعرض الزيادة على نظر رئيس مجلس الوزراء ليبث فيها بناء على ملاحظات وزير المالية ورئيس الديوان1574.

وأما بشأن دولة الكويت فإن المادة 75 من قانون بإنشاء ديوان المحاسبة تعهد لرئيس الديوان صلاحية وضع مشروع ميزانية ديوان المحاسبة باتفاق مع رئيس مجلس الأمة الذي بعد ذلك يتولى رفع المشروع في الميعاد المحدد قانونا إلى وزير المالية والصناعة1575.

يدرج وزير المالية والصناعة مشروع ديوان المحاسبة كما ورد إليه من رئيس مجلس الأمة في قسم خاص بالميزانية العامة للدولة، لكن إذا وجدت في المشروع زيادة على مجموع اعتماد العام السابق لوزير المالية والصناعة أن يكتفي بدرج اعتماد العام السابق، وأن يعرض الزيادة على مجلس الأمة ليبث فيه بعد أن يستمع إلى رأي وزير المالية والصناعة ورئيس ديوان المحاسبة (م.75)1576.

وفي سلطنة عمان يكون لجهاز الرقابة المالية والإدارية بمقتضى المادة الثالثة من قانون الإنشاء صلاحية إعداد ميزانية الجهاز على مبدأ الاستحقاق ويعتمد الرئيس مشروع الميزانية التفصيلية1577.

ويكون اعتماد رئيس الدولة لميزانية جهاز الرقابة المالية والإدارية للسلطنة بموجب مرسوم سلطاني، وبموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٠٢٣/١ بالتصديق على الميزانية العامة للدولة للسنة المالية 1 يناير 2023، قدرت إيرادات ميزانية جهاز الرقابة المالية والإدارية بـ26 ألف ريال عماني، وأدرجت تحت رقم 16100 ضمن الجدول رقم (1/2) المخصص لتقديرات الإيرادات الجارية حسب التخصصات الوظيفية لوحدات الجهاز الإداري للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى للسنة المالية ٢٠٢٣م1578.

1570. م. ن.

1571. قانون بشأن ديوان المحاسبة لقطر...، م. س.

1572. نظام الديوان العام للمحاسبة للسعودية...، م. س.

1573. م. ن.

1574. قانون ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين...، م. س.

1575. قانون بإنشاء ديوان المحاسبة للكويت...، م. س.

1576. م. ن.

1577. قانون الرقابة المالية والإدارية لدولة سلطنة عمان...، م. س.

1578. مرسوم سلطاني رقم ٢٠٢٣/١ بالتصديق على الميزانية العامة للدولة للسنة المالية 1 يناير 2023. ٨ **جمادى الآخرة ١/١٤٤٤ يناير 2023**، الجريدة الرسمية ع. (1474)، 1 يناير 2023. قانون - سلطنة عمان.
/https://qanoon.om/p/2023/rd2023001

وقد تميز القانون الأساسي لمحكمة المحسابات لتونس عن قوانين أجهزة الرقابة والمحاسبة لدول مجلس التعاون بأن نص في الفصل 40 على شروط لوضع ميزانية محكمة المحاسبات وهي أن تلتزم المحكمة "باعتماد الشفافية في إعداد ميزانيتها"، وأن تتخذ لذلك وثيقة ينبغي أن "تكون شاملة وموحدة"[1579]، فيما تشترط المادة 21 من قانون ديوان الرقابة المالية للعراق أن يكون إعداد وإقرار مشروع موازنته "وفق التوجهات العامة للدولة"[1580].

ثانيا: استقلال الجهاز الأعلى للرقابة بشأن تنفيذ الميزانية

ضمن القسم السابع من إعلان ليما نجد في فقرته الثالثة أن من شروط الاستقلال المالي للأجهزة العليا للرقابة أن تتمتع هذه الأجهزة بالقدرة على أن تسخدم الأموال التي أسندت إليها "حسب ما تراه صالحا"[1581]، ويجسد إعلان مكسيكو في المبدأ الثامن تلك القدرة في استقلالية الأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة عن السلطة التنفيذية بشأن إدارة ميزانيتها وتخصيص الميزانية بحرية فيما تراه مناسبا، وأن ليس لهذه السلطة أن تتدخل في الاستقلال المالي لهذه الأجهزة من خلال التحكم في طريق الوصول إلى مواردها المالية أو توجيهها[1582].

يتمتع جهاز الإمارات للمحاسبة بتلك الاستقلالية؛ إذ بموجب الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانونه الاتحادي يحظى رئيس الجهاز "بكافة السلطات والصلاحيات اللازمة في إدارة ميزانية الجهاز وتنفيذها"، ومن مظاهر استقلال هذه الإدارة المالية أن رئيس الجهاز يعتبر هو المختص بمقتضى الفقرة الثامنة من المادة الثامنة بإصدر ما يلزم أعمال الجهاز من أنظمة ولوائح فنية ومالية وإدارية داخلية، كما أنه بموجب الفقرة التاسعة يصدر ما يلزم من قرارات ومعايير وقواعد ومنهجيات[1583] من أجل تفعيل تلك الأنظمة واللوائح على مستوى مباشرة اختصاصات الجهاز والتي من ضمنها إدارة وتنفيذ ميزانيته.

ولرئيس ديوان المحاسبة للكويت بمقتضى المادة 41 من قانون الديوان السلطة المعهودة لوزير المالية والصناعة فيما يتعلق باستخدام الاعتمادات المالية التي تتضمنها ميزانية الديوان، وله في صدد ذلك نفس الصلاحيات التي لوزير المالية والصناعة والتي تفوق صلاحيات باقي الوزراء[1584].

ويتولى رئيس ديوان المحاسبة لدولة قطر بناء على المادة 47 من قانون الديوان الإشراف على شؤون الديوان المالية، ويتخذ القرارت اللازمة لذلك، ويتمتع للقيام بذلك بصلاحيات الوزير، وبموجب المادة 65 يسهر الرئيس على إصدار أسس وإجراءات تنفيذ بنود الموازنة في الأغراض المخصصة لها في شكل لوائح وقرارت[1585].

وأما رئيس ديوان المحاسبة للمملكة العربية السعودية، فباعتبار أن له مرتبة وزير (م.4)، فإن له ما للوزير من صلاحيات مالية داخل وزارته (م.5)؛ وبناء عليه يتولى الرئيس الإشراف المالي على الديوان، ويسهر على تنفيذ بنود الميزانية، ويعد بموجب الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من نظام الديوان مشروع اللوائح المالية ويرفعها إلى الملك لاعتمادها[1586]، وفيما يتعلق بجهاز الرقابة

1579. قانون أساسي عدد 41 لسنة 2019، 30 أبريل 2019 يتعلق بمحكمة المحاسبات تونس. م. س.

1580. قانون ديوان الرقابة المالية رقم (31) لسنة 2011 العراق. م. س.

1581. إعلان ليما للتوجهات الخاصة بالمبادئ الرقابية، م. س.

1582. إعلان مكسيكو بشأن الاستقلالية...، م. س.

1583. قانون اتحادي بشأن جهاز الإمارات للمحاسبة...، م. س.

1584. قانون بإنشاء ديوان المحاسبة للكويت...، م. س.

1585. قانون بشأن ديوان المحاسبة لقطر...، م. س.

1586. نظام الديوان العام للمحاسبة للسعودية...، م. س.

المالية والإدارية لسلطنة عمان، فإن للرئيس باعتبار أن له رتبة وزير بموجب المادة السادسة من قانون الجهاز أن يسهر على استخدام وتنفيذ الميزانية، وأن يتولى شؤون الجهاز المالية (م.14)[1587].

ولرئيس ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين بمقتضى المادة 26 من قانون الديوان ما للوزير من صلاحيات بل إنه يتمتع بالسلطة التي لوزير المالية والاقتصاد الوطني بشأن استعماله للاعتمادات المقررة في ميزانية الديوان[1588].

ومما يستنتج مما سبق أن القانون الاتحادي لجهاز الإمارات العربية المتحدة للمحاسبة تميز عن غيره من قوانين الجهاز الأعلى للرقابة لبقية دول مجلس التعاون الخليجي بأن خول لرئيس الديوان كافة السلطات والصلاحيات اللازمة لإدارة ميزانية الجهاز وتنفيذها فيما ذهبت بقية القوانين إلى أن لرئيس الجهاز ما للوزير أو ما لوزير المالية من سلطة في إدارة الميزانية.

ونشير في هذا الصدد إلى أن القانون الأساسي لمحكمة المحاسبات لدولة تونس ذهب إلى أبعد من ذلك؛ إذ نص على أن لمحكمة المحاسبات بموجب الفصل الأربعون حرية التصرف في مواردها، وهي حرية لا يقيدها إلا "القانون وقواعد الحوكمة الرشيدة"[1589].

الفرع الثاني: الرقابة المالية على الجهاز الأعلى للرقابة والمحاسبة

تنص الفقرة السادسة من المادة الخامسة من القانون الاتحادي بشأن جهاز الإمارات العربية المتحدة للمحاسبة على أن لهذا الجهاز مدقق حسابات أو أكثر من المدققين الذين يتم اعتمادهم للقيام بصلاحية تدقيق الحسابات والبيانات المالية للجهاز استنادا "لمعايير تدقيق البيانات المالية للجهات الحكومية أو أية معايير أخرى يراها الجهاز"، ويصدر بتعيين المدقق بمقتضى الفقرة 11 من المادة الثامنة قرار من رئيس الجهاز[1590].

وبموجب المادة 43 من قانون ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين يقوم بأعمال التدقيق على حسابات الديوان مدقق حسابات خارجي يعينه الملك بمقتضى مرسوم[1591].

وأما قانون ديوان المحاسبة لدولة قطر، فينص في مادته 66 على أن تدقيق ومراجعة حسابات الديوان يكون بتكليف من لدن الأمير أو من يفوضه، وتحدد بموجبه الجهة التي تتولى بذلك[1592]، وبموجب المادة الثالثة من قانون الرقابة المالية والإدارية لسلطنة عمان يتولى هذا الجهاز "وحده تدقيق حساباته"[1593].

وبمقتضى المادة 82 من قانون ديوان المحاسبة للكويت تراجع وزارة المالية والصناعة مستندات وحسابات الديوان، ويخطر الديوان بالملاحظات والمخالفات التي أسفرت عنها المراجعة لتعرض على رئيس الديوان الذي يتخذ ما يلزم بشأنها طبقا لقانون الديوان، ويدرج ذلك في تقرير الديوان السنوي[1594].

بناء على ما سلف نستنتج أن قانون الرقابة المالية والإدارية لسلطنة عمان مقارنة مع غيره من قوانين إنشاء الجهاز الأعلى للرقابة لدول مجلس التعاون تميز بكونه اعتبر أن هذا الجهاز وحده المختص بصلاحية تدقيق حساباته.

لم تحدد قوانين إنشاء الأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة لدول مجلس التعاون الخليجي نوع الرقابة التي يخضع لها الجانب المالي لهذه الأجهزة في حين نجد أن المادة 112 من قانون المحاكم المالية للمغرب تنص على أن ميزانية هذه المحاكم "لا تخضع لمراقبة

1587. قانون الرقابة المالية والإدارية لدولة سلطنة عمان...، م. س.

1588. قانون ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين...، م. س.

1589. قانون أساسي عدد 41 لسنة 2019، 30 أبريل 2019 يتعلق بمحكمة المحاسبات تونس. م. س.

1590. قانون اتحادي بشأن جهاز الإمارات للمحاسبة...، م. س.

1591. قانون ديوان الرقابة المالية لمملكة البحرين...، م. س.

1592. قانون بشأن ديوان المحاسبة لقطر...، م. س.

1593. قانون الرقابة المالية والإدارية لدولة سلطنة عمان...، م. س.

1594. قانون بإنشاء ديوان المحاسبة للكويت...، م. س.

سابقة"1595؛ فهي إذن تخضع لمراقبة لاحقة شأنها في ذلك شأن ميزانية محكمة المحاسبات لدولة تونس؛ إذ ينص الفصل 41 من القانون الأساسي لهذه المحكمة لكن بشكل مباشر وأكثر تحديدا من المادة 112 أعلاه على أن العمليات المالية للمحكمة تخضع لرقابة لاحقة1596.

خاتمة

إن الأداء الجيد للمهام الرقابية المنوطة بالجهاز الأعلى للرقابة والمحاسبة يستلزم أن يتمتع هذا الجهاز بأحد ركائز مبدأ الاستقلال ألا وهو الاستقلال المادي، وهو استقلال أكدت على أهميته المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة الإنتوساي، وعملت دول مجلس التعاون الخليجي بموجب قوانينها الداخلية على اعتماده على نحو يتماشى مع ما دعت إليه تلك المنظمة في شكل شروط تكفل الاستقلال المادي للجهاز الأعلى للرقابة وتدعمه.

ونقدم أبرز ما يمكن استنتاجه من البحث من نتائج كالآتي:

- سعي الدولة عضو مجلس التعاون الخليجي إلى اعتماد المعيار الدولي للاستقلال المادي للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة من أجل رقابة مالية عليا ذات استقلالية ومصداقية وحيادية.
- توافر شرط الكفاية بل الوفرة في الموارد المادية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة ضمان لأدائها للمهام المنوطة بها بحيادية واستقلالية.
- شرط أمن واستقرار الموارد المادية للجهاز الأعلى للرقابة رهين باسقلال هذا الجهاز عن السلطة التشريعية واالسلطة التنفيذية.
- رئيس الجهاز الأعلى للرقابة هو صاحب الاختصاص بشأن إعداد ميزانية الجهاز في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي.
- استقلال الجهاز الأعلى للرقابة عن السلطة التنفيذية فيما يتعلق بإدارة وتسيير ميزانية الجهاز.

وأما التوصيات التي نقترحها كدعامة للاستقلال المادي للأجهزة العليا للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي فهي كالتالي:

- اعتبار الاستقلال المادي للأجهزة العليا للرقابة جزءا لا يتجزأ عن منظومة معيار الاستقلال الدولي للمنظمة الدولية الإنتوساي المتمثلة في الاستقلال العضوي والاستقلال المالي والاستقلال الوظيفي.
- اعتبار استقلال جهاز الأعلى للرقابة على الصعيد المادي المدخل الجوهري لجهاز رقابي فني وفاعل في منظومة حسن توظيف واستغلال المال العام للدولة وليس مجرد جهاز رقابة على تدبير الأموال العمومية من قبل الجهات والمؤسسات الخاضعة لرقابته.
- جعل السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص بشأن توفير الموارد المادية اللازمة لأداء الجهاز الأعلى للرقابة لمهامه باستقلالية ونزاهة وفعالية.
- استقلال الجهاز الأعلى للرقابة عن السلطة التنفيذية فيما يتعلق بتدبير وتسيير ميزانيته.
- تمكين الأجهزة العليا للرقابة من توظيف وإدارة مواردها المادية بحرية لكن ضمن إطار القانون ومعايير الحوكمة الرشيدة.
- وذلك يستتبع تحديد حدود العلاقة بين الجهاز الأعلى للرقابة والسلطة التنفيذية والسلطة التشريعية فيما يتعلق بالجانب المادي لهذا الجهاز.
- أن تحذو قوانين إنشاء الأجهزة العليا للرقابة لدول مجلس التعاون الخليجي حذو القانون الأساسي لمحكمة المحاسبات لدولة تونس فيما يتعلق باشترط شروط لإعداد ميزانية الجهاز الأعلى للرقابة والتي من أبرزها شرط الشفافية.
- تحديد نوع الرقابة المالية التي يخضع لها الجهاز الأعلى للرقابة بموجب قوانين دول مجلس التعاون الخليجي على غرار القانون الأساسي لمحكمة المحاسبات لتونس.

1595.القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية للمغرب، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.124 ربيع الآخر 13/1423 يونيو 2002. المكتبة القانونية العربية. https://www.bibliotdroit.com/2020/06/6299-pdf_12.html?page=2

1596. قانون أساسي عدد 41 لسنة 2019، 30 أبريل 2019 يتعلق بمحكمة المحاسبات تونس. م. ذ.

- اتخاذ الإجراءات الملموسة الداعمة للاستقلال المادي للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحسابة من أجل اعتماد مبادرات الإنتوساي للتنمية.
- دسترة الجهاز الأعلى للرقابة بالارتقاء به إلى مؤسسة دستورية قادرة على الحفاظ على الاستدامة المالية للدولة وتحقيق الحوكمة والكفاءة والاقتصاد وأهداف التنمية المستدامة.

يبليوغرافيا

الوثائق

- دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971. الجريدة الرسمية ع 1، السنة الأولى، 1971/12/31. حكومة- الإمارات العربية المتحدة.
https://uaelegislation.gov.ae/ar/constitution
دستور دولة الكويت ١٤ جمادى الثاني ١٣٨٢هـ/ ١١ نوفمبر ١٩٦٢، مجلس الأمة الكويت.
http://kna.kw/clt-html5/run.asp?id=2024
- دستور دولة قطر 1425/4/20- 2004/6/8، الميزان البوابة القانونية القطرية.
https://www.almeezan.qa/LawPage.aspx?id=2284
- دستور مملكة البحرين 2 ذو الحجة 1422/ 14 فبراير 2002. هيئة التشريع والرأي القانوني، البحرين.
https://legalaffairs.gov.bh
- قانون أساسي عدد 41 لسنة 2019، 30 أبريل 2019 يتعلق بمحكمة المحاسبات تونس. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع. 39، 14 ماي 2019. وزارة العدل – الجمهورية التونسية.
https://www.justice.gov.tn/index.php?id=576
- قانون الجهاز المركزي للمحاسبات القانون رقم 144 لسنة 1988، 24 شوال 9/1408 يونيو 1988 لمصر. الجريدة الرسمية ع. 23 (تابع) 1988/6/9. الجهاز المركزي للمحسابات - جمهورية مصر العربية.
https://asa.gov.eg/Page.aspx?id=5_137
- قانون الرقابة المالية والإدارية لسلطنة عمان 2011/111. الجريدة الرسمية ع. 949، 26 ذي القعدة 1432/ 24 أكتوبر 2011. قانون – سلطنة عمان.
https://qanoon.om/p/2011/rd2011111
- قانون بإنشاء ديوان المحاسبة للكويت رقم 30 لسنة 1460، 27 صفر 7/1384 يوليو 1964. الجريدة الرسمية رقم 509، 23 ديسمبر 1964. بوابة التشريعات العربية - الاسكوا الأمم المتحدة.
https://alp.unescwa.org/ar/plans/1545
- قانون ديوان الرقابة المالية رقم (31) لسنة 2011 العراق. جريدة الوقائع العراقية ع. (4217) 14 نوفمبر 2011، مجلس النواب- جمهورية العراق.
https://archive3.parliament.iq/ar/2011/09/20
- قانون ديوان المحاسبة رقم (28) لسنة 1952 وتعديلاته الواردة في االقانون المعدل وقرار رقم (1) لسنة 2022 للأردن. 3/31/ 1952. ديوان المحاسبة - الأردن.
https://www.audit-bureau.gov.jo/Ar
- قانون رقم (11) لسنة 2016 بشأن ديوان المحاسبة لقطر، الديوان الأميري 1/26/ 1438- 2016/10/27. الجريدة الرسمية ع. 12، 17 صفر 1438/ 18 نوفمبر 20016. الميزان البوابة القانونية القطرية.

https://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=17427&lawId=7080&language=ar

- القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية للمغرب، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.124 ربيع الآخر 13/1423 يونيو 2002. المكتبة القانونية العربية.

https://www.bibliotdroit.com/2020/06/6299-pdf_12.html?page=2

- مرسوم بقانون اتحادي بشأن جهاز الإمارات للمحاسبة رقم (56) لسنة 2023، 2 أكتوبر 2023، الجريدة الرسمية ع. 762، 31 أكتوبر 2023. جهاز الإمارات للمحاسبة.

https://uaeaa.gov.ae/ar/mediahub/news/Pages/N19122023.aspx

- مرسوم بقانون ديوان الرقابة المالية رقم (16) لسنة 2002 لمملكة البحرين، 22 ربيع الآخر 3/1423 يوليو 2002. هيئة التشريع والرأي القانوني- البحرين.

https://www.lloc.gov.bh/Legislation/HTM/L1602

مرسوم سلطاني رقم ٢٠٢٣/١ بالتصديق على الميزانية العامة للدولة للسنة المالية 1 يناير 2023. ٨ جمادى الآخرة ١/١٤٤٤ يناير 2023، الجريدة الرسمية ع. (1474) 1 يناير 2023. قانون - سلطنة عمان. https://qanoon.om/p/2023/rd2023001

- نظام الديوان العام للمحاسبة للسعودية المرسوم الملكي رقم م/٩ بتاريخ ١٣٩١/٢/١١. هيئة الخبراء بمجلس الوزراء - المملكة العربية السعودية.

https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/5dc538d4-5bbd-4995-8f0c-a9a700f2c88c/1

المقالات

العجمي عبد الهادي، العدساني: استقلالية دواوين المحاسبة ضرورة للحفاظ على المال العام. 2010/10/6، الأنباء جريدة كويتية. https://www.alanba.com.kw/ar/kuwait-news

المجلات

- إعلان اسونسيون أمن الميزانية والاستقرار المالي في الجهاز الأعلى للرقابة المالية والمحاسبة. اجتماع الجمعية العمومية للأولاسيف أكتوبر 2017، اسونسيون الباراغواي. المجلة الدولية للرقابة المالية الحكومية ع. ربيع 2018 المجلد 45 رقم 20.

https://intosaijournal.org

- أوملود نعيمة أحمد، استقلالية الأجهزة العليا للرقابة في ضوء المعايير الدولية والرقابة العليا المشتركة وأنظمة (قوانين) دول مجلس التعاون الخليجي الاستقلال العضوي. مجلة قراءات علمية في الأبحاث والدراسات القانونية والعلوم الإنسانية، ع. 35 شتنبر 2024.

- أوملود نعيمة أحمد، الرقابة العليا المشتركة بين أجهزة المراقبة والمحاسبة لدول مجلس التعاون الخليجي. مجلة القانون والأعمال الدولية، رقم 52، يونيو- يوليوز 2024. جامعة الحسن الأول- المغرب.

https://www.droitetentreprise.com

- هيندريسون ويلف، بناء الشراكات لمحاربة الاحتيال والفساد من خلال الدعم الفني الفعال من الجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة. مكتب التدقيق الوطني للمملكة المتحدة. المجلة الدولية للرقابة المالية والحكومية ع. ربيع 2019.

https://intosaijournal.org

- ويلف هيندريسون مدير مشروع التعاون الفني الدولي (متقاعد)، مكتب التدقيق الوطني للمملكة المتحدة.

https://intosaijournal.org

- SHOYEN Ole: استمرار الرحلة لتحقيق مبادرة طموحة، رئيس الأمانة العامة للجهات المانحة للانتوساي. المجلة الدولية للرقابة الحكومية، ع. شتاء 2018.
https://intosaijournal.org

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

إعادة تأطير المشكلات الشرطية لإنتاج أفكار إبداعية وابتكارية

"Reframing Police Problems to Generate Creative and Innovative Ideas"

العقيد / خالد راشد الزيودي
عضو هيئة التدريس بكلية الشرطة / أبوظبي

الملخص

تواجه الأجهزة الشرطية في دول العالم اليوم تحديات تتسم بالتعقيد والسرعة في التطور، مما يستلزم إعادة النظر في الأساليب التقليدية لحل المشكلات الأمنية. ومع تزايد هذه التحديات، ظهرت الحاجة إلى أدوات مبتكرة لإعادة تأطير المشكلات، ومن هنا يبرز نموذج SCAMPER كأداة فعالة في هذا المجال. يعزز هذا النموذج من قدرة الأجهزة الشرطية على توليد أفكار جديدة وحلول مبتكرة تتناسب مع طبيعة التحديات المعاصرة. تهدف هذه الورقة إلى تقديم إطار تحليلي لإعادة تأطير المشكلات في العمل الشرطي باستخدام نموذجSCAMPER ، مع التركيز على استراتيجيات وأساليب تسهم في تحسين جودة الحلول الأمنية. كما تستعرض الورقة تجارب دولية ناجحة في إعادة تأطير المشكلات، وتقدم توصيات عملية يمكن تبنيها من قبل الأجهزة الشرطية لتعزيز قدراتها في الابتكار والتكيف مع المتغيرات الأمنية. يُعدّ هذا البحث مساهمة علمية تهدف إلى تعزيز قدرات الأجهزة الشرطية في مواجهة التحديات الأمنية المتزايدة من خلال الابتكار والإبداع.

الكلمات المفتاحية هي: إعادة تأطير المشكلات، الابتكار الشرطي، نموذجSCAM PER ، التحديات الأمنية، والتفكير الإبداعي.

Abstract

Police organizations around the world are increasingly facing complex and rapidly evolving challenges, necessitating a reassessment of traditional security problem-solving approaches. As these challenges grow, the need for innovative tools to reframe problems has become evident, with the SCAMPER model emerging as an effective tool in this regard. This model enhances the ability of police organizations to generate new ideas and innovative solutions tailored to contemporary challenges. This paper aims to present an analytical framework for reframing problems in policing using the SCAMPER model, focusing on strategies and methods that contribute to improving the quality of security solutions. The paper also reviews successful international experiences in problem reframing and offers practical recommendations that police organizations can adopt to enhance their capabilities in innovation and adaptation to changing security dynamics. This research represents a scholarly contribution aimed at bolstering the capacity of police organizations to confront increasingly complex security challenges through innovation and creativity.

The keywords are Problem Reframing, Police Innovation, SCAMPER Model, Security Challenges, and Creative Thinking.

المقدمة:

تلعب الأجهزة الشرطية دورًا محوريًا في حفظ الأمن والنظام في المجتمعات المعاصرة، حيث تعدّ من أهم المؤسسات التي تواجه مباشرة التحديات الأمنية المعقدة التي تفرضها التطورات العالمية المتسارعة. مع ظهور تهديدات جديدة مثل الجرائم الإلكترونية والإرهاب العالمي وتزايد العنف المجتمعي، أصبحت الحاجة إلى تبني أساليب مبتكرة لحل المشكلات الأمنية أكثر إلحاحًا من أي وقت مضى. إن الاعتماد على الأساليب التقليدية لم يعد كافيًا لمواجهة هذه التحديات، بل يتطلب الأمر إعادة تأطير المشكلات من زوايا جديدة تمكن الأجهزة الشرطية من تطوير حلول مبتكرة وفعالة.

إعادة تأطير المشكلات ليست مجرد تغيير في الطريقة التي يتم بها النظر إلى المشكلة، بل هي عملية إعادة تقييم شاملة تهدف إلى فهم أعمق للمشكلة وتحديد الأسباب الجذرية التي تؤدي إلى ظهورها. من خلال هذا الفهم الجديد، يمكن تطوير حلول تتجاوز الأساليب التقليدية وتستجيب بفعالية للتهديدات المعاصرة.في هذا السياق، يبرز نموذج SCAMPER كأداة قوية يمكن استخدامها لإعادة تأطير المشكلات وتحفيز التفكير الإبداعي. يتألف هذا النموذج من سبع خطوات تتيح للمستخدم استكشاف طرق جديدة لحل المشكلة، مما يعزز من قدرة الأجهزة الشرطية على الابتكار في مواجهة التحديات الأمنية. تهدف هذه الورقة إلى توضيح كيفية استخدام نموذج SCAMPER في إعادة تأطير المشكلات الأمنية، مع التركيز على التحديات والفرص التي يمكن أن تواجه تطبيقه في المجال الشرطي، واستعراض بعض التجارب الناجحة من دول مختلفة. كما ستقدم الورقة توصيات عملية لكيفية دمج هذا النموذج في استراتيجيات العمل اليومي للأجهزة الشرطية.

مشكلة الدراسة:

تواجه الأجهزة الشرطية في جميع أنحاء العالم تحديات أمنية متزايدة التعقيد تتطلب مراجعة شاملة للأساليب التقليدية التي تعتمدها في حل المشكلات. تعتمد العديد من هذه الأجهزة على منهجيات تقليدية في تحليل وتحديد المشكلات الأمنية، مما يؤدي إلى نتائج غير مرضية في التعامل مع التحديات الحديثة مثل الجرائم الإلكترونية والإرهاب والعنف المجتمعي. على ضوء هذه التحديات، تبرز الحاجة إلى اعتماد أدوات ومنهجيات جديدة لإعادة تأطير المشكلات الأمنية بطرق أكثر ابتكارًا وفعالية.

يمثل نموذج SCAMPER إحدى هذه الأدوات التي يمكن أن تُحدث تغييرًا جذريًا في كيفية تعامل الأجهزة الشرطية مع هذه المشكلات. ومع ذلك، فإن تطبيق هذا النموذج على الصعيد العالمي، خاصة في سياقات مختلفة من حيث الثقافة والتنظيم، يواجه تحديات متعددة ويستلزم دراسة معمقة لتقييم فعاليته واستكشاف العوائق والفرص التي قد تصاحب تطبيقه.

أهداف الدراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

1. تحليل مفهوم إعادة تأطير المشكلات وتطبيقاته في العمل الشرطي :من خلال فهم أعمق لهذا المفهوم، يمكن تحديد مدى تأثيره على تحسين الأداء الأمني وتطوير حلول أكثر فعالية.
2. تقديم نموذج SCAMPER كأداة لتحفيز التفكير الإبداعي وتوليد حلول مبتكرة في المجال الشرطي :بهدف تعزيز الابتكار في حل المشكلات الأمنية المعقدة.
3. استكشاف التحديات المحتملة في تطبيق نموذج SCAMPER في الأجهزة الشرطية العالمية :بهدف تطوير استراتيجيات فعالة للتغلب على هذه التحديات.
4. تسليط الضوء على الفرص التي يمكن أن يوفرها النموذج لتعزيز فعالية وكفاءة العمل الشرطي :من خلال استغلال الجوانب المبتكرة للنموذج.
5. تقديم توصيات عملية للأجهزة الشرطية في دول العالم حول كيفية دمج نموذج SCAMPER في استراتيجياتها اليومية : لضمان تحقيق أقصى استفادة من هذا النموذج.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة من خلال النقاط التالية:

1. تحسين الأداء الأمني :تسعى الدراسة إلى توضيح كيفية استخدام نموذج SCAMPER لتعزيز استجابة الأجهزة الشرطية للتحديات الأمنية المعقدة والمتزايدة، وبالتالي تحسين الأداء العام للأجهزة.
2. تعزيز الابتكار في العمل الشرطي :من خلال تقديم أدوات ومنهجيات جديدة تسهم في تعزيز التفكير الابتكاري بين الضباط، مما يساعد في تطوير حلول غير تقليدية وأكثر فعالية للمشكلات الأمنية.
3. توفير إطار نظري وتطبيقي :تقدم الدراسة إطارًا نظريًا وتطبيقيًا يمكن استخدامه في تدريب وتطوير الضباط، مما يعزز من قدراتهم في التعامل مع المشكلات المعقدة بشكل أفضل.
4. توجيه السياسات الشرطية :يمكن استخدام نتائج وتوصيات هذه الدراسة في توجيه السياسات العامة للأجهزة الشرطية نحو تبني منهجيات أكثر شمولية وفعالية في التعامل مع التحديات الأمنية المعاصرة.

تساؤلات الدراسة:

1. كيف يمكن لنموذج SCAMPER أن يسهم في إعادة تأطير المشكلات الأمنية المعقدة التي تواجه الأجهزة الشرطية؟
2. ما هي التحديات الثقافية والتنظيمية التي قد تعوق تطبيق نموذج SCAMPER في الأجهزة الشرطية؟
3. إلى أي مدى يمكن لتحفيز الابتكار والإبداع من خلال نموذج SCAMPER أن يحسن من استجابة الأجهزة الشرطية للتحديات الأمنية؟
4. ما هو دور التعاون بين الشرطة والمجتمع في تعزيز فعالية نموذج SCAMPER في حل المشكلات الأمنية؟
5. كيف يمكن قياس فعالية تطبيق نموذج SCAMPER في الأجهزة الشرطية؟

منهج الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على منهج وصفي تحليلي لتحليل المفاهيم والنظريات المتعلقة بإعادة تأطير المشكلات ونموذج SCAMPER. كما تستند إلى دراسة حالات وتجارب دولية لاستخدام نموذج SCAMPER في المجال الشرطي. سيتم جمع البيانات من خلال مراجعة الأدبيات السابقة المتعلقة بالموضوع، بالإضافة إلى تحليل الدراسات السابقة والتقارير المتعلقة بتطبيق نموذج SCAMPER في العمل الشرطي. سيتضمن التحليل استخدام الرسوم البيانية والأشكال التوضيحية لعرض النتائج بطرق بصرية تسهم في تبسيط فهم البيانات والمعطيات.

نطاق الدراسة:

تتوجه هذه الدراسة إلى تحليل وتطبيق نموذج SCAMPER في سياق الأجهزة الشرطية حول العالم، مع تركيز خاص على تجارب دولية في كل من الولايات المتحدة، المملكة المتحدة، وفرنسا. من خلال استعراض هذه الحالات، تهدف الدراسة إلى استخلاص الدروس التي يمكن تطبيقها على الأجهزة الشرطية في السياقات المحلية والعربية، ما يوفر إطارًا شاملاً لتبني الابتكار في العمل الشرطي.

مراجعة الدراسات السابقة:

1. إعادة تأطير المشكلات في العمل الشرطي: الأسس النظرية والممارسات العملية:

إعادة تأطير المشكلات هو مفهوم متعدد الأبعاد تم تطويره في مجالات متنوعة مثل علم النفس التنظيمي، وإدارة الأعمال، وحل النزاعات، وتمتد جذوره إلى أعمال بارزة مثل نظرية الاختيار العقلاني (Tversky & Kahneman, 1981). في سياق العمل الشرطي، فإن إعادة تأطير المشكلات تتيح للأجهزة الشرطية إمكانية تفكيك المشكلات المعقدة إلى مكوناتها الأساسية، مما يعزز الفهم العميق للأسباب الجذرية ويسمح بتطوير حلول مبتكرة.

تشير دراسات (Weick, 1995) إلى أن إعادة التأطير يمكن أن تكون أداة فعالة في صنع القرار الشرطي من خلال تحسين القدرة على تفسير المعلومات المعقدة واستخدامها لتحديد حلول جديدة ومبتكرة. بالإضافة إلى ذلك، يشير (Goldstein, 1990) إلى أن العمل الشرطي الذي يركز على المشكلات يمكن أن يستفيد بشكل كبير من تقنيات إعادة التأطير لتقديم استجابات أكثر فعالية للتحديات الأمنية.

2. نماذج التفكير الإبداعي في العمل الشرطي: مقارنة نموذج SCAMPER بأدوات أخرى:

نموذج SCAMPER (Osborn, 1953) يُعَدّ من بين أكثر الأدوات المستخدمة لتوليد الأفكار الإبداعية، وقد تم تطبيقه بنجاح في مجالات عدة مثل التصميم والتسويق، ولكن تطبيقاته في العمل الشرطي بدأت تحظى بالاهتمام مؤخرًا. يعزز هذا النموذج التفكير الابتكاري من خلال توجيه المستخدمين نحو استكشاف زوايا جديدة للمشكلات.

في المقابل، هناك أدوات أخرى مستخدمة في التفكير الإبداعي مثل Six Thinking Hats لدي بونو (1985)، و Mind Mappingلتوني بوزان (1974). هذه الأدوات تركز على تحليل المشكلات من وجهات نظر متعددة، لكنها لا تقدم التوجيه المحدد الذي يوفره نموذج SCAMPERفي توجيه التفكير نحو إحداث تغييرات محددة في طريقة فهم المشكلة.

تشير الأدبيات إلى أن نموذج SCAMPER يتميز بمرونته وسهولة استخدامه في السياقات الشرطية مقارنة بهذه الأدوات الأخرى، حيث يسمح بتطبيق استراتيجيات محددة وفقًا للخطوات السبع التي يطرحها.

3. التحديات التنظيمية والثقافية في تبني الابتكار في العمل الشرطي:

يعتبر الابتكار في العمل الشرطي تحديًا ثقافيًا وتنظيميًا كبيرًا. توضح الدراسات (Kotter, 1996) أن مقاومة التغيير هي واحدة من أكبر العقبات أمام الابتكار في المؤسسات التقليدية مثل الأجهزة الشرطية. تتطلب مقاومة التغيير تنفيذ استراتيجيات إدارة التغيير التي تعزز من ثقافة الابتكار، مثل تقديم الحوافز وتطوير برامج تدريبية تحفز الضباط على تبني الأفكار الجديدة.

على الرغم من ذلك، فقد أشارت دراسة (Denning, 2011) إلى أن تطبيق نموذج SCAMPER في المؤسسات الشرطية يتطلب توجيهًا واضحًا ودعمًا من القيادة العليا لضمان تبنيه بنجاح. تؤكد هذه الدراسات أن البيئة الثقافية التنظيمية هي عامل حاسم في نجاح تطبيق الأدوات الابتكارية مثل.SCAMPER

4. التجارب الدولية في تطبيق نموذج :SCAMPER دروس مستفادة:

تشير تجارب دولية من الولايات المتحدة والمملكة المتحدة وفرنسا إلى نجاح تطبيق نموذج SCAMPER في تحسين أداء الأجهزة الشرطية، خاصة في مجالات مكافحة الجرائم الإلكترونية والإرهاب والعنف المجتمعي. على سبيل المثال، أفادت دراسات (Wells & Weisburd, 2004) أن استخدام تقنيات مبتكرة مثل الذكاء الاصطناعي بالتوازي مع نموذج SCAMPER في مكافحة الجرائم الإلكترونية أدى إلى تحسينات كبيرة في التنبؤ بالجرائم ومنعها.

كما توضح الأبحاث (Innes, 2010) أن تطبيق نموذج SCAMPER في مكافحة الإرهاب في المملكة المتحدة ساعد على تطوير استراتيجيات أكثر فعالية من خلال دمج البيانات وتحليل الأنماط، مما ساهم في تحسين الاستجابة الشرطية للتهديدات.

5. أدوات قياس فعالية الابتكار في العمل الشرطي:

تشير الدراسات إلى أهمية تطوير أدوات قياس لتقييم فعالية الابتكارات في العمل الشرطي. يقترح (Rogers, 2003) نموذج Diffusion of Innovations كإطار عمل لتقييم مدى انتشار وتأثير الابتكارات في المنظمات، بما في ذلك الأجهزة الشرطية. يتمثل التحدي هنا في تطوير مقاييس محددة لتقييم تأثير نموذج SCAMPER على الأداء الشرطي، مثل تحسين معدلات حل الجرائم، وزيادة رضا المجتمع، وتعزيز التعاون بين وحدات الشرطة المختلفة.

تقسيم الدراسة:

تنقسم الدراسة إلى الأجزاء التالية:

المقدمة :تقدم خلفية عامة عن التحديات التي تواجه الأجهزة الشرطية وأهمية إعادة تأطير المشكلات الأمنية.

المبحث الأول: إعادة تأطير المشكلات - المفهوم والأهمية :يتناول تحليل مفهوم إعادة تأطير المشكلات وتوضيح أهميته في تحسين الأداء الشرطي، وتصنيف المشكلات التي تواجه الأجهزة الشرطية.

المبحث الثاني: نموذج - SCAMPER أداة لإعادة تأطير المشكلات في العمل الشرطي :يشرح النموذج وكيفية تطبيقه في المجال الشرطي، مع استعراض بعض الحالات الدراسية.

المبحث الثالث: التحديات والفرص في تطبيق نموذج SCAMPER في الأجهزة الشرطية :يتناول التحديات التي تواجه تطبيق النموذج والفرص التي يمكن أن يقدمها.

الخاتمة والنتائج والتوصيات :تلخص ما توصلت إليه الدراسة من نتائج وتقدم توصيات عملية لتطبيق النموذج بفعالية.

المبحث الأول: إعادة تأطير المشكلات - المفهوم والأهمية:

إعادة تأطير المشكلات هي عملية جوهرية في تحليل وحل المشكلات، خاصة في البيئات المعقدة والمتحولة مثل العمل الشرطي. يتضمن هذا النهج النظر إلى المشكلة من زوايا مختلفة وإعادة تعريفها بطريقة تفتح آفاقًا جديدة للحلول. في السياق الشرطي، تسهم إعادة تأطير المشكلات في تطوير استراتيجيات أكثر شمولية وفعالية للاستجابة للتحديات الأمنية.

1. مفهوم إعادة تأطير المشكلات:

إعادة تأطير المشكلات تعني النظر إلى المشكلة من منظور مختلف، مما يسمح بفهم جديد وتحديد عوامل قد تكون غير واضحة في البداية. يعد هذا النهج أداة قوية لفتح المجال أمام التفكير الإبداعي وتطوير حلول غير تقليدية. وفقًا لعدة مصادر، يمكن تعريف إعادة تأطير المشكلات من زوايا مختلفة:

1. إعادة التأطير المعرفي :يشير إلى تغيير الطريقة التي نفهم بها موقفًا معينًا أو مشكلة ما، مما يسمح لنا برؤية جوانب لم نلاحظها سابقًا. على سبيل المثال، يمكننا أن نسأل أنفسنا: "هل هناك طريقة أخرى للنظر إلى هذه الحالة؟" أو "ما هي الأسباب الأخرى المحتملة لهذا الحدث؟" يتيح لنا هذا التحليل المتعمق اكتشاف حلول جديدة وغير مألوفة.
2. إعادة التأطير كاستراتيجية ابتكارية :يعتبر إعادة التأطير أداة لابتكار الحلول من خلال تعديل طريقة تعريف المشكلة. الهدف هنا ليس فقط إيجاد الحلول التقليدية، بل اكتشاف مشكلات جديدة أكثر أهمية لحلها، مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى حلول أكثر إبداعًا وفعالية. يُستخدم هذا النهج في مجالات متعددة لتحسين الأداء التنظيمي والابتكار.
3. إعادة التأطير لحل المشكلات :يتضمن هذا المنهج تحويل فهم المشكلة من منظور تقني إلى تجربة المستخدم، مما يساعد على توجيه الحلول نحو تحسين تفاعل المستخدم وتقليل الشكاوى. يُعتبر هذا النوع من إعادة التأطير مفيدًا جدًا في تطوير حلول تتمحور حول الإنسان.

2. أهمية إعادة تأطير المشكلات في العمل الشرطي:

إعادة تأطير المشكلات في العمل الشرطي تعتبر استراتيجية فعالة لتعزيز الأداء الأمني على عدة مستويات. عند إعادة صياغة المشكلات، يمكن للأجهزة الشرطية تطوير فهم أعمق للقضايا التي تواجهها، مما يتيح لهم تقديم حلول أكثر شمولية واستجابة أفضل للتحديات المعقدة.

أهمية إعادة تأطير المشكلات تشمل ما يلي:

1. **تحفيز الابتكار والإبداع** :إعادة تأطير المشكلات تساعد في كسر النمط التقليدي للتفكير، مما يشجع على توليد أفكار جديدة ومبتكرة لحل المشكلات. هذا الابتكار يمكن أن يؤدي إلى تطوير استراتيجيات جديدة لمكافحة الجريمة وتحسين الخدمات الشرطية.
2. **تحسين التواصل الداخلي** :من خلال إعادة صياغة المشكلات، يمكن تحسين التواصل بين مختلف الأقسام داخل الأجهزة الشرطية. هذا يؤدي إلى فهم مشترك للمشكلات وتنسيق أفضل بين الفرق المختلفة، مما يعزز من فعالية العمل الجماعي.

ISSN:2509-0291

3. **تعزيز مرونة الأجهزة الشرطية** :القدرة على إعادة تأطير المشكلات تعني أن الأجهزة الشرطية يمكنها التكيف بسرعة مع التغيرات في البيئة الأمنية، سواء كانت هذه التغيرات نتيجة للتطورات التكنولوجية أو الاجتماعية أو السياسية.
4. **تعميق الفهم للمشكلات المعقدة** :إعادة تأطير المشكلة يسمح بتفكيك المشكلة إلى مكوناتها الأساسية، مما يسهل فهم العوامل الجذرية التي تؤدي إلى هذه المشكلات. هذا الفهم المعمق يمكن أن يساعد في تحديد الحلول الأكثر فعالية.
5. **تحسين علاقة الشرطة بالمجتمع** :من خلال إعادة تأطير المشكلات من منظور المجتمع، يمكن للأجهزة الشرطية تحسين علاقتها مع المواطنين وزيادة ثقة الجمهور فيها. هذا يمكن أن يؤدي إلى تعاون أكبر من المجتمع في مكافحة الجريمة.
6. **زيادة فعالية استخدام الموارد** :إعادة تأطير المشكلات تساعد في تحديد الأولويات بشكل أكثر دقة، مما يسمح للأجهزة الشرطية باستخدام مواردها بشكل أكثر فعالية وتركيز جهودها على القضايا الأكثر أهمية.
7. **تعزيز الاستجابة الاستباقية** :من خلال فهم المشكلات بشكل أعمق، يمكن للأجهزة الشرطية تبني استراتيجيات استباقية لمنع الجرائم قبل وقوعها، بدلاً من مجرد الاستجابة لها بعد حدوثها.
8. **دعم القيادة و اتخاذ القرار** :إعادة تأطير المشكلات يمكن أن يوفر رؤى جديدة للقيادة، مما يساعد في اتخاذ قرارات أكثر حكمة وإستراتيجية. هذه القرارات يمكن أن تكون حاسمة في تحسين الأداء العام للأجهزة الشرطية.

3. تصنيف المشكلات في العمل الشرطي:

يمكن تصنيف المشكلات التي تواجه الأجهزة الشرطية بشكل عام إلى نوعين رئيسيين: المشكلات التقنية والمشكلات المعقدة.

1. **المشكلات التقنية (Technical Problems):** تتميز بطبيعة مباشرة وقابلة للحل باستخدام مهارات ومعرفة محددة. غالبًا ما ترتبط هذه المشكلات بعمليات أو إجراءات تقنية يمكن التعامل معها وفقًا لسياسات وإجراءات معروفة مسبقًا. تشمل هذه المشكلات مشاكل تتعلق بالأدوات أو المعدات، نقص في الموارد البشرية، أو تعقيدات قانونية.
2. **المشكلات المعقدة (Complex Problems):** هي مشكلات متعددة الأبعاد تتضمن العديد من العوامل المترابطة التي يصعب عزلها أو معالجتها بشكل منفصل. تشمل هذه المشكلات قضايا مثل الجرائم الاجتماعية، الإرهاب، وتحسين العلاقات بين الشرطة والمجتمع. تتطلب المشكلات المعقدة مقاربة شاملة تجمع بين التحليل العميق والتعاون بين مختلف الأطراف المعنية.

في ختام هذا المبحث، يمكن القول إن إعادة تأطير المشكلات يمثل عملية حاسمة لتحسين فهم وتحديد المشكلات الأمنية في العمل الشرطي. من خلال النظر إلى المشكلات من زوايا متعددة وإعادة تعريفها، يمكن للأجهزة الشرطية تطوير حلول أكثر شمولية وفعالية للتحديات المعقدة. إن أهمية هذا المفهوم تتجلى في قدرته على تحفيز الابتكار، تعزيز التواصل الداخلي، وتعميق فهم القضايا الأمنية، مما يسهم في تحسين الأداء الشرطي وتقديم استجابات أكثر استباقية وفعالية للتحديات الأمنية.

المبحث الثاني: نموذج - SCAMPER أداة لإعادة تأطير المشكلات في العمل الشرطي

يعتبر نموذج SCAMPER من الأدوات الفعالة في إعادة تأطير المشكلات وتطوير حلول مبتكرة للتحديات التي تواجه الأجهزة الشرطية. يتميز هذا النموذج بقدرته على توجيه التفكير نحو زوايا جديدة وإعادة تشكيل الإطار الذي تُفهم فيه المشكلة، مما يسهم في تحسين الأداء الشرطي وتطوير استراتيجيات أكثر فاعلية.

1. مفهوم نموذجSCAMPER :

نموذج SCAMPER هو أداة ابتكارية تُستخدم لتوجيه التفكير نحو إعادة تأطير المشكلات وتوليد أفكار جديدة. يتكون هذا النموذج من سبع خطوات أو أسئلة رئيسية تهدف إلى استكشاف طرق جديدة لحل المشكلة. هذه الخطوات تشمل: استبدال(Substitute) ، دمج(Combine) ، تعديل(Adapt) ، تكبير/تصغير(Magnify/Minify) ، استخدام آخر(Put to another use) ، إلغاء(Eliminate) ، وإعادة الترتيب.(Rearrange)

2. تطبيق نموذج SCAMPER في العمل الشرطي:

ISSN:2509-0291

يمكن للأجهزة الشرطية تطبيق نموذج SCAMPER لتحسين عملياتها وتعزيز كفاءتها من خلال إعادة تأطير المشكلات الأمنية بطرق مبتكرة.

أ. **استبدال** :(Substitute) يمكن للأجهزة الشرطية استبدال أدوات أو تقنيات تقليدية بأخرى حديثة لتحسين الكفاءة والفعالية. على سبيل المثال، يمكن استبدال دوريات الشرطة التقليدية بأنظمة مراقبة ذكية تستخدم التكنولوجيا المتقدمة مثل الذكاء الاصطناعي لتحليل البيانات الكبيرة والتنبؤ بالجرائم قبل وقوعها.

ب. **دمج** :(Combine) يمكن دمج تقنيات جديدة مع البيانات الجنائية لتحسين قدرات التحليل والتنبؤ بالجريمة. على سبيل المثال، يمكن دمج تقنيات التعلم الآلي مع قواعد بيانات الجرائم لتحليل الأنماط والتنبؤ بالمواقع التي قد تحدث فيها جرائم مستقبلية، مما يسمح بالتدخل المسبق ومنع وقوع الجرائم.

ج. **تعديل** :(Adapt) تعديل الاستراتيجيات والبرامج التدريبية لتشمل تقنيات جديدة مثل الذكاء الاصطناعي والواقع المعزز يمكن أن يعزز من قدرة الضباط على التعامل مع المشكلات المعقدة. على سبيل المثال، يمكن استخدام تقنيات الواقع المعزز لتدريب الضباط على سيناريوهات مختلفة تستند إلى بيانات واقعية، مما يزيد من جاهزيتهم لمواجهة التحديات الميدانية.

د. **تكبير/تصغير** :(Magnify/Minify) تكبير نطاق الحملات التوعوية أو تصغير نطاق العمليات الشرطية لتحقيق تأثير مختلف يمكن أن يكون له أثر إيجابي على الكفاءة. على سبيل المثال، يمكن تكبير حجم الحملات التوعوية التي تستهدف مكافحة الجريمة في مناطق محددة من خلال استخدام وسائل التواصل الاجتماعي وتقنيات التسويق الرقمي للوصول إلى جمهور أوسع.

هـ. **استخدام آخر** :(Put to another use) يمكن استخدام التكنولوجيا الحالية بطرق مبتكرة لتحسين المراقبة الشرطية ومنع الجرائم. على سبيل المثال، يمكن استخدام الطائرات بدون طيار المجهزة بكاميرات حرارية لمراقبة المناطق عالية الجريمة خلال الليل، مما يسهم في كشف الأنشطة المشبوهة قبل أن تتطور إلى جرائم.

و. **إلغاء** :(Eliminate) إلغاء الروتين الذي يعوق الاستجابة الفعالة يمكن أن يسهم في تسريع العمليات وتحسين الكفاءة. على سبيل المثال، يمكن إعادة تصميم العمليات البيروقراطية لتكون أكثر بساطة وفعالية، مثل تقليل الوقت المستغرق في معالجة الشكاوى من خلال استخدام تطبيقات الهواتف الذكية التي تتيح تقديم الشكاوى وتتبعها بشكل فوري.

ز. **إعادة الترتيب** :(Rearrange) إعادة ترتيب الأولويات والمهام لتحقيق نتائج أفضل يمكن أن يعزز من كفاءة العمل الشرطي. على سبيل المثال، يمكن إعادة ترتيب جداول الدوريات لتغطية المناطق التي تكون فيها معدلات الجريمة أعلى خلال ساعات **معينة من اليوم، مما يعزز من فعالية الانتشار الشرطي.**

3. دراسة حالات:

أ. **الولايات المتحدة** :تم تطبيق نموذج SCAMPER في إعادة تأطير استراتيجيات مكافحة الجرائم الإلكترونية. استخدمت الشرطة الأمريكية تقنيات الذكاء الاصطناعي لتحليل البيانات الكبيرة والتنبؤ بالجرائم المحتملة. أدى هذا إلى تطوير استراتيجيات تعتمد على التكنولوجيا المتقدمة بدلاً من الأساليب التقليدية.

ب. **المملكة المتحدة** :استخدمت الشرطة البريطانية نموذج SCAMPER في مكافحة الإرهاب من خلال دمج تقنيات التعلم الآلي مع قواعد بيانات الجرائم لتحليل الأنماط والتنبؤ بالمخاطر. تم تعزيز التعاون بين الأقسام المختلفة، مما أدى إلى استراتيجيات مبتكرة لمواجهة التهديدات الإرهابية.

ج. **فرنسا** :استخدمت الشرطة الفرنسية نموذج SCAMPER لإعادة تأطير استراتيجيات التعامل مع الشغب المدني. تم تعديل الاستراتيجيات لتشمل استخدام التكنولوجيا الحديثة مثل الطائرات بدون طيار لمراقبة الحشود وتحليل تحركاتهم في الوقت الفعلي.

ختامًا، يعتبر نموذج SCAMPER أداة فعالة تسهم في إعادة تأطير المشكلات الأمنية بطرق مبتكرة. بفضل مرونته وقدرته على توجيه التفكير نحو زوايا جديدة، يمكن لهذا النموذج أن يعزز من كفاءة الأجهزة الشرطية في مواجهة التحديات المعاصرة. دراسة تطبيقات

النموذج في دول مختلفة تظهر إمكانياته الكبيرة في تحسين الأداء الشرطي وتطوير استراتيجيات مبتكرة لمواجهة المشكلات الأمنية. إن تبني هذا النموذج في العمل الشرطي يمكن أن يسهم بشكل كبير في تحقيق حلول أكثر فعالية واستدامة.

المبحث الثالث: التحديات والفرص في تطبيق نموذجSCAMPER :

يواجه تطبيق نموذج SCAMPER في العمل الشرطي العديد من التحديات التي يمكن أن تعوق تحقيق النتائج المرجوة، إلا أنه يوفر أيضًا فرصًا كبيرة لتعزيز الابتكار وتحسين الأداء.

1. التحديات:

أ. مقاومة التغيير الثقافي :قد تواجه الأجهزة الشرطية صعوبة في تبني الأساليب الجديدة بسبب الثقافة التنظيمية المتجذرة. يمكن أن تكون مقاومة التغيير نتيجة الخوف من الفشل أو الرغبة في الحفاظ على الوضع القائم، مما يعوق الابتكار والتطور.

ب. صعوبة تدريب الضباط :تدريب الضباط على استخدام نموذج SCAMPER يتطلب جهودًا كبيرة من حيث الوقت والموارد. قد يكون من الصعب توفير التدريب اللازم لجميع أفراد الشرطة، خاصة في ظل الموارد المحدودة والضغوط العملياتية.

ج. التحديات التنظيمية والتقنية :تتطلب تطبيقات نموذج SCAMPER تغييرات تنظيمية واستخدام تقنيات جديدة قد لا تكون متاحة بسهولة. مثل هذه التغييرات قد تستدعي استثمارات كبيرة في البنية التحتية التكنولوجية وتطوير القدرات البشرية.

2. الفرص:

أ. تعزيز الابتكار والإبداع :يمكن لنموذج SCAMPER أن يعزز من التفكير الابتكاري والإبداعي بين الضباط، مما يؤدي إلى تطوير حلول غير تقليدية لمواجهة التحديات الأمنية.

ب. تحسين استجابة الشرطة للتحديات الأمنية :يمكن للنموذج تحسين استجابة الشرطة للمشكلات المعقدة من خلال توفير إطار تحليلي شامل يمكن من خلاله فهم المشكلات بشكل أفضل وإيجاد حلول مبتكرة.

ج. تعزيز التعاون بين الشرطة والمجتمع :يمكن للنموذج تعزيز الشراكة بين الشرطة والمجتمع من خلال تشجيع التعاون في إيجاد حلول مشتركة للمشكلات الأمنية، مما يزيد من ثقة المجتمع في الشرطة ويعزز من فعالية العمل الشرطي.

د. تطوير قدرات الضباط :تطبيق النموذج يسهم في تطوير مهارات التفكير النقدي والإبداعي بين الضباط، مما يعزز من قدرتهم على التعامل مع التحديات الأمنية بفعالية أكبر.

هـ. تحقيق استدامة الحلول الأمنية :استخدام النموذج يمكن أن يسهم في تطوير حلول أكثر استدامة وطويلة الأمد، مما يعزز من فعالية العمل الشرطي على المدى البعيد.

في ختام هذا المبحث، يتضح أن تطبيق نموذج SCAMPER في العمل الشرطي يواجه تحديات تتعلق بمقاومة التغيير وصعوبة التدريب والتكيف مع التقنيات الحديثة. ومع ذلك، فإن هذه التحديات تمثل فرصًا كبيرة لتعزيز الابتكار وتحسين الأداء الشرطي. من خلال التغلب على هذه العقبات واستغلال الفرص المتاحة، يمكن للأجهزة الشرطية تحسين استجابتها للتحديات الأمنية المعقدة وتعزيز التعاون بين الشرطة والمجتمع. إن الفهم العميق لهذه التحديات والفرص سيسهم في تحقيق تطبيق ناجح ومستدام لنموذج SCAMPER في العمل الشرطي.

الخاتمة

تعتبر إعادة تأطير المشكلات الأمنية باستخدام نموذج SCAMPER خطوة حاسمة نحو تطوير منهجيات أكثر ابتكارًا وشمولية في العمل الشرطي. إن تبني هذا النموذج لا يقتصر على تحسين القدرة على حل المشكلات الأمنية فحسب، بل يمتد ليشمل تعزيز الابتكار في كافة جوانب العمليات الشرطية. من خلال تحويل طريقة التفكير التقليدية إلى نهج يقوم على إعادة النظر في المشكلات

من زوايا جديدة، يمكن للأجهزة الشرطية تطوير استراتيجيات تستجيب بشكل أفضل للتحديات المعقدة والمتغيرة التي تواجهها في العصر الحديث.

التحديات التي قد تصاحب تطبيق نموذجSCAMPER ، مثل مقاومة التغيير الثقافي وصعوبة تدريب الضباط، تمثل عقبات يجب التعامل معها بحكمة وفعالية. إن إدراك هذه التحديات ومعالجتها من خلال استراتيجيات مدروسة يمكن أن يفتح الباب أمام تحويل هذه التحديات إلى فرص لتعزيز الأداء الشرطي. على سبيل المثال، من خلال الاستثمار في برامج التدريب المتقدمة وتطوير ثقافة تنظيمية داعمة للابتكار، يمكن التغلب على مقاومة التغيير وتبني نموذج SCAMPER بشكل أكثر فعالية.

إضافة إلى ذلك، يبرز دور التعاون بين الأجهزة الشرطية والمجتمع كعامل حاسم في نجاح تطبيق هذا النموذج. إن بناء شراكات قوية مع المجتمع يمكن أن يعزز من فعالية الحلول الأمنية ويسهم في تحقيق استدامة طويلة الأمد لهذه الحلول. فالتفاعل المستمر بين الشرطة والمجتمع يمكن أن يولد أفكارًا مبتكرة ويساعد على تحقيق فهم أعمق للمشكلات الأمنية من منظور جماعي، مما يعزز من قدرة الشرطة على الاستجابة بفعالية.

علاوة على ذلك، يشكل قياس فعالية تطبيق نموذج SCAMPER جزءًا لا يتجزأ من عملية التحسين المستمر. يجب على الأجهزة الشرطية أن تتبنى آليات تقييم دورية لقياس تأثير هذا النموذج على أدائها، وذلك من خلال مؤشرات أداء واضحة ومحددة. هذه الآليات ستتيح للأجهزة الشرطية فهم مدى تأثير النموذج على تحسين جودة الحلول الأمنية وتحديد المجالات التي تحتاج إلى مزيد من التطوير.

وفي الختام، يمكن القول إن تبني نموذج SCAMPER يمثل تحولًا استراتيجيًا نحو مستقبل أكثر ابتكارًا ومرونة في العمل الشرطي. إن القدرة على إعادة تأطير المشكلات الأمنية بطرق جديدة ومبتكرة لا تعزز فقط من كفاءة وفعالية الأجهزة الشرطية، بل تسهم أيضًا في تحقيق مستوى أعلى من الأمان والاستقرار في المجتمع. من هنا، فإن تبني هذا النموذج بشكل كامل وتوفير الدعم اللازم لتطبيقه يتيح للأجهزة الشرطية ليس فقط الاستجابة للتحديات الراهنة، بل أيضًا الاستعداد لمواجهة التحديات المستقبلية بمرونة وابتكار.

النتائج:

1. أظهر نموذج SCAMPER فعالية كبيرة في تقديم إطار عمل يعيد تأطير المشكلات الأمنية بطريقة تسهم في تحفيز التفكير الابتكاري داخل المؤسسات الشرطية. هذا الإطار ليس مجرد أداة لحل المشكلات التقليدية، بل هو وسيلة لإعادة صياغة المشكلات بشكل يفتح آفاقًا جديدة للحلول المبتكرة.
2. على الرغم من الإمكانات التي يقدمها نموذجSCAMPER ، إلا أن تطبيقه في العمل الشرطي يواجه تحديات ثقافية وتنظيمية، بما في ذلك مقاومة التغيير من قبل الضباط وصعوبة تكيفهم مع أساليب التفكير الجديدة التي يتطلبها النموذج.
3. من خلال استخدام نموذجSCAMPER ، يمكن للأجهزة الشرطية تحسين قدرتها على الاستجابة للتحديات الأمنية المعقدة بشكل أكثر فعالية، مما يؤدي إلى تقديم حلول مبتكرة تتماشى مع تطور التهديدات الأمنية.
4. يسهم تطبيق نموذج SCAMPER في تعزيز الشراكة بين الشرطة والمجتمع، مما يعزز من فعالية الحلول الأمنية ويجعلها أكثر استدامة. يتيح النموذج للأجهزة الشرطية الاستفادة من مساهمات المجتمع في حل المشكلات الأمنية.
5. لتحقيق التطبيق الفعال لنموذجSCAMPER ، يجب توفير موارد إضافية مثل التدريب والتكنولوجيا، بالإضافة إلى ضرورة إجراء تغييرات تنظيمية تدعم الابتكار في العمل الشرطي.

التوصيات:

1. تبني نموذج SCAMPER كجزء من برامج التدريب الشرطي لتعزيز التفكير الابتكاري بين الضباط.
2. تشجيع القيادة الشرطية على دعم التغيير الثقافي وتبني الأساليب الجديدة لتحسين الأداء الأمني.

3. تطوير شراكات بين الشرطة والمجتمع لتشجيع التعاون في تطبيق نموذج SCAMPER وحل المشكلات الأمنية بشكل مشترك.
4. تخصيص موارد كافية لتدريب الضباط وتوفير الأدوات التكنولوجية اللازمة لدعم تطبيق النموذج.
5. إجراء مراجعات دورية لقياس فعالية تطبيق نموذج SCAMPER وتعديل الاستراتيجيات بناءً على النتائج المحققة.

المراجع:

- Bono, E. de. (1985). *Six Thinking Hats*. Little, Brown, and Company.
- Buzan, T. (1974). *Use Your Head: How to Unleash the Power of Your Mind*. BBC Books.
- Denning, S. (2011). *The Leader's Guide to Radical Management: Reinventing the Workplace for the 21st Century*. Jossey-Bass.
- Goldstein, H. (1990). *Problem-Oriented Policing*. McGraw-Hill.
- Innes, M. (2010). *Terrorism and the Law: The Impact of Anti-Terrorism Legislation on Policing*. Routledge.
- Kelley, T., & Littman, J. (2001). *The Art of Innovation: Lessons in Creativity from IDEO, America's Leading Design Firm*. Currency/Doubleday.
- Kotter, J. P. (1996). *Leading Change*. Harvard Business School Press.
- Osborn, A. F. (1953). *Applied Imagination: Principles and Procedures of Creative Problem Solving*. Charles Scribner's Sons.
- Rogers, E. M. (2003). *Diffusion of Innovations* (5th ed.). Free Press.
- Tversky, A., & Kahneman, D. (1981). The framing of decisions and the psychology of choice. *Science, 211*(4481), 453-458.
- Weick, K. E. (1995). *Sensemaking in Organizations*. Sage Publications.
- Wells, W., & Weisburd, D. (2004). *Crime Mapping and Crime Prevention*. Criminal Justice Press.

الترجيح والتوليف بين مبدأ الشرعية ومبدأ الأمن القانوني في إطار دعوى الإلغاء

Preference and Balancing between the principle of legality and the Principle of Legal Security within the Scope of Annulment Lawsuit.

الدكتور : اسماعيل رزوق
دكتور في العلوم القانونية والسياسية

ملخص:

إذا تبين لقاضي الإلغاء عدم شرعية قرار إداري معين؛ فإنه يحكم، من حيث الأصل، بإلغائه لتعارضه مع **مبدأ الشرعية** دون البحث في اعتبارات أخرى، غير أن التفعيل المطلق لهذا المبدأ يمكن أن يؤدي إلى إهدار مراكز قانونية قائمة أو حقوق مكتسبة، ترتبت بالفعل على هذا التصرف غير المشروع أو ذاك؛ أي أنه يمكن أن يمس **بمبدأ الأمن القانوني**، ويتعارض مع حماية الحقوق المكتسبة، وهو ما يتطلب من قاضي الإلغاء تطوير آليات لتعاطيه مع هذه المسألة، في أفق ضبط بوصلة إعمال المبدأين السالفي الذكر، الذين يتناوب سلطانهما التأرجح بين الصعود والافول حسب الحالات، لذا نحاول، من خلال هذه المقالة، البحث في حدود **التفاضل والتوليف** بين المبدأين السالفي الذكر في إطار **دعوى الإلغاء**، وكذا سبل وميكانيزمات تحقيق التوازن بينهما عندما يقتضي الأمر ذلك.

الكلمات المفاتيح:

مبدأ الشرعية - مبدأ الأمن القانوني – دعوى الإلغاء - التوليف – الترجيح

Abstract:

If the annulment judge finds that a specific administrative decision is unlawful, he generally rules for its annulment due to its contradiction with the principle of legality, without considering other factors. However, the absolute activation of this principle can lead to the disregard of established legal positions or acquired rights that have already arisen from such unlawful actions. This means it can affect the principle of legal security and conflict with the protection of acquired rights. This situation necessitates that the annulment judge develop mechanisms to address this issue, aiming to calibrate the application of the aforementioned principles, which may oscillate between prominence and decline depending on the circumstances. Therefore, in this article, we attempt to explore the limits of differentiation and synthesis between these two principles within the framework of annulment actions, as well as the ways and mechanisms to achieve a balance between them when necessary.

Keywords:

principle of legality - principle of legal certainty - annulment actions – Balancing - Preference

مقدمة:

يقوم القاضي الإداري، شأنه في ذلك شأن غيره من القضاة، بمهمة ثقيلة وحساسة، تتمثل في إنطاق قانون صنع بعيدا عنه**1597**، وهو ما كان يتم في إطاره إيلاء مبدأ الشرعية أهمية كبيرة، بشكل كان يبدو معه التوفيق بينه وبين مبدأ الأمن القانوني أمرا صعب المنال.

ولئن كان مبدأ الشرعية**1598** يتموقع في جوهر القانون الإداري، وهاجس استقرار الأوضاع المكتسبة يوجد في قلب اهتماماته، فإن الاعتراف الصريح بمبدأ الأمن القانوني، وإن كان قد تم في ألمانيا منذ سنة 1961**1599**. فإن الاعتراف به من طرف مجلس الدولة الفرنسي لم يتم إلا بشكل متأخر، وذلك ما تم بصدور قرار 24 مارس 2006 في قضية «Ste KPMG»**1600**.

هذا، ويعني مبدأ الشرعية، في مدلوله المبسط، مطابقة تصرفات الإدارة للنظام القانوني المعمول به، في حين يحيل مبدأ الأمن القانوني على عدد من المفاهيم المتعددة، من قبيل دقة ومقروئية ووضوح القاعدة القانوني وعدم رجعيتها، وكذا استقرار المراكز القانونية الفردية....**1601**، كما يشير أيضا إلى الحد من الاضطراب أو عدم اليقين الذي قد يصادف تطبيق القانون، فالقاضي الإداري وهو يحمل هاجس الأمن القانوني يكون، من جهة أولى، أكثر حرصا على عدم الانجراف وراء التأويلات المفتوحة خاصة عندما يكون محل عملية الإنطاق السالفة الذكر قاعدة قانونية جديدة**1602**، ومن جهة أخرى، يكون في بحث مستمر عن تأمين العلاقات القانونية**1603**.

على هذا المستوى، تظهر الصعوبة الكبيرة الكامنة وراء، الحرص على التطبيق السليم للقانون، في إطار يضمن عدم المساس بالأمن القانوني، لا سيما في معناه المرتبط باستقرار المراكز القانونية واحترام الحقوق المكتسبة؛ أي أن الأمر يتطلب من القاضي الإداري، أثناء بته فيما يعرض عليه من نوازل، الترجيح أو التوليف بين المبدأين السالفي الذكر، حسبما تقتضيه وقائع كل نازلة على حدة.

تبعا لذلك، إذا تبين لقاضي الإلغاء عدم شرعية قرار إداري معين؛ فإنه يحكم بإلغائه لتعارضه مع **مبدأ الشرعية** دون البحث في اعتبارات أخرى، وهذا هو الأصل، غير أن التفعيل المطلق لهذا المبدأ يمكن أن يؤدي إلى إهدار مراكز قانونية أو حقوق ترتبت بالفعل على هذا العمل غير الشرعي**1604**؛ أي أنه يمس **بمبدأ الأمن القانوني**، ويتعارض مع وجوب حماية الحقوق والمزايا

1597 Mohammed Amine BENABDALLAH, « réflexion autour de la fonction du juge administratif Le retrait de décision de réussite à un examen universitaire- Note sous TA, 15 février 1996, Zaroud », REMALD, janvier- mars 1997, p. 169-174.

1598 اختلف الفقه العربي، بما فيه المغربي، في توظيف مصطلحي الشرعية و المشروعية للدلالة على سيادة القانون، فنجد الأستاذ سامي جمال الدين والأستاذ سليمان محمد الطماوي والأستاذ الليبي عمر محمد السيوي والأستاذة المغربية مليكة الصروخ يوظفون مصطلح المشروعية للتعبير عن خضوع الإدارة للقانون وتطابق التصرفات الإدارية للنصوص القانونية، في حين نجد مصطلح الشرعية في كتابات الأستاذ علي جريشة والأستاذ المغربي عبد الفتاح بلخال هو الموظف للدلالة على احترام القواعد القانونية الموضوعة. انظر مقال الأستاذ حسن حلوي، الشرعية وأخواتها: إن المصطلح تشابه علينا. المجلة المغربية للقانون البرلماني، 2020 .

1599 عبد المجيد اغميجة، الأمن القانوني والقضائي"، مجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع بالدار البيضاء، ص. 35.

1600 Conseil d'État, Assemblée, 24/03/2006, 288460, Publié au recueil Lebon - Légifrance (legifrance.gouv.fr) visité le 20/07/2022.

1601 Bernard Pacteau, «la sécurité juridique, un principe qui nous manque ?», A.J.D.A 1995, (numéro spécial), p. 155.

1602 لحسن الحميدي، "حدود الدور البيداغوجي للغرفة الإدارية لمحكمة النقض"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 10، مطبعة الأمنية – الرباط، سنة 2018، ص. 43.

1603 Brahim Dalile, « le droit administratif dace au principe la sécurité juridique», Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques p. 72. ;« Le juge administratif, toujours en quête d'une sécurisation des rapports juridiques, a fait de plus en plus appel à des catégories juridiques destinées à assurer une telle sécurisation... ».

1604 أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، "دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ الشرعية ومبدأ الأمن القانوني"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، سنة 2017، ص. 8.

المكتسبة[1605]، وهو ما يتطلب ضبط قاضي الإلغاء بوصلة إعمال المبدأين السالفي الذكر، اللذين يتناوب سلطانيهما التأرجح بين الصعود والأفول حسب الحالات، **فكيف يدير قاضي الإلغاء عمليتي الترجيح والتوليف بين مبدأي الشرعية والأمن القانوني؟**

أولا: الترجيح بين مبدأي الشرعية والأمن القانوني

يقوم القاضي الإداري، في بعض الحالات، بترجيح مبدأ الشرعية، من خلال الحكم بإلغاء القرار الإداري المتسم بعيب من عيوب الشرعية المحددة قانونا[1606]، دون أن يعير اعتبارات الأمن القانوني أي اهتمام (1)، وفي حالات أخرى، يعمد إلى الانتصار لمبدأ الأمن القانوني، وما يدور في فلكه من استقرار المراكز القانونية، وحماية الحقوق المكتسبة (2).

1- **ترجيح مبدأ الشرعية**

إذا صدرت القرارات الفردية سليمة، وكانت ترتب حقوقا أو مراكز قانونية[1607]، فإنها تكون في مأمن من تعرضها للسحب أو الإلغاء الإداريين وكذا الإلغاء القضائي[1608]، وهو ما يستشف منه صعود سلطان مبدأ الأمن القانوني، دون أي تدافع بينه وبين مبدأ الشرعية، الذي يعتبر قائما هو الآخر في هذه الحالة، بالنظر للسلامة القانونية لهذه القرارات، غير أن الأمر بخلاف ذلك بالنسبة للقرارات غير الشرعية التي لا ترتب حقوقا للأفراد، ولا تمس بمراكزهم القانونية، إذ بإمكان الإدارة مصدرتها سحبها أو إلغاؤها، كما يمكن للقاضي إلغاؤها، فهي لا تتمتع بأي حماية قانونية[1609]، وهو ما يمكن القول معه بصعود سلطان مبدأ الشرعية إزاء مبدأ الأمن القانوني، هذا الصعود أو الترجيح الذي يبدو جليا في حالتين اثنتين:

الحالة الأولى: تتجلى في **حالة القرار الإداري المعدوم**، الذي يعتبر عملا يتسم بعدم شرعية جسيم يجعله يقترب من العمل المادي[1610]، فهو لا يرتب حقوقا ولا مراكز قانونية، لذلك يجوز سحبه من لدن الإدارة، باعتبار السحب آلية تتيح لها إمكانية التراجع عن قراراتها عديمة الأثر، وتفادي تعرضها للطعن بالإلغاء القضائي، كما يمكن لقاضي الإلغاء بسط رقابته عليه، دون مراعاة للآجال المحددة للطعن في القرارات، وذلك ما يجد سنده في الخرق الجسيم لمبدأ الشرعية، وما يتطلبه من إعادة الاعتبار له وحمايته.

وفق هذا التوجه، استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن القرار الإداري المشوب بعيب عدم الاختصاص الجسيم[1611] لا يعتبر باطلا فحسب، بل معدوما، وفاقدا لصفته الإدارية، فلا يولد حقوقا، ولا يتحصن من الطعن بفوات ميعاد الطعن، ويجوز

1605 يحيى حلوي، الوجيز في القرار الإداري، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص. 117.

1606 المادة 20 من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية ، الصادر الأمر بتنفيذه بالظهير الشريف رقم225-91-1 الصادر في 22 ربيع الأول 1414 (10سبتمبر1993)، ج. ر.، عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نونبر 1993)، ص. 2169. " كل قرار إداري صدر من جهة غير مختصة أو لعيب في شكله أو لانحراف في السلطة أو لانعدام التعليل أو لمخالفة القانون، يشكل تجاوزا في استعمال السلطة، يحق للمتضرر الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة".

1607 نشير على هذا المستوى أن التعاريف التي أعطيت للمركز القانوني متعددة نسوق منها تعريف "Roubier" تركيب لحقوق وواجبات وامتيازات وأعباء تنشأ حول واقعة أو حالة أو تصرف ويرتب آثار قانونية".

- Roubier, Droits subjectifs et situation juridiques, Dalloz, 1963, p. 138. Cité par Jeland. E, l'enigme du lien de droit, RTD civ, 2003, p. 457.

1608 ونشير في هذا الصدد إلى أن الأمر بخلاف ذلك بالنسبة للقرارات التنظيمية السليمة؛ إذ لا يجوز سحبها إداريا أو إلغاؤها قضائيا، لما لهما من أثر رجعي، غير أنه يجوز إلغاؤهما إداريا.

1609 قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض رقم: 1/735 المؤرخ في 2018/07/05 ملف إداري رقم 2017/1/4/513؛ "وحيث إن القرارات الإدارية غير المشروعة لا تتمتع بأي حماية ويمكن للإدارة سحبها في أي وقت، والمحكمة لما عللت قرارها بأن القرارات الفردية غير المشروعة يجوز سحبها من طرف الإدارة تلقائيا متى تبين لها أن القرار الصادر عنها معيب وينتج عن السحب تجريد القرار الإداري من قوته الثبوتية بالنسبة للماضي والمستقبل، فتزول كل آثاره ويعتبر كأن لم يكن،...."

1610 حسن صحيب، القانون الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2018 ص. 221.

1611 حددت محكمة النقض **المقصود بعيب عدم الاختصاص من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها**، من بينها القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بهذه المحكمة عدد 1/512 بتاريخ 2017/03/30 في الملف الإداري رقم 876

/2014/1/4 قضية شركة G.T.T.Trans ضد وكالة الحوض المائي اللوكوس، الذي جاء فيه " **عيب الاختصاص** يتمثل في عدم توافر الصلاحية القانونية التي تمكن شخصا أو هيئة من اتخاذ قرار معين لأن القانون قد جعل هذه الصلاحية منوطة بشخص أو هيئة أخرى، وأن الإدارة لا تتمتع بالنسبة لركن الاختصاص في القرار الإداري بأي سلطة تقديرية إلا في ظروف استثنائية، ...".

للإدارة سحبه في أي وقت[1612]، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها رقم 1/321، بتاريخ 2016/02/25، الذي جاء في إحدى حيثياته: "*حيث صح ما عاب به الطالب القرار المطعون فيه، ذلك أنه لئن كان طبقا للقواعد العامة أن الإدارة تملك صلاحية سحب قراراتها الإدارية غير المشروعة داخل الأجل المحدد في دعوى الإلغاء إلا أن القاعدة المذكورة* ***لا تسري على القرارات المعدومة*** *والتي من صورها مخالفة القانون الذي لا يعدو مجرد عمل مادي لا يكتسي حصانة بمضي المدة المقررة للسحب كما لا يكتسي أي حق مكتسب...*"، وهو ما أكدته مجموعة من القرارات القضائية الأخرى المماثلة[1613].

-**الحالة الثانية:** تتمثل في القرار الصادر عن الإدارة بناء على غش أو تدليس ممن صدر القرار لصالحه، حيث لا يتحصن القرار، والحالة هذه، بفوات أجل الطعن فيه بالإلغاء، ومن ثم لا ينشئ حقا أو مركزا قانونيا، فما بني على باطل فهو باطل، بل ويشكل مسا جسيما بمبدأ الشرعية، ومن أمثلة ذلك تقديم المستفيد من القرار لوثيقة مزورة للاستفادة من حق معين، أو إنشاء مركز قانوني محدد، أو تعديله أو إلغاؤه.

تبعا لذلك، إذا نظرنا إلى القرار المؤسس على غش أو تدليس، من زاوية تفعيل مبدأ الأمن القانوني، فإن الأمر يتطلب عدم فتح أي إمكانية للطعن فيه بالإلغاء بفوات الأجل القانوني لممارسة هذا الطعن، وذلك حفاظا على النتائج الهامة التي تترتب على هذا المبدأ، سيما استقرار الأوضاع القانونية، غير أن جسامة المس بمبدأ الشرعية، استدعت صرف النظر عن ذلك، وبالتالي ترجيح كفة حماية مبدأ الشرعية، والانقلاب على اعتبارات الأمن القانوني التي تبرر تحديد آجال لممارسة الطعن بالإلغاء[1614].

صفوة القول، أن القاضي الإداري يقوم بترجيح مبدأ الشرعية، من خلال الحكم بإلغاء القرار الإداري المتسم بعيب من عيوب الشرعية، دون أن يعير اعتبارات الأمن القانوني أي اهتمام، سيما ما يتفرع عنه من عدم المساس بالمراكز القانونية والحقوق المكتسبة، وذلك كلما وقف على كون العيب المذكور يتصف بجسامة لا يمكن معها إلا التضحية بتلك الاعتبارات حماية لمبدأ الشرعية.

1- 2- ترجيح مبدأ الأمن القانوني

عندما يعرض على قاضي الإلغاء طعن في قرار إداري، يدعي من خلاله مقدمه عدم شرعيته، ويطلب تبعا لذلك إلغاءه، فأمامه، مبدئيا، مسلكين، إما إلغاؤه لكونه مشوب بعيب من عيوب الشرعية، وإما رفض طلب الإلغاء إذا بدا له عكس ذلك. فإذا ألغي القرار، اعتبر بمجرد صدور حكم الإلغاء، كأن لم يوجد قط[1615]، وتكون الإدارة ملزمة بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه[1616]، وهي القاعدة التي تستهدف ضمان الفعالية للطعن بالإلغاء بسبب التجاوز في استعمال السلطة.

1612 جواد مطلق محمد العطي، القرار الإداري السلبي وأحكام الطعن فيه دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص. 102.

1613 فعلى سبيل المثال جاء في القرار عدد 120 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2017/01/10 في الملف رقم : 2016/7205/594 المضموم إليه الملف رقم 2016/7205/619 أنه: " فانه لما كان الثابت من خلال ما سبق بسطه أعلاه كون القرار الوزاري المشترك محل الطعن هو قرار منعدم ومقطوع الصلة بالشرعية إلى درجة أصبح معه مندرجا ضمن إطار القرارات المعدومة ... واعتبارا لما استقر عليه الفقه والاجتهاد القضائي الإداري من أن مثل هذا الصنف من القرارات بما فيها القرارات المنقطعة الصلة بقواعد الشرعية لانعدام صلتها بأي إطار قانوني لا تتقيد أصلا بأي أجل من اجل الطعن بالإلغاء سواء منها تلك المنصوص عليها في المادة 23 من قانون 90-41 المحدث لمحاكم إدارية، وكذا المادة الأولى من قانون 42.05، فان ذلك يعني ان الطعن المقدم ضد هذا القرار يبقى محمولا على تقديمه داخل الآجال القانونية ..."

1614 Guillaume FLORI, « L'acte inexistant, focus sur une théorie qui existe!», https://juridiquoi.com/lacte-inexistant-focus-sur-une-theorie-qui-existe/ "L'acte inexistant n'est soumis à aucun délai de recours. Il est si grave qu'il contrebalance le principe de sécurité juridique justifiant les délais de recours".

1615 CE, 26 décembre 1925, Rodière, p. 1065 ; RDP, 1926, p. 32, concl. Cahen-Salvador « les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus ».

1616 حسن العفو، " الحكم في دعوى الإلغاء بين النظرية والتطبيق"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 37، سنة 2001، ص.59.

ولئن كانت هذه القاعدة تعتبر ضمانة للمتقاضي، فإن ذلك لا ينبغي أن ينفي ما يمكن أن يكون قد ترتب على القرار الملغى من آثار منذ إصداره إلى أن ألغي قضائيا، وهو ما دفع القضاء، في بعض الأحيان، إلى تغليب أو تفضيل الاعتبارات الواقعية على منطق محو نتائج القرار الملغى بأثر رجعي[1617].

فالأصل أن القرار الإداري غير الشرعي لا يرتب حقوقا أو مراكز قانونية لتعارضه مع مبدأ الشرعية، إلا أن متطلبات ضمان الأمن القانوني تقتضي تحصين القرارات الإدارية غير الشرعية، والاعتداد بما رتبته من حقوق ومراكز قانونية بعد فوات أجل محدد منذ تاريخ نفاذها.

ويكون قاضي الإلغاء في مثل هذه الحالات قد عمل على ترجيح مبدأ الأمن القانوني على مبدأ الشرعية؛ أي أنه يعلي الاعتبارات القانونية التي نص عليها القانون من جهة، وكذا اعتبارات المصلحة العامة من جهة أخرى، والتي تستلزم استقرار المراكز القانونية بعد فوات مدة محددة[1618].

وقد استقر الفقه والقضاء على ضرورة تقييد ميعاد الطعن القضائي أو السحب الإداري بأجل محدد، بعد فواته لا يمكن إعمال أي منهما، وفي ذلك حماية لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبت عن هذه القرارات بعد فوات هذا الأجل، غير أن الأمر بخلاف ذلك بالنسبة للقرارات الإدارية غير الشرعية، التي لم ترتب حقوقا أو لم تمس بمراكز قانونية، إذ يمكن سحبها أو بسط الرقابة القضائية عليها في أي وقت[1619].

والأصل في أجل الطعن السالف الذكر[1620]، أن يقدم طلب الطعن بالإلغاء داخل أجل ستين يوما من تاريخ نشر أو تبليغ القرار الإداري للمعني بالأمر، عملا بمقتضيات الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية المغربي[1621]، والمادة 23 من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية[1622]، ويعتبر هذا الأجل من الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

ولعل الفلسفة الكامنة وراء التنصيص على أجل قصير نسبيا تكمن في ضمان استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، المترتبة على القرارات الإدارية[1623]، وعدم ترك باب هذا الطعن مفتوحا إلى أجل غير مسمى[1624]، وهو ما يندرج في خانة ترجيح مبدأ الأمن القانوني وحمايته.

فحينما تقر الإدارة وضعا مخالفا للقانون، فلا يجوز لها بعد ذلك، أن تخل بمبدأ الأمن القانوني، وتهدم بشكل فجائي هذا الوضع، وإلا كان في تصرفها هذا مخالفة للقانون؛ إذ إن استقرار المراكز القانونية وتأمين الحقوق المكتسبة للأفراد، يعتبر من أهم

1617 Florence Crouzatier Durand, «la dialectique de la sécurité juridique et de la légalité en droit administratif français », revue du notariat, numéro 2, septembre 2008, p. 490.

1618 حمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مرجع سابق، ص. 65.

1619 عبد الكريم حيضرة، "القانون الإداري المغربي: النشاط الإداري"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 2007، ص.151.

1620 فكمثال على الاستثناءات التي ترد على هذا الأصل من بينها:

- التعرض على الأوامر بالتحصيل، يتم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ التنبيه، تطبيقا لمقتضيات الفصل 30 من قانون المحاسبة العمومية لسنة 1967.

1621 ينص الفصل 360 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 447-74-1 بتاريخ 11 رمضان 1394 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية (ج. ر. بتاريخ 13 رمضان 1394 - 30 شتنبر 1974): "جب مع مراعاة مقتضيات الفقرة التالية من هذا الفصل أن تقدم طلبات إلغاء مقررات السلطات الإدارية للشطط في استعمال السلطة داخل أجل ستين يوما من يوم نشر أو تبليغ المقرر المطعون فيه...".

1622 تنص المادة 23 من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف **رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993):** " يجب أن تقدم طلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة داخل أجل ستين يوما يبتدئ من نشر أو تبليغ القرار المطلوب إلغاؤه إلى المعني بالأمر...".

1623 قرار محكمة النقض، رقم 1/345، بتاريخ 2018/03/29، في الملف الإداري رقم 2017/1/4/4428.

" واستنتجت –عن حق- **وحفاظا على استقرار المراكز القانونية للأطراف استبعاد** ما أثير من طرف المستأنف عليه من كون الأمر في نازلة الحال يتعلق بقرار معدوم لانتفاء شروطه وان الطعن مقدم خارج الآجال المنصوص عليها قانونا، ورتبت عن ذلك إلغاءها للحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء القرار الإداري المطعون فيه مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك، وتصديا بعدم قبول الطعن، تكون بذلك قد عللت قرارها تعليلا سائغا وكافيا، وما بالوسيلة على غير أساس".

1624 جواد مطلق محمد العطي، مرجع سابق، ص. 160.

متطلبات الحياة القانونية السليمة؛ أي أن الأمر يتطلب اعتماد حل وسط، ينبني على توفيق بين مبدأي الشرعية واحترام الحقوق المكتسبة، الذي يعتبر من تفريعات أو تطبيقات مبدأ الأمن القانوني[1625].

ذلك أن مفهوم الحقوق المكتسبة الوثيق الصلة بفكرة الأمن القانوني، يعتبر من المفاهيم التي تندرج في إطار المبادئ العامة للقانون، كما أنه يتعلق أساسا باستقرار الوضعية القانونية، وهو ما يتجلى بشكل بين من خلال الغاية والفلسفة الكامنة وراء بلورته من طرف الفقه القانوني، التي تكمن في تبرير ما يولده القرار الإداري غير الشرعي، من حقوق لفائدة المستفيد منه، بعد انتهاء أجل الطعن فيه، ورغم ما يشوبه من عيوب تمس بشرعيته[1626].

تأسيسا على ما سلف، نخلص أنه كلما اتضح للقاضي الإداري أن عيب الشرعية الذي يشوب القرار الإداري، لا يتسم بدرجة جسامة كبيرة، فإنه، وبعد التأكد من مرور فترة زمنية يحددها القانون، يعمد إلى الانتصار لمبدأ الأمن القانوني وما يدور في فلكه من استقرار المراكز القانونية، وحماية الحقوق المكتسبة؛ أي أنه بتحقق هذين الشرطين المتلازمين يرجح كفة حماية مبدا الأمن القانوني على حساب مبدأ الشرعية.

ثانيا التوليف بين مبدأي الشرعية والأمن القانوني

لما كانت الصلاحيات المخولة لقاضي الإلغاء تتغيا تمكينه من الآليات القمينة بضمان الاحترام والحماية اللازمين لمبدأ الشرعية، خاصة من خلال رجعية الحكم الذي يصدره[1627]، فإن اعتبارات حماية مبدأ الأمن القانوني، فرضت تغيرا في المعادلة الناظمة لكيفية إلغاء القرارات الإدارية، والتي تتلخص في كون عدم شرعية قرار ما، يستلزم إلغاءه، وهذا الأخير يستدعي محو كافة الآثار المترتبة على القرار محل الإلغاء بأثر رجعي؛ أي أن الأمر فرض توليفا بين حماية مبدأ الشرعية وفي الإبان نفسه ضمان احترام مبدأ الأمن القانوني، وهو ما يتم، بالأساس، من خلال آليتين، تتجلى الأولى، في الحد من آثار الحكم بالإلغاء من خلال التكييف الزمني لرجعية الحكم (1)، بينما تتمثل الثانية في نظرية الموظف الفعلي (2).

1- التكييف الزمني لرجعية تنفيذ الحكم بالإلغاء

تترتب على إلغاء القرارات الإدارية آثارا خطيرة على مبدأ الأمن القانوني[1628]، سواء بالنسبة للشخص المعني بها، أو بالنسبة للغير، ذلك أن النطق بالإلغاء يترتب عليه إعدام القرار منذ صدوره، ومحو كافة الآثار المترتبة عليه، بما للإلغاء القضائي في هذا المجال من أثر رجعي، ليصبح هذا القرار، قضائيا كأن لم يصدر قط.

وهو ما يجد تبريره في كون قاضي الإلغاء، والحالة هذه، لا يقوم سوى بالكشف عن العيوب التي تمس القرار المطعون فيه، التي تبقى لصيقة به منذ صدوره، مما يكون معه من المنطقي محو الآثار المترتبة عليه بأثر رجعي، فيكون بذلك دور القاضي دورا كاشفا لتلك العيوب.

ولئن كان إعمال الأثر الرجعي لحكم الإلغاء يسعف في حماية مبدأ الشرعية، فإنه بالمقابل قد يترتب عليه مساس بمبدأ الأمن القانوني، لا سيما فيما يتعلق بالحقوق المكتسبة، من خلال إعدام القرار الإداري بأثر رجعي، مع ما يقتضيه ذلك من محو كل ما ترتب عنه من آثار قانونية، فكيف يمكن الموازنة بين المبدأين السالفي الذكر من حيث الحماية؛ أو بصيغة أخرى، هل يمكن لقاضي الإلغاء أن يعمد إلى الحد من آثار الحكم الصادر بالإلغاء بغية التوفيق بين مبدأي الشرعية والأمن القانوني؟

كما أسلفنا الذكر، ومن الناحية المبدئية، للحكم بإلغاء قرار إداري أثر رجعي، حيث يقتضي الأمر إعدام هذا القرار المشوب بعيب من عيوب الشرعية، منذ تاريخ صدوره؛ أي أنه يعتبر كأن لم يصدر قط، غير أن القضاء قد يحيد عن هذا المبدأ في بعض

1625 حمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، مرجع سابق، ص. 65.

1626 Mohammed Amine BENABDALLAH, « réflexion autour de la fonction du juge administratif Le retrait de décision de réussite à un examen universitaire- Note sous TA, 15 février 1996, Zaroud » , article pécité, p. 169-174.

1627 Thiele Renaud, «La modulation des annulations et l'atténuation de leurs effets dans le contentieux de l'urbanisme », Droit et Ville, 2015/1 (N° 79), p. 45-52. DOI : 10.3917/dv.079.0045. URL : https://www.cairn.info/revue-droit-et-ville-2015-1-page-45.htm, visité le 04/08/2021 à 18 :00.

1628 Brahim Dalile, thèse précitée, «Une annulation d'un acte pour illégalité emporte de graves conséquences pour la sécurité juridique... ».

الحالات، ففي قرار1629تأسيسي لمجلس الدولة الفرنسي، في قضية Association AC et autre، راقب القاضي الإداري مدى شرعية القرار محل الطعن، مستحضرا في ذلك النتائج التي ستترتب على النطق بعدم شرعيته؛ أي أنه سلك توجها توليفيا بين مبدأي الشرعية والأمن القانوني.

ويكون بذلك، واستحضارا لضابط المصلحة العامة، قد أسس لصلاحية قاضي الإلغاء في التوليف بين المبدأين المذكورين، من خلال الإمكانية المتاحة لتفعيل الأثر المباشر المترتب عن الحكم بالإلغاء، أو بالمقابل تجريده من الأثر الرجعي، وجعل آثاره تنسحب على المستقبل، بالنسبة للقرارات التنظيمية أو الفردية غير الشرعية.

ومن بين ما جاء في هذا القرار أن "*إلغاء القرار الإداري يستلزم، مبدئيا، اعتباره كأن لم يصدر قط، ومع ذلك يتطلب الأمر عدم المغالاة في تفعيل الأثر الرجعي للنتائج التي تترتب عن الإلغاء، .... والقاضي الإداري بهذا الخصوص يوازن بين اعتبارات النظام العام، وبين مشروعية القرار الإداري...*"1630.

تبعا لذلك يكون القاضي الإداري قد اعترف لنفسه بمكنة التكييف الزمني لأثر الحكم الذي أصدره، فتدخله من خلال هذه الآلية يعتبر توجها نحو التوليف بين مبدأي الشرعية والأمن القانوني، وتحقيق نوع من التوازن في حمايتهما، إلا أن ذلك لا ينفي أن مبدأ رجعية آثار حكم الإلغاء يظل هو الأصل، في حين أن تكييف آثاره في الزمان يشكل الاستثناء على هذا الأصل، لذلك يستدعي الأمر تضييق حالات اللجوء إلى هذا الاستثناء**1631**.

هذا، ويعتبر القرار المشار إليه أعلاه، في نظرنا، قرارا تأسيسيا لمنهج القاضي الإداري في أجرأة التوليف بين المبدأين السالفي الذكر، ينبني على مرتكزين منهجيين، أولهما، ضرورة وقوف القاضي الإداري على كون التفعيل الكامل للأثر الرجعي للحكم القاضي بالإلغاء سيفرز نتائج سلبية كثيرة، وثانيهما، ضرورة إجراء مقارنة تقييمية بين محاسن إعمال هذا التوليف ومساوئه، حتى إذا بدا له رجحان كفة الإيجابيات أقدم على تكييف تلك الآثار من حيث الزمان.

تأسيسا على ما سبق، يستشف من القرار أعلاه، وقرارات أخرى متواترة صادرة عن المجلس ذاته، أن الضابط الناظم للتوازن بين مبدأ الشرعية ومبدأ الأمن القانوني في هذا المقام هو معيار "المصلحة العامة"، الذي يتم باستحضاره إلغاء القرار الإداري غير الشرعي، مع عدم محو كل ما ترتب عليه من آثار، وذلك إما بالحد منها في الماضي، أو أن يجعل له أثرا مباشرا مستقبليا، مراعيا في ذلك تحقيق المصلحة المذكورة.

2- إعمال نظرية الموظف الفعلي

يستهدف التطبيق الصارم لمبدأ الشرعية، حماية المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، وكذا عدم الاعتراف بما اكتسب منها بشكل غير قانوني، بل وإلغاءه، فإذا كانت هذه الصرامة في الإلغاء تنطوي على مزايا متعددة، من أهمها إعدام كل ما يتعارض مع الشرعية، بما يضمن سلامة الحياة القانونية، فإنها بالمقابل، قد تؤدي إلى المساس بالأمن القانوني للأفراد حسني النية1632، وهو ما يفرز إشكالات كثيرة على المستوى العملي.

ولعل وعي القاضي الإداري بالإشكالات الواقعية والقانونية التي قد تترتب على الأثر الرجعي لإلغاء القرارات الإدارية، والتي تجعله في مفترق طرق بين ترجيح كفة حماية مبدأ الشرعية من جهة، أو الانتصار لمبدأ الأمن القانوني من جهة أخرى، جعله يبحث عن

1629 https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2004-05-11/255886, visité le 04/08/2022 .

1630 « ...Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produit et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets... » ; **https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2004-05-11/255886, visité le 04/08/2022.**

1631 Florence Crouzatier Durand, «la dialectique de la sécurité juridique et de la légalité en droit administratif français », article précité, p. 492.

1632 Brahim Dalile, thèse précitée, p. 82.

ISSN:2509-0291

ترميمات تحد من هذا الأثر[1633]، وتلطيف حدة تلك الإشكالات، وهو ما حدا به إلى ابتداع نظرية الموظف الفعلي، التي أفرزتها ضرورة سير المرفق العمومي بانتظام واضطراد[1634]، يماثل ما يصطلح عليه ب "التاجر الفعلي" المعمول به في القانون التجاري.

ذلك أن إلغاء القرار الإداري غير الشرعي بأثر رجعي كما أسلفنا الذكر، ليس بالأمر الهين، فتعيين شخص في وظيفة ما، وشروعه في مزاولة ما يرتبط بها من مهام وصلاحيات، يجعل ما صدر عنه من قرارات مست حقوق الغير حسن النية أو مركزه القانوني عرضة للمحو، في حال تم تفعيل الأثر الرجعي للإلغاء بشكل كلي، وهو ما تطلب إيجاد مخرج لهذه المسألة.

تبعا لذلك، يعتبر إعمال نظرية الموظف الفعلي أو الواقعي في هذا الإطار المدخل الأساس للموازنة بين المبدأين المذكورين، بما يضمن تحقيق الغايات الكامنة وراء الأخذ بهما وتكريسهما في هذا المجال، هذا ويقصد بالموظف الفعلي، ذلك الشخص الذي يعترف القضاء، في بعض الظروف، بصحة تصرفاته في ميدان وظيفته رغم أنه لم يعين تعيينا صحيحا[1635].

وتكمن أهمية نظرية الموظف الفعلي، أساسا، فيما تتيحه من إمكانية التوليف بين المبدأين السالفي الذكر، وهو ما يتم من خلال السماح بإعمال أو تفعيل كل منهما بقدر معين، ودون أن يتم إعلاء أحدهما على الآخر بشكل كامل؛ إذ يتناوب سلطاناهما الصعود والأفول، وفق ضوابط زمنية، تعتبر الفيصل في تحديد لحظة ترجيح الواحد على الآخر والعكس بالعكس.

عطفا على ما سلف، فإن الحكم بإلغاء القرارات الصادرة عن الموظف الفعلي، يعتبر ترجيحا لمبدأ الشرعية، غير أن حماية الغير حسن النية، تفرض الاعتداد بالآثار المترتبة عن القرارات الملغاة بالنسبة للماضي وإلى حين صدور الحكم بالإلغاء، وقصر آثارها على المستقبل، وفي ذلك توليف بين المبدأين المذكورين.

لذلك تمكن نظرية الموظف الفعلي من التوليف بين مبدأي الأمن القانوني والشرعية، من خلال التوفيق أو الموازنة بين المصلحتين الخاصة والعامة، وما يقتضيانه من ضرورة سير المرفق العمومي بانتظام واطراد من جهة، واستقرار ما ترتب عن القرارات الصادرة عن الموظف الفعلي من آثار قانونية من جهة أخرى.

على سبيل الختم

صفوة القول، أن حماية كل من مبدأي الشرعية والأمن القانوني، تعتبر من صميم وظيفة القاضي الإداري، التي تتم أجرأتها، في إطار موازنة محكمة بين ضرورات ترجيح هذا المبدأ أو ذاك، ووفق ضوابط تسعف في عدم التضحية بأي منهما إلا في الحالات التي تستوجب ذلك، فكلا المبدأين يشكلان أعمدة لبناء دولة الحق والقانون.

وفي سبيل التوليف والموازنة بين المبدأين السالفي الذكر، يمكن لمحكمة النقض المغربية الاهتداء بما توصل إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، من آليات لبلوغ هذه الغاية، سيما ما تعلق بالتكييف الزمني لآثار الحكم القاضي بإلغاء قرار إداري، ووفق شروط وضوابط محددة، لما لهذه المكنة من دور في تحقيق توليف متوازن بين مبدأ الشرعية ومبدأ الأمن القانوني

- **المراجـــــــع:**

- **المراجع باللغة العربية**

- أحمد أجعون، نشاط ووسائل الإدارة، المجلة المغربية للأنظتنتمة القانونية والخاصة، العدد الخاص رقم 8، نونبر 2018
- أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، "دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ الشرعية ومبدأ الأمن القانوني"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، سنة 2017.
- جواد مطلق محمد العطي، القرار الإداري السلبي وأحكام الطعن فيه دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، سنة 2015

1633 Florence Crouzatier Durand, «la dialectique de la sécurité juridique et de la légalité en droit administratif français », article précité, p. 490 ; «le juge administratif bien conscient de tel inconvénients, a donc cherché des palliatifs, des aménagements tels que la théorie des fonctionnaires de fait... »

1634 حسن حوات، "المرافق العامة بالمغرب وهيمنة التحويل من القطاع العام إلى القطاع الخاص"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1997، ص.

1635 أحمد أجعون، نشاط ووسائل الإدارة، المجلة المغربية للأنظتنتمة القانونية والخاصة، العدد الخاص رقم 8، نونبر 2018، ص. 77.

- حسن العفو، "الحكم في دعوى الإلغاء بين النظرية والتطبيق"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 37، سنة 2001
- حسن حلوي، الشرعية وأخواتها: إن المصطلح تشابه علينا. المجلة المغربية للقانون البرلماني، 2020 .
- حسن حوات، "المرافق العامة بالمغرب وهيمنة التحويل من القطاع العام إلى القطاع الخاص"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1997
- حسن صحيب، القانون الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2018 .
- عبد الكريم حيضرة، "القانون الإداري المغربي: النشاط الإداري"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 2007
- عبد المجيد اغميجة، الأمن القانوني والقضائي"، مجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع بالدار البيضاء.
- لحسن الحميدي، "حدود الدور البيداغوجي للغرفة الإدارية لمحكمة النقض"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 10، مطبعة الأمنية – الرباط، سنة 2018.
- يحيى حلوي، الوجيز في القرار الإداري، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، الطبعة الأولى، سنة 2015.

- **المراجع باللغة الفرنسية**

- Bernard Pacteau, «la sécurité juridique, un principe qui nous manque ?», A.J.D.A 1995, (numéro spécial).
- Brahim Dalile, « le droit administratif dace au principe la sécurité juridique», Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques.
- Florence Crouzatier Durand, «la dialectique de la sécurité juridique et de la légalité en droit administratif français », revue du notariat, numéro 2, septembre 2008.
- Guillaume FLORI, « L'acte inexistant, focus sur une théorie qui existe!», https://juridiquoi.com/lacte-inexistant-focus-sur-une-theorie-qui-existe/ .
- https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2004-05-11/255886, visité le 04/08/2022 .
- **https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2004-05-11/255886, visité le 04/08/2022.**
- Mohammed Amine BENABDALLAH, « réflexion autour de la fonction du juge administratif Le retrait de décision de réussite à un examen universitaire- Note sous TA, 15 février 1996, Zaroud », REMALD, janvier- mars 1997.
- Roubier, Droits subjectifs et situation juridiques, Dalloz, 1963, p. 138. Cité par Jeland. E, l'enigme du lien de droit, RTD civ, 2003.

Thiele Renaud, «La modulation des annulations et l'atténuation de leurs effets dans le contentieux de l'urbanisme », Droit et Ville, 2015/1 (N° 79), p. 45-52. DOI : 10.3917/dv.079.0045. URL : https://www.cairn.info/revue-droit-et-ville-2015-1-page-45.htm, visité le 04/08/2021 à 18 :00.

ISSN:2509-0291

هامشية الاختصاصات الجبائية الترابية

THE MARGINALIZATION OF TERRITORIAL TAX COMPETENCIES

الباحثة : كوثر كويس
باحثة في القانون المالي جامعة محمد الخامس
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي

ملخص:
يعتبر دستور 2011 بمثابة طفرة نوعية، بالنسبة للدساتير السابقة، ويظهر ذلك جليا من خلال سعيه الحثيث على الحفاظ على استقلالية الجماعات الترابية، ضد أي تدخل بدون أساس قانوني من قبل السلطات المركزية أو تعسف منها. حيث إن الاستقلال المالي للجماعات الترابية عموما و الاستقلال الجبائي على وجه الخصوص، يعتبر أحد أهم المقومات و الركائز التي يقوم عليها مبدأ التدبير الحر، إلا أن الوضع الحالي مازال يتسم بضعف الاستقلال المالي لهذه الجماعات، بحيث مازالت تغطي إمدادات الدولة الجزء الأكبر من ميزانيات الجماعات الترابية. بالإضافة إلى أن الجبايات الأكثر مردودية، تدبرها الدولة لصالح هذه الجماعات عن طريق المديرية العامة للضرائب والخزينة العامة للملكة، ويتعلق الأمر بكل من الرسم المهني و رسم السكن و والرسم على الخدمات الجماعية، الأمر الذي يجعل مالية الجماعات الترابية دائما في تبعية للدولة وفي وضعية تقهقر.

ABSTRACT :
THE 2011 CONSTITUTION IS CONSIDERED A SIGNIFICANT QUALITATIVE LEAP COMPARED TO PREVIOUS CONSTITUTIONS, AND THIS IS EVIDENT IN ITS STRONG FOCUS ON PRESERVING THE AUTONOMY OF LOCAL AUTHORITIES AGAINST ANY BASELESS INTERVENTION BY CENTRAL AUTHORITIES OR ANY FORM OF ABUSE. THE FINANCIAL INDEPENDENCE OF LOCAL AUTHORITIES, IN GENERAL, AND FISCAL AUTONOMY IN PARTICULAR, ARE AMONG THE MOST IMPORTANT PILLARS ON WHICH THE PRINCIPLE OF FREE ADMINISTRATION IS BASED. HOWEVER, THE CURRENT SITUATION STILL REFLECTS A WEAKNESS IN THE FINANCIAL INDEPENDENCE OF THESE LOCAL AUTHORITIES, AS STATE TRANSFERS CONTINUE TO COVER THE LARGEST PORTION OF THEIR BUDGETS. ADDITIONALLY, THE MOST LUCRATIVE TAXES ARE MANAGED BY THE STATE ON BEHALF OF THESE LOCAL AUTHORITIES THROUGH THE GENERAL DIRECTORATE OF TAXES AND THE GENERAL TREASURY OF THE KINGDOM. THIS INCLUDES THE PROFESSIONAL TAX, THE HOUSING TAX, AND THE TAX ON LOCAL SERVICES, WHICH KEEPS THE FINANCES OF LOCAL AUTHORITIES DEPENDENT ON THE STATE AND IN A STATE OF REGRESSION.

مقدمة:

يعتبر المغرب من الدول التي تبنت المقاربة الترابية سنة 1959 ، والتي تعتبر سنة مرجعية في تاريخ اللامركزية بالمملكة المغربية. حيث تمت المصادقة على الظهير المؤرخ في 2 دجنبر 1959 بمثابة التقسيم الإداري للمملكة، والذي أنتج لأول مرة عن إحداث 108 جماعة حضرية وقروية و وضع اللبنات الأولى للتنظيم الجماعي.

وهذا يعتبر بمثابة وثبة نوعية، أعطت الانطلاقة للمملكة المغربية لما يناهز نصف قرن من الإصلاحات، والتجارب في مجال التنظيم واعتبرت المستجدات التي حملتها الوثيقة الدستورية، في هذا الصدد بمثابة تتويج للإصلاحات إذ أصبح المغرب يتبنى جهوية متقدمة .

حيث جاء في إحدى فقرات الخطاب الملكي ليوم 3يناير 2010 ،بمناسبة تشكيل اللجنة الاستشارية للجهوية" الجهوية ليست مجرد إجراء تقني أو إداري بل توجها حاسما لتطوير وتحديث هياكل الدولة والنهوض بالتنمية المندمجة".

وباعتبار أن المقترب المالي، يلعب دورا مهما في بلورة السياسات العامة للدولة، بشكل عام والسياسة الترابية بشكل خاص، فإن المبتغى من هذا البحث مقاربة السياسة الترابية المغربية من الزاوية المالية اللامركزية أو من زاوية جبايات الجماعات الترابية.

وعموما تتميز المنظومة القانونية للجبايات الترابية بالتشعب والتداخل والتعدد، إذ إن تشخيص الوضع الجبائي على المستوى الترابي، في ظل المنظومة الجبائية الحالية يبين تعدد الرسوم في مقابل تعدد الهيئات المتدخلة في تدبير هذه الجبايات، كما يبرز بشكل جلي مجموعة من الاختلالات و النواقص التي تعاني منها هذه المنظومة الجبائية متمثلة بشكل دقيق في لامحدودية الحضور العمومي على مستوى تدبير الجبايات المحلية. وفي هذا الإطار يمكن طرح الإشكالية الآتية:

إلى أي حد استطاع المشرع عقلنة الحضور العمومي على مستوى تدبير جبايات الجماعات الترابية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، سيتم معالجة الموضوع انطلاقا من نقطتين:

المطلب الأول: محدودية الاختصاصات الجبائية الممنوحة للجماعات الترابية

المطلب الثاني: تدعيم السلطة الجبائية للجماعات الترابية

المطلب الأول: محدودية الاختصاصات الجبائية الممنوحة للجماعات الترابية

من الإشكالات الكبرى التي تواجه تحقيق الاستقلال الجبائي للجماعات الترابية، هي المعيقات ذات الطبيعة القانونية المرتبطة بتحديد الاختصاصات وتغييب أدوار الجماعات الترابية، داخل سيرورة الفعل الجبائي.

الفقرة الأولى: مركزية التأسيس وتغييب القرار الجبائي الترابي

إن التطور العام للامركزية على المستوى المقارن، يتجه إلى تمكين الجماعات الترابية من الاختصاصات وتوسيع سلطاتها، بما يخدم هدف التنمية، ومن بينها الاختصاص الجبائي الترابي، بالمقابل وعلى المستوى الواقعي، فالعديد من الدول، كيف ما كانت طبيعتها الدستورية، موحدة أو مركبة، يعود للسلطة المركزية وحدها حق فرض الضريبة، أما الجماعات، فتكتفي بتطبيق الضريبة، مع نسبية ذلك التطبيق[1636] .

ومن النواقص الكبرى التي تواجه الإدارة الجبائية الترابية، هو تغييب أدوارها داخل صيرورة الفعل[1637] الجبائي، وحصرها في أدوار تسييرية ثانوية، تحت سلطة الوصاية، وهو ما يتضح من خلال تغييب وتهميش القرار الجبائي الصادر عن الجماعات الترابية، نظرا للغموض والتشتت الذي تعرفه النصوص القانونية المرتبطة بتدبير الجبايات الترابية، مما يكرس لواقع تتعدد فيه المصالح، وتتداخل في اختصاصاتها.

1636 محمد عالي أديبا، دور القابض في تحصيل ضرائب ورسوم الجماعات المحلية"، مجلة الخزينة العامة للملكة، العدد 4 ، ص: 299.

1637 راجع في ذلك: يوسف الشهيب، تدبير الجبايات الترابية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، 2016، ص: 329 .

و كما هو معلوم، فإن الجباية مرتبطة بشكل كبير بالسيادة أو الحرية الجبائية1638، لكن التفسير الضيق لهذا الارتباط دفع بمجموعة من التشريعات إلى حصر صلاحية التأسيس في السلطة المركزية، وعليه فالوحدات الإدارية المنتخبة المنبثقة عن الدولة تكتفي بتدبير الجباية[1639]. وهذا المنهج تبناه المشرع المغربي[1640]، وهو في ذلك يتبنى نفس المقاربة الفرنسية[1641]، حيث يلاحظ احتكار السلطة المركزية لسلطة الفرض الضريبي، فقد أعطت المادة 34 من دستور الجمهورية الخامسة 1958 للبرلمان سلطة فرض الضريبة وتحديد الوعاء، وأسندت للجماعات سلطات تحديد الأسعار، فالموارد العمومية ومنها الضرائب للقانون وحده الصلاحية في إنشائها .

ومع أن المشرع سمح بنوع من الليونة في إصدار قرارات جبائية[1642]، التي يعين من خلالها نسب وأسعار بعض الرسوم المحصلة لفائدة الجماعات[1643]، لكن هذه الصلاحيات المحدودة تخضع لرقابة سلطات الوصاية بحيث يجب الحصول على تأشيرتها لكي يكون القرار ساري المفعول، كما سمح القانون بمصادرة آلية القرار الجبائي الترابي، بحيث يمكن لوزير الداخلية اتخاذ قرار في هذا الشأن بعد استطلاع رأي وزير المالية.

كما أثبتت الممارسة الجبائية، أن الاسعار المعتمدة في القرارات الجبائية، تختلف من جماعة لأخرى و أنها في مجملها تظل متوسطة إلى ضعيفة، إذا ما قورنت مع الأسعار القصوى التي حددها المشرع، حيث إن هذا التباين بين الأسعار المعتمدة من جماعة لأخرى، والتي تظل في مجملها متوسطة وأحيانا ضعيفة، بالمقارنة مع الأسعار القصوى المحددة بموجب القانون، يجد تفسيره في عدة اعتبارات أبرزها الهاجس الانتخابي، والمستوى الاقتصادي والاجتماعي للجماعات. وهنا يمكن القول إن كثرة الجبايات، وارتفاع أسعارها لا يؤدي بالضرورة إلى الرفع من مردودية مواردها[1644].

الفقرة الثانية : احتكار الدولة للضرائب الأكثر مردودية

إن توزيع الجبايات أو توزيع المنتوج الجبائي بصفة عامة، لا يتم بشكل عادل، سواء على المستوى العمودي[1645] أو الأفقي، فالمردودية ليست مقرونة بالتعدد الضريبي، حيث نجد ضرائب معدودة، لكن مردودية مواردها مرتفعة، في مقابل رسوم وضرائب متعددة وكثيرة، لكن مردوديتها قليلة، وهذا ما يجعل الدولة تستحوذ على نسبة كبيرة من الموارد المالية، في مقابل نسبة ضعيفة للجماعات الترابية[1646]، حيث يمكن الإشارة هنا إلى مقتضيات أحكام المادة السادسة من القانون رقم 07.20[1647] ، بتغيير

1638 نصير مكاوي، مداخلة تحت عنوان السيادة الجبائية للجماعات الترابية، بمناسبة الندوة التي نظمتها الكلية المتعددة التخصصات بالرشيدية، " التدبير الترابي بين المستجدات القانونية و رهان التنمية"، بتاريخ 28 أبريل 2017، غير منشورة.

1639 من أجل المزيد من التفصيل: François Labie, finances locales, Dalloz, Paris, 1995, p. 1112 .

1640 المادة 39 من دستور 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، صادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليو2011)، بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان1432 (30 يوليو 2011)، ص: 3600.

1641 تنص المادة 34 من دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958، أن سلطة فرض الضريبة تعود للبرلمان وهو الوحيد الذي له صلاحية وضع القواعد المتعلقة بالوعاء.

1644 حسن بريح و المصطفى خطاب، مسلسل الإصلاح الجبائي المحلي وإشكالية الاستقلال المالي للجماعات الترابية، سلسلة أريد أن أعرف، العدد11، الطبعة الأولى 2014، ص: 60.

1645 على المستوى العمودي، نجد أن الدولة تحتكر الضرائب الأكثر مردودية (الضريبة على الدخل، الضريبة على الشركات، الضريبة على القيمة المضافة)، مقابل الرسوم الجماعية التي يتضح من خلال مقارنتها بضرائب الدولة، خاصة في جانب المردودية، أنها تستحوذ على نسبة كبيرة، لكونها هي الأساسية في المقارنة وليس العدد والتنوع.

1646 - راجع في ذلك: سعيد جفري، محاضرات في مادة التنظيم الجبائي المحلي، ألقيت على طلبة السنة الثالثة تخصص إدارة محلية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية سطات، 2007-2008.

1647 القانون رقم 07.20 بتغيير وتتميم القانون رقم 47.06 المتعلق بالجبايات المحلية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.91 بتاريخ 31 دجنبر 2020، وذلك بالجريدة الرسمية عدد 6948،ص:8632 .

مقتضيات المادة 167 من القانون رقم 47.06[1648] لتصبح عبارة الإدارة دالة على المصالح التابعة إدارة الضرائب بالنسبة للرسم المهني، المصالح التابعة للخزينة العامة للمملكة بالنسبة لرسم السكن ولرسم الخدمات الجماعية، والمصالح الجبائية التابعة للجماعات الترابية بالنسبة لباقي الرسوم المحلية الأخر ى ،حيث وصل منتوج الرسوم الثلاثة المدبرة من طرف الدولة سنة 2014 إلى 4.689 مليون درهم[1649]، و هو الأمر الذي قد يضيع على الجماعات الترابية موارد مهمة.

كما يؤدي ارتباط المالية الترابية بمالية الدولة إلى عدة تأثيرات على مالية هذه الأخيرة، على اعتبار الميزانيات الترابية ترتبط بميزانية الدولة[1650]، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى إعادة النظر في العلاقة المالية بين الدولة والجماعات الترابية، للبحث عن تدبير جيد لمالية الجماعات الترابية، حيث إن نظام المساعدات[1651]، يعمل على تكريس تبعية السياسة المالية الترابية اتجاه الدولة دون إدخال إصلاحات جذرية من شأنها تمكين الجماعات الترابية من تحقيق استقلالها المالي والجبائي، والتخلص من الضغوطات الممارسة عليها من طرف الحكومة بواسطة هذه المساعدات[1652]. كما ينطوي هذا النظام التمويلي للدولة على إكراه من نوع آخر، يتجلى في ضعف تحفيز الأجهزة التدبيرية لجبايات الجماعات الترابية على بذل المجهودات الجبائية قصد تحصيل الرسوم لاتكالها على إعانات الدولة.

المطلب الثاني: تدعيم السلطة الجبائية للجماعات الترابية

يندرج إصلاح المنظومة الجبائية في إطار المجهودات الرامية إلى تحديث و تحسين التدبير الجبائي للجماعات الترابية، بهدف تقوية و تدعيم مالية هذه الأخيرة، و تفعيل دورها في الحياة الاقتصادية . فأمام النواقص التي عرفها القانون06. 47 الذي تم تحيينه وتعديله بموجب القانون 20 .07، وسعيا وراء تحقيق الأهداف المسطرة، وتجاوز الاختلالات المرصودة، كان من الضروري تبني ورش فعال و متقن من الإصلاحات الجوهرية، الرامية إلى تعديل المنظومة القانونية والتدبيرية للجباية الترابية، وكذلك إدخال تعديلات جوهرية تضمن التوفر على نظام يساير التوجهات العامة للامركزية، وذلك من خلال تبني موصفات الأنظمة الجبائية الحديثة[1653]،انطلاقا من تفعيل مجموعة من المدخلات الإصلاحية ذات الطبيعة المباشرة، كتدعيم السلطة الجبائية على المستوى الترابي ، وزيادة المجهود الجبائي .

الفقرة الأول : تمكين الجماعات الترابية من سلطة جبائية حقيقية

إن النظام المعتمد في فرض الضرائب بالمغرب نظام تمتلك فيه الدولة السلطة الجبائية التقريرية، حيث يجري توزيع القواعد الجبائية بموجب نصوص تشريعية، تهيئ وتصاغ على المستوى الوطني من طرف هيئات وأجهزة ذات طابع وطني تحتفظ للدولة، ولميزانيتها بأجود وأحسن الأوعية والقواعد الجبائية، ولا تترك للجماعات إلا ما بقي بعد ذلك[1654].

ويجسد القرار الجبائي الذي تعده الجماعات الترابية، الاختصاص الحصري المخول لها في مجال الجبايات الترابية، وذلك بتعيين نسب الرسوم المحددة بين سعر أدنى وسعر أقصى، وهو المجال المسموح به للجماعات الترابية على المستوى الجبائي، حيث

1648 القانون رقم 06-47 المتعلق بالجبايات المحلية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 195-07-1 الصادر في 30 نونبر 2007 ، الجريدة الرسمية عدد 5583، بتاريخ 3 دجنبر 2007.

1649 تقرير حول الجبايات المحلية، المجلس الأعلى للحسابات ،سنة2015 ص: 104.

1650 نصير مكاوي، تدبير مالية الجماعات الترابية، دار أبي رقراق، الرباط، الطبعة الأولى، 2011، ص: 147.

1651 يأتي هذا نتيجة تحويل حصة من عائدات الضرائب الوطنية لصالح الجماعات الترابية كالضريبة على القيمة المضافة بنسبة 30%، والضريبة على الدخل والضريبة على الشركات بنسبة% 2 في أفق بلوغ % 5 . و إذا كانت هذه الموارد تؤدي إلى سد العجز في الميزانيات الترابية خاصة على مستوى ميزانيات التسيير، فإنها من جهة تفقد الدولة موارد مالية مهمة، بحيث أن الدولة تساهم من خلال هذه الضرائب بأكثر من 50 % من ميزانيات التسيير للجماعات الترابية.

1652 محمد فاضل الرزة، التمويل الجماعي بين محدودية الموارد ومتطلبات التنمية المحلية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، ك ، جامعة الجسن الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية سطات، 2008-2009، ص: 61.

1653 عرض وزير الداخلية، حول مشروع قانون الجبايات المحلية أمام لجنة الداخلية واللامركزية و البنيات الأساسية بمجلس النواب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة نصوص قانونية، العدد 184، 2008، ص: 26.

1654 المصطفى معمر، فاطمة نازي، عرض حول" آفاق تحقيق التمويل الذاتي للجماعات الترابية-دراسة على ضوء أحكام القانون التنظيمي رقم113.14 المتعلق بالجماعات"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مولاي إسماعيل، مكناس، 2016.

يقوم الآمر بالصرف باقتراح الرسوم المحددة في أسعار دنيا و قصوى بالقانون، في إحدى دورات المجلس المقرر ضمن جدول الأعمال .

وعلى اعتبار أن الجبايات لا تشكل بالنسبة للجماعات الترابية مجرد موارد مالية موجهة إلى تغطية تكاليف التسيير، بل هي أداة للسياسة الاقتصادية، تساهم في تعزيز مسلسل اللامركزية، والتي تعتبر الحجر الأساس لبناء دولة تقوم على مبادئ الديمقراطية التشاركية، فإن وجود نظام جبائي على المستوى اللامركزي يكرس البعد الحقيقي للاستقلال الجبائي للجماعات الترابية، مرتبطا بسلطة هذه الأخيرة على فرض الجباية وربطها و تحصيلها و أخيرا قدرة التصرف فيها.

إن وجود نسبة معقولة وموضوعية للسلطة الجبائية للجماعات الترابية، أمر لازم و ضروري لضمان قدر من الاستقلالية في التحرك والقدرة على المبادرة واتخاذ القرار، لاسيما القرار المالي و الجبائي. حيث لا يمكن للجماعات الترابية أن تنخرط في مسلسل المشاريع التنموية، بدون أن تكون صاحبة القرار الأول و الأخير في و سائلها التمويلية و بالضبط مواردها الجبائية الذاتية، لارتباط الجباية بفعل السيادة و التأثير .

و من المؤكد أن المشرع المغربي قد حاول إصلاح وضعية تهميش المجالس التداولية، في صناعة قراراتها الجبائية، وتجاوز هذا الإشكال و لو نسبيا، وذلك بتحديد أسعار لرسومها وفق ما يتلاءم مع خصوصياتها، من خلال اعتماد أسلوب الحد الأدنى و الحد الأقصى، لكن الملاحظ هو تغييب إشراك الملزمين الجبائيين في صياغة قرار جبائي يتلاءم مع إمكانياتهم المادية. و من شأن هذا التغييب، أن يمنح الفرصة للجماعات الترابية، أن تطبق أسعارا مرتفعة أو أسعارا قصوى، لا تراعي الظروف و الأوضاع الاقتصادية و الاجتماعية للملزمين، و قد يكون رد الملزم على هذا الإقصاء، أن لا يؤدي هذه الرسوم أو يتملص منها[1655].

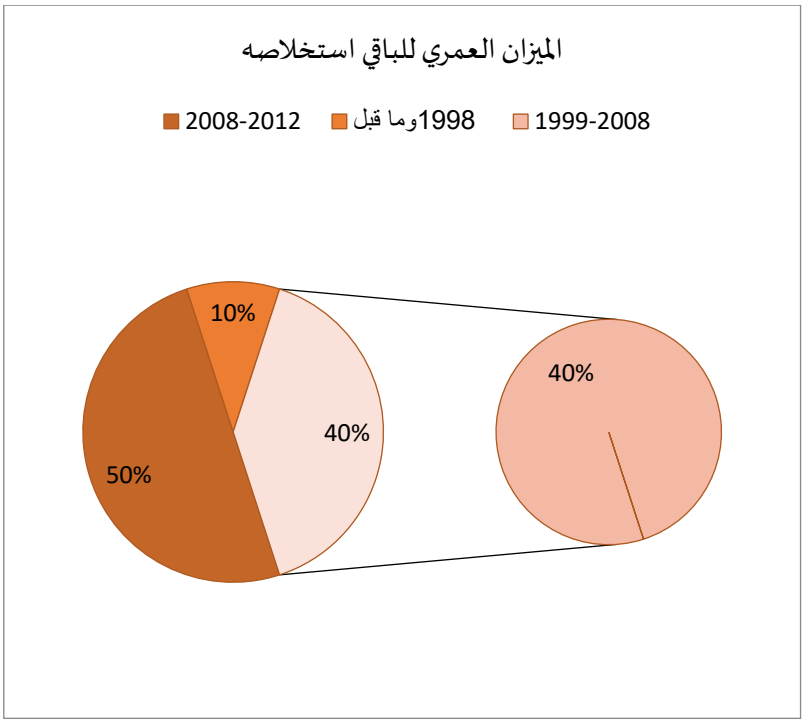
إن تمكين الجماعات الترابية من سلطة جبائية حقيقية، ومن صياغة القرار الجبائي، ستمكنها من تكريس فعلي لاستقلالها الجبائي.

الفقرة الثانية :زيادة المجهود الجبائي

بعدما أصبحت الجماعات الترابية شريكا مع الدولة، في كافة الأعباء و في تحقيق عجلة التنمية، فإن هذه الجماعات مطالبة من أجل هذا الورش التنموي، أن تضع حدا لمعضلة الباقي استخلاصه، هذا الأمر لن يتحقق إلا بتظافر الجهود من طرف كل الفاعلين على المستوى الترابي، من أجل تحصيل الديون المتبقية.

حيث سجل المجلس الأعلى الحسابات أن المبالغ الباقي استخلاصها، خلال الفترة 2009 و 2013، ارتفعت من 13 مليار درهم إلى 16.8 مليار درهم، بزيادة 29 في المائة، مما يدل على وجود صعوبات كبرى في التحصيل، موضحا أن هذه الوضعية، تستلزم اتخاذ بعض الإجراءات التقويمية. ويبرز المبيان أسفله الميزان العمري للباقي استخلاصه:

1655 كيمو أحمد، حكامة تدبير الجبايات المحلية على ضوء القانون 47.06، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، 2008-2009.ص: 107.



المصدر: تقرير حول الجبايات المحلية، المجلس الأعلى للحسابات، مرجع سابق، ص:147

كما يستخلص من تصنيف الباقي استخلاصه حسب الميزان العمري أعلاه ما يلي :

بلغت الديون التي يرجع تاريخها إلى:

- ما قبل 1999 حوالي 1,6 مليار درهم، أي بما نسبته 10% من المبلغ الإجمالي؛
- خلال العشر سنوات الممتدة بين 1999 و2008 تضاعفت هذه الديون مرتين، حيث بلغت 6,4 مليار درهم، أي ما نسبته 40% من مجموع الباقي استخلاصه؛
- خلال الأربع سنوات الممتدة بين 2009 و2012 ارتفعت هذه الديون بنسبة 30% حيث بلغت 8 ملايير درهم، أي ما يعادل 50% من مجموع الباقي استخلاصه .

ومن أجل عقلنة وترشيد عملية تحصيل الباقي استخلاصه، و في إطار ترسيخ ما يعرف بالحكامة الجبائية، يمكن وضع جرد شامل للباقي استخلاصه، بالارتكاز على آلية الفحص الجبائي، هذه العملية تهدف إلى تعبئة كل الموظفين الموجودين لدى شساعة المداخيل و القباضة، وتظافر جهودهما معا بتعاون مع السلطة الإدارية الترابية المختصة و أعوانها، وكل الفعاليات التي من شأنها تقديم الاستشارة و المساءلة، حتى يتم التشخيص الحقيقي للباقي استخلاصه[1656].

ويوصي المجلس الأعلى للحسابات، في تقريره السنوي لسنة 2012 بوضع نظام للمعلومات خاص بتدبير الجبايات الترابية، يشمل سجلات تحديد الملزمين و المعلومات المتعلقة بهم، ويسمح بتكوين قاعدة المعطيات اللازمة للعمليات، المتعلقة بالوعاء والمراقبة، بالإضافة إلى ضرورة إيلاء أهمية خاصة لإحداث وتدعيم بنيات الاستقبال والإعلام، بشكل يجعلها كفيلة بالاستجابة بشكل مقبول، لمتطلبات الملزمين حتى يتسنى سد الخصاص المسجل، في هذا الصدد.

كما يوصي المجلس بتكثيف جهود التحصيل، بشأن إصدارات كل سنة مالية، وعقلنة مساطر الإكراه عن طريق تكييف الإمكانات المتاحة، باعتماد الآليات الملائمة المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل، مع حجم الرهانات وطبيعة المخاطر، وذلك بغية القيام بمجهود أكثر نجاعة في مجال التحصيل. كما يمكن وضع آليات خاصة لتحصيل الضرائب التي لا تبرر مبالغها اللجوء إلى المساطر المعتمدة، كما أنه من أجل ضمان أكثر مردودية لهذه المعضلة، يمكن تقديم تسهيلات استثنائية للأداء داخل

1656 صلاح الدين اكريلان، الميثاق الجماعي الجديد النظرية و التطبيق، مطبعة فيدرانيت، الطبعة الأولى 2003، ص: 168.

أجل معين، إذ يجب التكيف مع واقع و خصوصية السكان على المستوى اللامركزي والأخذ بعين الاعتبار الضغط الضريبي الحاصل[1657] .

إضافة إلى إلغاء عقوبات التأخير عن الأداء، بتحديد أجل معين يتم داخله تسديد المستحقات، مع إلغاء سائر عقوبات التأخير، تشجيعا للخاضعين على الأداء، على اعتبار أن هذه العملية إجراء استثنائي لا يمكن تكراره أو تمديد أجله إذ تقدم كفرصة أمام الخاضع، إما الاستفادة منها وإما بعد انتهاء أجلها سيعمل المسؤول على إرغامهم بأداء كامل المستحقات بما فيها عقوبات التأخير[1658].

بالإضافة إلى ضرورة توفر الجماعات الترابية، على الوسائل البشرية المؤهلة لتحسين تدبير الرسوم الترابية، وهي مسألة يجب أن تحظى بالأولوية، فبالإضافة إلى مجهودات التوظيف والتكوين وإعداد دلائل المساطر وتطبيقات التدبير الملائمة، وتحفيز العنصر البشري حسب الممارسات الجيدة المعتمدة من طرف الإدارات الجبائية، يوصي المجلس باستغلال كل الإمكانات المتاحة بخصوص الاستعمال المشترك للموارد العمومية الممكن تعبئتها، وخاصة عبر آلية إعادة انتشار الموظفين ما بين الجماعات والمصالح التابعة للمديرية العامة للضرائب والخزينة العامة للمملكة[1659].

خاتمة:

إن التطور الذي عرفه النسق الدولي بصفة عامة، والمغربي على وجه الخصوص، وما واكبه من إصلاحات، بداية بالإصلاح الدستوري سنة 2011، يليه صدور القوانين التنظيمية وما تتضمنه من مبادئ جديدة، من قبيل التدبير الحر كل هذا من شأنه أن يحضر أرضية من أجل إصلاح جبائي يواكب و يلائم روح الدستور، الذي وحاول تكريس نوع من الاستقلالية للجماعات الترابية.

وكما هو معلوم، فقيام الجماعات الترابية بالدور المنوط بها، والاختصاصات الموكولة إليها يقتضي توفرها على الموارد المالية الكافية. نظرا لضعف وهشاشة هذه الجبايات الترابية، هذا الضعف الذي يرتبط بشكل وثيق بعدة عوامل وإكراهات.

وعموما، يظهر أن مختلف الإكراهات و الحدود التي يعرفها النظام الجبائي الترابي، تعتبر بمثابة حاجز يحول دون تحقيق الجبايات التي تعتبر أهم مورد من الموارد الذاتية للجماعات الترابية، للأدوار المنوطة بها ومن ثم جعلها شريكا حقيقيا للدولة في تحقيق المشاريع التنموية

لائحة المراجع:

- نصير مكاوي، تدبير مالية الجماعات الترابية، دار أبي رقراق، الرباط، الطبعة الأولى، 2011.
- محمد عالي أديبا، دور القابض في تحصيل ضرائب ورسوم الجماعات المحلية"، مجلة الخزينة العامة للملكة، العدد 4 .
- حسن بريح و المصطفى خطاب، مسلسل الإصلاح الجبائي المحلي وإشكالية الاستقلال المالي للجماعات الترابية، سلسلة أريد أن أعرف، العدد11، الطبعة الأولى 2014.
- دستور 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، صادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليو2011)، بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان1432 (30 يوليو 2011)، .
- دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958
- القانون رقم 07.20 بتغيير وتتميم القانون رقم 47.06 المتعلق بالجبايات المحلية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.91 بتاريخ 31 دجنبر 2020، وذلك بالجريدة الرسمية عدد 6948.

1657 11. 2009, p. revue marocaine de l'administration local et développement, l'expérience marocaine, décentralisation fiscale, Mohammed, Sbihi

1658 عبد السلام اديب، السياسة الضريبية و استراتيجية التنمية، دراسة تحليلية للنظام الجبائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر، 2009-2010، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الرباط، ص: 94.

1659 التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات، سنة 2014، ص: 88.

- القانون رقم 06-47 المتعلق بالجبايات المحلية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-195 الصادر في 30 نونبر 2007 ، الجريدة الرسمية عدد 5583، بتاريخ 3 دجنبر 2007.
- يوسف الشهيب، تدبير الجبايات الترابية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، 2016.
- عبد السلام أديب، السياسة الضريبية و استراتيجية التنمية، دراسة تحليلية للنظام الجبائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر، 2009-2010، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الرباط.
- كيمو أحمد، حكامة تدبير الجبايات المحلية على ضوء القانون 47.06، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، 2008-2009.
- محمد فاضل الرزة، التمويل الجماعي بين محدودية الموارد ومتطلبات التنمية المحلية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة الحسن الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية سطات، 2008-2009.
- المصطفى معمر، فاطمة نازي، عرض حول" آفاق تحقيق التمويل الذاتي للجماعات الترابية-دراسة على ضوء أحكام القانون التنظيمي رقم113.14 المتعلق بالجماعات"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مولاي إسماعيل، مكناس، 2016.
- سعيد جفري، محاضرات في مادة التنظيم الجبائي المحلي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية سطات، 2007-2008.
- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات، سنة 2014
- Sbihi Mohammed, décentralisation fiscale, l'expérience marocaine, revue marocaine de l'administration local et développement, 2009,
- Chabih (J), Réflexions sur le pouvoir financier local au Maroc ou la nature de la réparation constitutionnelle des compétences financiers entre l'Etat et les collectivités locales, in Revue Marocaine d'administration locale et de développement, série ordinaire, N54-55, 2004.
- François Labie, finances locales, Dalloz, Paris, 1995.

المسطرة القضائية لدعوى الاسترداد الضريبي على ضوء اجتهاد القضاء الإداري

Judicial procedure for tax refund claims In light of the jurisprudence of the administrative judiciary

الدكتورة ســـــنـــــاء نجـــــاح

دكتورة في القانون العام والعلوم السياسية جامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا

ملخص:

يستند فرض الضرائب بالمغرب إلى أحكام الفصل 39 من الدستور "على الجميع أن يتحمل بصفة تضامنية وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد"، واشترط المشرع الدستوري المغربي بأن يتم هذا الفرض الضريبي بموجب نص قانوني صادر عن البرلمان بموجب الفصل 71 من الدستور "يختص القانون، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية... النظام الضريبي، ووعاء الضرائب، ومقدارها وطرق تحصيلها.....

وقد عمل المشرع المغربي على تمتيع المدين بمجموعة من الدعاوى التي تمكنه من منازعة الإدارة أمام القضاء، منها على سبيل المثال دعوى الاسترداد، هذه الأخيرة التي تستلزم كغيرها من الدعاوى توفر شروط شكلية تحت طائلة عدم القبول، ثم الشروط المتعلقة بتقديمها، بدءا من دراسة الإجراءات السابقة لهذه الدعوى، ثم البحث عن قواعد تسجيلها وما تتطلبه من بيانات.

ولما كانت دعوى استرداد غير المستحق إحدى أهم صور القضاء الشامل فإن المشرع أقر مجموعة من الشروط التي تختص المحكمة الإدارية بالنظر فيها، خاصة شرط الأجل الذي تنفرد به هذه الدعوى وشروط أخرى تشترك فيها دعوى الاسترداد مع باقي الدعاوى الإدارية.

summary:

Taxation in Morocco is based on the provisions of Article 39 of the Constitution: “Everyone must bear in solidarity and in proportion to the means they have the costs required by the development of the country, as well as those resulting from the burdens resulting from pests and natural disasters that afflict the country.”

The Moroccan constitutional legislator stipulated that this tax imposition be carried out in accordance with a legal text issued by Parliament under Chapter 71 of the Constitution: “The law, in addition to the articles explicitly assigned to it in other chapters of the Constitution, is concerned with legislation in the following fields... the tax system, the base of taxes, their amount and methods.” Collect it

The Moroccan legislator has worked to provide the debtor with a group of lawsuits that enable him to dispute the administration before the judiciary, including, for example, the recovery lawsuit, the latter of which, like other lawsuits, requires the availability of formal conditions on pain of inadmissibility, then the conditions related to its submission, starting with a study of the previous procedures. For this claim, then research the rules for its registration and the data it requires.

Since the claim for the recovery of what is not due is one of the most important forms of comprehensive justice, the legislator approved a set of conditions that the administrative court has jurisdiction to consider, especially the term requirement that is unique to this lawsuit and other conditions that the recovery claim has in common with the rest of the administrative lawsuits.

مقدمة:

تعتبر الضرائب من أهم الموارد الأساسية للدولة، ذلك أنها تساهم بصفة فعالة في توفير عائدات مالية للخزينة العمومية من أجل تغطية النفقات وازدادت أهميتها في وقتنا الحاضر إذ أصبحت تستخدم للتأثير على النشاط الاقتصادي وأصبحت أداة من أدوات تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي ولو بطريقة غير مباشرة، من جهة أخرى فإن فرض الضريبة وتنظيمها لم يعد يتسم بالبساطة التي كانت موجودة في الماضي، بل إن هذا الأمر بلغ درجة كبيرة من التعقيد نظرا لتعقد وتشابك الأنشطة المولدة لدخول الأرباح التي تفرض عليها الضريبة، وعلى هذا أصبحت الدول تتفنن في صياغة التشريع الذي يحقق لها أكبر المنافع من الضريبة، لذلك فإن ديمومة هذا المفهوم واستمراره متوقف على مدى استجابة والتزام المكلفين بالضريبة لواجباتهم الضريبية لكن هذه الاستجابة في الغالب تكون نسبية نتيجة للجدل القائم منذ القدم بين دفع الضريبة والتهرب منها، حيث نظم المشرع المغربي الجباية خاصة في جانبها المنازعاتي عن طريق نصوص مهمة.

ويستند فرض الضرائب بالمغرب إلى أحكام الفصل 39 من الدستور "على الجميع أن يتحمل بصفة تضامنية وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد"، واشترط المشرع الدستوري المغربي بأن يتم هذا الفرض الضريبي بموجب نص قانوني صادر عن البرلمان بموجب الفصل 71 من الدستور "يختص القانون، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية... النظام الضريبي، ووعاء الضرائب، ومقدارها وطرق تحصيلها[1660].....

إن الإجراءات الإدارية التي أقرها القانون الجبائي لتسوية النزاع القائم بين المكلف بالضريبة وإدارة الضرائب تعد من الإجراءات القانونية لفك النزاع الناشئ وديا، أي مخاصمة القرار الصادر في حق المكلف أمام نفس الجهة الإدارية المختصة التي أصدرته، حيث منح المشرع للمكلف حق الطعن فيه أمامها، وذلك من خلال تقديم تظلمه الإداري المسبق وفقا لشروط وآجال محددة قانونا، وهذا التظلم أقره المشرع كضمانة للمحافظة على حقوق المكلف، كما يعد من الإجراءات الجوهرية، وأي إخلال بها يعد مخالفا للنظام العام، كما أعطى له حق الاعتراض على إجراءات التحصيل التي تعد من بين الضمانات الممنوحة للمكلف من قبل المشرع الجبائي أمام القضاء.

إن ارتفاع النزاعات الضريبية يثقل كاهل الإدارة الجبائية من خلال الوقت المخصص لمعالجة هذه النزاعات وليس الأمر مرتبط فقط بعدد النزاعات الضريبية، إذ أن تماطل الإدارة الضريبية بالفصل فيها أو الفصل بالرفض الكلي سوف ينعكس على أداء النظام الضريبي، وكل ذلك يزعزع الثقة في الإدارة الضريبية، ويولد الكراهية بينها وبين المكلفين بأداء الضريبة، كما أن طول مدة الفصل في النزاع الضريبي ومقابلة طلبات الطعون بالرفض يزيد من العدائية بين المكلف بالضريبة والإدارة الضريبية صاحبة الولاية والاختصاص كمرحلة أولى بالفصل في النزاع الضريبي.

إن العدالة مبدأ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها أي نظام ضريبي، فكثرة النزاعات بين المكلف والإدارة سواء كانت ناتجة عن حالات العسر التي تلحق بالمكلف أو من خلال النزاعات المرتبطة بالوعاء والتحصيل، ناهيك عن الإقرار بالرفض الكلي لطلباته حتما سوف يأجج الكراهية اتجاه الضريبة والإدارة الضريبية.

ولعل دعوى الاسترداد الضريبي التي هي واحدة من أهم الدعاوى التي يتغيأ من خلالها الملزم الضريبي أو الذي كان حسب الإدارة الضريبية ملزما ضريبيا الحصول على ما سبق أن أداه لإدارة الضرائب أو للخزينة العامة للمملكة تحتل نسبة مهمة من بين الدعاوى المفروضة على الإدارة الضريبية، والتي تتطلب كغيرها من الدعاوى ضرورة أن تفرغ وفق شروط العامة وقواعد تتبع فيها، إضافة إلى شروط خاصة.

1660 - جميلة دليمي، العمل البرلماني في المادة الضريبية بين الفعالية والمحدودية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية عدد خاص- نونبر 2021، الضريبة والمالية العمومية بالمغرب، ص: 12

إذ أنه قد يحصل أن يثرى شخص على حساب شخص آخر فتزداد ذمته المالية، بينما تنقص الذمة المالية لغيره، وهذا الإثراء إما أنه يستند إلى سبب فيكون مشروعا لا غبار عليه، أو أنه لا يستند إلى أساس قانوني فيعتبر إثراء بلا سبب ويترتب عليه إلزام المثري بالإرجاع بعد أن يرفع المفتقر دعوى الاسترداد.[1661]

ويعد الاسترداد التكريس الحقيقي والعملي لمبدأ الخصم، وهو ما يمكننا من تلمس نية الإدارة الجبائية على مستوى وسائل الإنتاج، والاسترداد هو استثناء على الأصل سواء في قانون 85.30[1662] أو بمقتضى قانون المالية رقم 06.43 للسنة المالية 2007[1663] المحدث للمدونة العامة للضرائب، أو المدونة العامة لسنة 2010أو لسنة 2013[1664] أو لسنة 2014، نظرا لتخوف المشرع مما قد يحدثه من خلل في ميزانية الدولة[1665]، إذ أنه وسيلة بواسطتها ترجع الإدارة الضريبية للملزم الخاضع للضريبة الفرق بين الضريبة المفروضة والضريبة المخصومة[1666] متى كان هذا الفرق سلبيا[1667].

وتظهر الأهمية التي يكتسيها البحث في المسطرة القضائية لدعوى الاسترداد الضريبي في الإشكالية المحورية المتجلية في إلى أي حد يمكن القول أن لدعوى الاسترداد الضريبي شروط مشتركة وأخرى خاصة عن الدعاوى الضريبية؟

وهي الإشكالية ذات الأسئلة الفرعية العديدة من قبيل:

ما الشروط العامة لدعوى الاسترداد الضريبي؟ وما القواعد المتبعة بشأنها؟

أي خصوصيات لشرط الأجل في دعوى الاسترداد الضريبي؟

ما هي الشروط التي تشترك فيها دعوى الاسترداد الضريبي مع الدعاوى الإدارية؟

إن مقاربة الأسئلة أعلاه، تفرض تقسيم هذه الدراسة لمبحثين نعالج في الأول الشروط العامة لدعوى الاسترداد وقواعد المتابعة فيها ثم نخصص المبحث الثاني لرصد الشروط الخاصة بدعوى الاسترداد الضريبي، وذلك حسب التصميم أدناه:

المبحث الأول: الشروط العامة لدعوى الاسترداد وقواعد المتابعة فيها

المطلب الأول: خصائص دعوى الاسترداد والشروط العامة لرفعها

الفقرة الأولى: الخصائص العامة لدعوى الاسترداد الضريبي

أولا: مسطرة دعوى الاسترداد كتابية وتفتيشية

ثانيا: مسطرة دعوى الاسترداد توجيهية

الفقرة الثانية: خصوصيات التظلم في دعوى الاسترداد

أولا: حالات اشتراط التظلم

1661 - سناء نجاح، إجراء المقاصة في إطار الاقتطاعات غير المستحقة للإدارة الضريبية من التعويضات الممنوحة عن المغادرة الطوعية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية عدد خاص- نونبر 2021، الضريبة والمالية العمومية بالمغرب، ص: 117

1662 - ظهير شريف رقم 1.85.347 صادر في 7 ربيع الآخر 1406 (20 ديسمبر 1985) بتنفيذ القانون رقم 30.85 بفرض الضريبة على القيمة المضافة الجريدة الرسمية عدد 3818 بتاريخ فاتح يناير 1986

1663 - الظهير الشريف رقم 1.06.232 بتاريخ 10 ذي الحجة 1427 (31 ديسمبر 2006) بتنفيذ قانون المالية رقم 43.06 للسنة المالية 2007 الجريدة الرسمية عدد 5487-11 ذو الحجة 1427(فاتح يناير 2007).

1664 - المدونة العامة للضرائب المحدثة بموجب المادة 5 من قانون المالية رقم 43.06 للسنة المالية 2007 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.232 بتاريخ 10 ذي الحجة 1427 (31 ديسمبر 2006)، الطبعة السابعة 2013، ص: 259.

1665 - Ahd iraqi, Dans les entrailles du Fisc, Revue Tel quel N°252, 22 Décembre, 2006, P :46

1666- سفيان أدريوش، جبائية رقم أعمال الشركة (الضريبة على القيمة المضافة) ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 23، دار النشر المغربية الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2001، ص 67.

1667 - سناء نجاح: صور دعوى الاسترداد الضريبي وسؤال الأمنين القانوني والقضائي، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 21، أكتوبر 2021، ص: 97

ثانيا: حالة عدم اشتراط التظلم في دعوى الاسترداد الضريبي

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى

الفقرة الأولى: المدعي في دعوى الاسترداد الضريبي

الفقرة الثانية: المدعى عليه في دعوى الاسترداد

المبحث الثاني: الشروط الخاصة بدعوى الاسترداد الضريبي

المطلب الأول: شرط الأجل في دعوى الاسترداد الضريبي

الفقرة الأولى: أجل رفع دعوى الاسترداد إلى القضاء

الفقرة الثانية: أجل رفع طلب الاسترداد الضريبي إلى الإدارة

المطلب الثاني: الشروط التي تشترك فيها دعوى الاسترداد الضريبي مع الدعاوى الإدارية

الفقرة الأولى: عريضة دعوى الاسترداد الضريبي

الفقرة الثانية: الرسوم القضائية في دعوى الاسترداد الضريبي

المبحث الأول: الشروط العامة والخاصة لدعوى الاسترداد وقواعد المتابعة فيها

عمل المشرع على تمتيع المدين بمجموعة من الدعاوى التي تمكنه من منازعة الإدارة أمام القضاء، منها على سبيل المثال دعوى الاسترداد[1668]، هذه الأخيرة التي تستلزم كغيرها من الدعاوى توفر شروط شكلية تحت طائلة عدم القبول، والتي تتجلى في الصفة والمصلحة والأهلية، إضافة لتحديد الطرف المدعى عليه، وهو ما سنقاربه من خلال هذا المبحث عن طريق تقسيمه لمطلبين نعالج في الأول خصائص دعوى الاسترداد، على أن نعالج في المطلب الثاني الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى.

المطلب الأول: خصائص دعوى الاسترداد

نتجت دعوى الاسترداد كسبب للتباين الموجود بين طبيعة الروابط التي تنشأ فيما بين الإدارة الضريبية والأفراد الذين يرفعونها وهو ما فرض علينا الحديث عن خصائص هذه الدعوى أمام القضاء الإداري، والتي هي بصفة عامة الكتابية، التفتيشية، التواجهية، ثم عدم اشتراط التظلم في حالة المنازعة في صفة رافع دعوى الاسترداد.

الفقرة الأولى: الخصائص العامة لدعوى الاسترداد الضريبي

تتجلى تلك الخصائص في أن مسطرة دعوى الاسترداد كباقي المنازعات الإدارية يشترط تحت طائلة عدم قبولها أن تكون مسطرتها كتابية، إضافة للدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي الإداري في توجيه أطرافها وللطابع التفتيشي الذي تتميز به.

أولا: مسطرة دعوى الاسترداد كتابية وتفتيشية

تتميز دعوى الاسترداد بخاصية الطابع الكتابي والتفتيشي، إذ لا يمكن أن ترفع المنازعة في دعوى استرداد الضرائب التي سلبت من المعني بالأمر بدون وجه حق بطريقة شفوية، أو بدون أي دور إيجابي للقاضي الإداري، وهو ما سنتناوله في النفطة الأولى، على أن نشير في النقطة الثانية للدور التوجيهي الذي يطغى على مسطرتها.

1668 - نجيب جيري، المنازعات الضريبية: النظام القانوني وإشكالياته التطبيقية على ضوء القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية، مجلة الحقوق المغربية، مجلة قانونية تصدر كل نصف سنة، فقه المنازعات الإدارية، سلسلة متخصصة في مجال العلوم والمنازعات الإدارية، العدد الأول 2011، ص: 117

1- الطابع الكتابي لدعوى الاسترداد الضريبي

تشترط دعوى الاسترداد أن تكون مسطرتها كتابية، وذلك نظرا لكونها تندرج ضمن المنازعات الضريبية التي تتميز بعدة حسابات وأرقام ومستندات[1669].

وقد تكرست المسطرة الكتابية في هذه الدعوى بعد تعديل الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية، حيث استثنى هذا الأخير القضايا الضريبية ومن ضمنها دعوى الاسترداد الضريبي من اللائحة التي تضمنها على سبيل الحصر والتي تطبق فيها المسطرة الشفوية، وتأكد هذا التوجه أكثر بموجب المادة الثالثة من القانون المنظم للمحاكم الإدارية، التي تنص على أن القضايا الضريبية ترفع إلى المحكمة الإدارية بمقال مكتوب[1670].

وهو ما تزكيه كذلك كل الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية والقرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية، ومنها حكم المحكمة الإدارية بالرباط[1671] الذي جاء في مستهل وقائعه ما يلي:

" بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدم به المدعي بواسطة محاميه إلى كتابة ضبط هذه المحكمة" وكذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[1672] الذي جاء في مستهل وقائعه ما بيلي:

"بناء على المقال الاستئنافي المقدم بتاريخ 13/05/2008 من طرف مديرية الضرائب ضد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط"[1673].

2- الطابع التفتيشي لدعوى الاسترداد الضريبي

تتميز دعوى الاسترداد بالدور الموكول للقاضي الإداري، الذي يلعب دورا إيجابيا في توجيه أطراف القضية وفي تنظيم دعوى الاسترداد، إذ يتولى هذه المهمة القاضي المقرر الذي يعينه رئيس المحكمة الإدارية بمجرد تسجيل مقال الدعوى، حيث يحيل إليه ملف القضية ويطبق القاضي المقرر أحكام الفصول 329 و333 إلى 336 من قانون المسطرة المدنية على الإجراءات التي يقوم بها[1674].

وبدوره فالقاضي المقرر يقوم بتبليغ المقال الافتتاحي للطرف المدعى عليه الذي هو الإدارة الضريبية أو الخزينة العامة مع إعلامه بوجوب تقديم مذكراته الدفاعية والمستندات التي يود الاستناد عليها وذلك قبل الجلسة المقبلة التي يعين تاريخ انعقادها، وبعد إتمام الدعوى واعتبارها جاهزة يصدر القاضي المقرر أمرا بالتخلي عن الملف، ويعين تاريخ إدراج القضية في الجلسة.

وهو ما يوضحه كل من الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط[1675] والقرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[1676]، اللذان يجسدان بدورهما الطابع التفتيشي لمسطرة استرداد ما حصل بغير وجه حق، ويبرز الدور الإيجابي للقاضي المقرر.

1669 - حياة البجدايني، قواعد التقاضي في المادة الضريبية، دراسة نماذج من المنازعات الجبائية والإشكاليات المطروحة في الميدان العملي خلال مراحل الوعاء والتصفية والتحصيل، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة دراسات قضائية، الإصدار الثالث فبراير 2010، توزيع دار الآفاق بالدار البيضاء، ص: 280.

1670 - عبد الله التيعلاتي، الوجيز في النزاعات الضريبية، دار النشر الأحمدية، دار العمدة للطبع، توزيع المؤتمن الدار البيضاء، ص: 146

1671 - الحكم عدد 138، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2009/01/22، غير منشور.

1672 - القرار عدد 1779، الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2010/12/30، غير منشور.

1673 - الحكم عدد 2091، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/10/23، غير منشور.

1674 -المادة 4 من القانون رقم 90-41 المتعلق بإنشاء المحاكم الإدارية، الصادر بموجب الظهير رقم 1-91-225 المؤرخ في 22 ربيع الأول 1914(10 دجنبر 1993).

1675 - الحكم عدد 2919، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/07/24، غير منشور.

1676 - القرار عدد 1145، الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2011/04/24، غير منشور.

ثانيا: مسطرة دعوى الاسترداد توجيهية

تتمثل الخاصية التوجيهية في عملية تبادل المذكرات بين المعني بالأمر والإدارة الضريبية في جميع مراحل الدعوى، إلى أن يقفل باب المرافعة، ويتم الاطلاع على المستندات والأوراق[1677] التي يتكون منها ملف دعوى إرجاع ما حصل بغير وجه حق، وعلى ضوء ذلك يلتزم القاضي بالفصل في الدعوى[1678].

بالإضافة إلى ذلك فإنه يمكن للقاضي أن يلجأ إلى طريقة أخرى وهي استدعاء الأطراف للحضور إلى جلسات البحث التي تعقدها المحكمة-وهو ما سنعود للحديث عنه في الفصل الثاني-، والتي أصبحت تكتسي أهمية بالغة في تحديد مصير الدعوى وتوجيه مسارها، مادام أنه خلال الجلسة تتاح لكل طرف إمكانية تقديم توضيحات بشأن المعلومات الواردة في المستندات المودعة في الملف[1679].

وهو ما أشار له الحكمين[1680] الصادرين عن المحكمة الإدارية بالرباط[1681] اللذان أجرى فيهما القاضي المقرر بحثا بمكتبه تلته مستنتجات بعد البحث، إضافة لما تضمنه القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط[1682] إذ جاء فيه " ...بناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2010/02/26 وبناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها...".

الفقرة الثانية: خصوصيات التظلم في دعوى الاسترداد

تتميز دعوى الاسترداد بعدم اشتراط التظلم إذا نازع المدين في صفته كملزم مع إلزامية مباشرته في باقي المنازعة المتعلقة بدعوى الاسترداد، وهو ما سنتناوله في النقطتين أدناه.

أولا: حالات اشتراط التظلم

للملزم الحق في الاعتراض على تدخلات الإدارة الضريبية بواسطة التظلم[1683] الذي يعتبر طلبا يستهدف من ورائه استعطافها لتخفيض مبلغ الضريبة أو الإعفاء منها كليا أو جزئيا نتيجة ظروفه المعسرة[1684].

وهو ما أشار له كل من الأستاذ محمد قصري الذي أكد أن المنازعة الجبائية في التشريع المغربي لا ترفع مباشرة إلى القضاء بل لا بد من أن تسبقها مرحلة التظلم الإداري، لتمكين الإدارة من فرض رقابة على أعمالها وتصحيحها[1685]، إضافة للأستاذ مشيش الشهبي الذي يرى أن التظلم الإداري إجراء أقره المشرع المغربي من خلال مدونة التحصيل رقم 97-15 كقناة رضائية لفض النزاع بين الملزم والإدارة، وهو نفس ما ذهب إليه كل من الأستاذ حزيكر[1686] والأستاذ عبد الرحمان أبليلا[1687] حينما أكدا أن الأمر يستدعي طرح المنازعة على جهة الإدارة التي تتوفر أكثر من غيرها على جميع المعطيات الواقعية والبيانات اللازمة وعلى الملف الخاص

1677 - ينص الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية على أنه" يمكن للأطراف أو لوكلائهم الاطلاع على مستندات القضية كتابة دون نقلها".

1678 - أشركي أفقير عبد الله، التنظيم القضائي المغربي، 2005، ص: 126.

1679 - عذراك اسماعيلي، المنازعات الجبائية في مجال التحصيل أمام المحكمة، نموذج المحكمة الإدارية بالرباط، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، ماستر العلوم القانونية، السنة الجامعية 2009-2010، ص: 34.

1680 - الحكم عدد 1231، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/06/04، غير منشور

1681 - الحكم عدد 1249، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/06/07، غير منشور

1682 - القرار عدد 1686، الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2011/05/30، غير منشور.

1683 - أعمال الندوة الوطنية حول المنازعات الضريبية، 4 و5 دجنبر 2009، عدد خاص لمجلتي القسطاس والزيتونة، مطبعة سلسبيل في يوليوز 2010، ص: 26.

1684 - العربي الكزداح، الطعون الجبائية في ظل المحاكم الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق وحدة علم الإدارة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2003-2004، ص: 193.

1685 - محمد قصري، المنازعات الجبائية المتعلقة بربط والتحصيل الضريبي أمام القضاء الإداري، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 2009، ص:11

1686 - عبد الرحيم حزيكر، إشكالية تحصيل الضرائب بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004، ص:291.

1687 - عبد الرحمان أبليلا، رحيم الطور، تحصيل الضرائب والديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة قانون 97-15، مطبعة الأمنية 2004، ص 115.

بالمشتكي، ومن جهته أكد الأستاذ محمد شكيري أن الواقع العملي والنصوص القانونية المقررة تفيد أن الاسترداد لا يتم تلقائيا من طرف الإدارة بل بناء على طلب المدين إذا ثبت أنها ضريبة إضافية أو مزدوجة أوفي غير محلها أو نتيجة خطأ ما ارتكبته الإدارة[1688].

وبدوره أكد الأستاذ عبد الغني خال أن الحالات التي تستدعي من الملزم تقديم طلب لاسترجاع مبالغ مالية سبق له أن أداها إلى محصل الضريبة متنوعة، بعضها يتطلب تقديم الطلب إلى مدير الضرائب، وبعضها يجب تحريره على نموذج تقدمه الإدارة وبعضها لا يتطلب ذلك، ذلك أنه إذا تعلق الأمر بمجرد خطأ في دفع الضريبة، كأن يدفع الملزم قدرا كبيرا من القدر المطلوب أو يؤدي الضريبة عن إعلامين في نفس الموضوع، فإنه في هذه الحالة يكتفي بتقديم طلب استرجاع أمام القابض الذي غالبا ما يرتب فائض الضريبة في خانة المبالغ المقبوضة خطأ أو خانة مبالغ محتفظ بها RECETTES A CLASSER، لكن الحالات الأكثر إشكالا هي التي تتعلق بانتفاء حق الإدارة في استخلاص الضريبة مما يستدعي استرجاع المبالغ المحصلة مع مراعاة الأجل المحدد لهذا الاسترجاع، وهو ما يستدعي تقديم طلب تصريح باسترجاع مبالغ ضريبية تم تصفيتها خطأ أو انتفى الأساس الذي أسست عليه[1689].

وعموما، فقد تضمنت المدونة العامة للضرائب وفق قانون المالية لسنة 2014 الإشارة إلى استرداد الضريبة المحجوزة في المنبع، وأكدت أن الخاضع للضريبة يستفيد بعد تقديمه للمطالبة الإدارية من اللجوء للقضاء لاسترداد الضريبة[1690]، أما فيما يتعلق باسترداد الضريبة على القيمة المضافة فجاء في المادة 240 من المدونة العامة للضرائب عبارة أن "الخاضعون للضريبة يقدمون طلبا لاسترداد الضريبة ويوجهونه إلى الوزير المكلف بالمالية أو الشخص الذي يفوض إليه ذلك، والذي يبث في الأمر مع مراعاة الطعن المقدم إلى المحاكم[1691]"، وهو نفس ما أشار إليه التشريع التونسي في الفصل 29 حيت جاء فيه : " تقع المطالبة بالاسترجاع بتقديم مطلب كتابي للمصالح الجبائية المختصة مقابل وصل في التسليم"[1692].

أما فيما يتعلق باسترداد واجبات التسجيل فقد تضمنت المادة 241[1693] من المدونة العامة للضرائب عبارة طلب الاسترداد، كإشارة إلى أن استردادها يكون عن طريق الطلب التمهيدي وينبغي أن يبين في الطلب ما إذا كان تحصيل الواجبات المراد استردادها ناتج عن خطأ العون المكلف بالتسجيل أو نتيجة خطأ الأطراف أو مرده إلى أحداث لاحقة لنشوء العقد، مع تدعيمه في الحالتين الثنية والثالثة بكل الوثائق اللازمة لذلك، ويقدم الطلب على ورق مدموغ ويوجه إلى رئيس الإدارة المركزية إما مباشرة أو عن طريق قابض التسجيل بالمكتب الذي قام بتسجيل العقد[1694]، بالرغم من أن السمة الغالبة في العمل الإداري الذي يقوم به مفتش الضريبة والمطبوع بالمسؤوليات المكثفة تجعله غالبا ما لا يلتفت إلا إلى الطلبات التي يوجهها الملزم في هذا الصدد[1695].

أما فيما يخص حالة المطالبة بالأثاث وغيره من المنقولات المحجوزة وحالة طلب فصل أشياء غير قابلة للحجز[1696]، فالمحكمة توجب ضرورة تقديم التظلم من طرف المدعي تحت طائلة عدم القبول قبل رفع الدعوى أمام القضاء، وهو ما أكده الحكم الصادر

1688 - محمد شكيري، القانون الضريبي المغربي دراسة تحليلية ونقدية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الثانية 2005، ص: 195.

1689 - عبد الغني خالد، المسطرة في القانون الضريبي المغربي، مطبعة دار النشر المغربية عين السبع الدار البيضاء، طبعة 2002، ص: 344.

1690 - المادة 174، المدونة العامة للضرائب وفق قانون المالية لسنة 2014، مرجع سابق، ص:236

1691 - المادة 240، المدونة العامة للضرائب وفق قانون المالية لسنة 2014، مرجع سابق، ص:299

1692 - سامي بن فرحات، مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية مثراة بالتعاليق، سلسلة المكتبة القانونية، تونس، 2002، ص:43.

1693 - المادة 241، المدونة العامة للضرائب وفق قانون المالية لسنة 2014، مرجع سابق، ص:299

1694 - يحي الصافي، الوجيز في نظرية وتطبيق ضريبة التسجيل بالمغرب، سلسلة القانون الضريبي، الهلال العربية للطباعة والنشر، 1999، ص: 239

1695 - عبد الغني خالد، مرجع سابق، ص:344.

1696 - محمد السماحي، مسطرة المنازعة في الضريبة، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، 2003، ص:165

عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء1697، المؤيد بقرار صادر عن محكمة النقض1698، حينما قضى بعدم قبول طلب دعوى استحقاق المحجوز لعدم مراعاة رفع التظلم.

وكذلك الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس الذي قضى بعدم قبول طلب الاسترداد لعدم احترام المدعي لمسطرة المطالبة بإخراج المنقولات من الحجز1699.

أما المجلس الأعلى فأوضح بدون تردد أن هذا التظلم إلزامي1700 من خلال أحد قراراته، إذ أشار إلى أن الحكم المستأنف كان على صواب عندما صرح بعدم قبول دعوى استحقاق المحجوز لعدم مراعاة رفع التظلم.

وعموما، يلاحظ أن هذا الشرط يندرج ضمن القواعد الآمرة التي هي من النظام العام، وما يؤكد ذلك هو نص المشرع في المادة 121"يجب" التي تفيد الجبر1701.

وهو نفس المنحى الذي سلكه كل من المشرع التونسي1702، الذي أكد بدوره على إجبارية تقديم الطلب1703 الذي يوجه لرئيس الإدارة التي ينتمي إليها المحاسب1704 المكلف بالتحصيل أو من يمثله، مدعمة بجميع الحجج وذلك بالبريد المضمون مع الإشعار بالتوصل1705، والمشرع الجزائري1706 الذي أشار إلى أن للمكلف بالضريبة المطالبة باسترداد المحجوزات بتقديم طلب للمدير الولائي للضرائب كمرحلة أولى التي تعد إجراء إلزاميا1707.

لكن مع ذلك يؤخذ على المشرع المغربي عدم نصه على طلبات استرداد العقارات المثارة من الغير رغم أهميتها، لأنها قد تكون في بعض المناسبات محلا للحجز1708.

ثانيا: حالة عدم اشتراط التظلم في دعوى الاسترداد الضريبي

إن المنازعة في صفة الملزم تكون في حل من سلوك مسطرة التظلم، وهو ما سار عليه العمل القضائي1709، إذ لا يعقل أن تكون الإدارة قد فرضت على الملزم ضريبة غير خاضع لها أساسا ويسحب منه القانون حق المنازعة في عدم شرعيتها، بمجرد أنه لم يمارس التظلم الإداري.

وعموما، فنحن نتفق مع الرأي الذي لا يلزم بسلوك المسطرة السالفة الذكر فيما يخص منازعة المعني في صفته كملزم، ونشير إلى أن هذه ضمانة أخرى منحت لرافع دعوى الاسترداد الذي ينازع في صفته كملزم، ومع ذلك تظل هذه الضمانة استثناء على المبدأ

1697 - الحكم عدد 241-2001، صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2001/12/05، غير منشور

1698 - القرار عدد 216، الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2003/04/10، غير منشور.

1699 - الأمر عدد 87-2002، صادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2002/05/15، غير منشور

1700 - أحمد جواهري، التحصيل الجبري للديون العمومية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2010-2011، ص: 196.

1701 - عبد اللطيف العمراني، مراد الخروبي، الإصلاح الجديد في ميدان تحصيل الضرائب والديون العمومية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 22.2000، ص:162.

1702 - المادة 320 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بتونس، قانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 5 أكتوبر 1959، يتعلق بإدراج المرافعات المدنية والتجارية.

1703 - محمد أوكيل تحصيل الضرائب والديون على ضوء المدونة الحالية، سلك التكوين في التدبير الإداري، بحث نهاية التكوين بالمدرسة الوطنية للإدارة، ص: 24

1704 - عبد الرحمان أبليلا، رحيم الطور، مرجع سابق، ص":130.

1705 - عبد العزيز شموري، حجز وبيع منقولات وعقارات المدين بين قرارات المحاسب المكلف بالتحصيل وأحكام القضاء على ضوء مدونة تحصيل الديون العمومية، بحث لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري من المدرسة الوطنية للإدارة،2005-2004، ص: 34

1706 - فضيل كوسة، منازعات التحصيل الضريبي في ضوء اجتهادات مجلس الدولة، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، ص: 690.

1707 - العيد الصلحي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجبائية، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2011، ص: 146.

1708 - عبد الرحيم حزيكر، مرجع سابق، ص: 295

1709 - مصطفى زاهر، الإجراءات الشكلية في المنازعة الضريبية المطالبة والضمانة نموذجا، الإشكاليات القانونية والعملية في مجال الضريبة، دفاتر المجلس الأعلى، عدد 16، طبعة 2011، ص: 321.

العام الذي يلزم بضرورة التظلم المسبق، وسندنا في ذلك بالنسبة للنقطة الثانية حجتين، الأولى هي أن مدونة تحصيل الديون العمومية حينما أكدت في المادة 120 منها على أنه : " ترفع المطالبات المتعلقة بإجراءات التحصيل الجبري تحت طائلة عدم القبول، إلى رئيس الإدارة التي ينتمي إليها المحاسب المكلف بالتحصيل المعني أو إلى من يمثله، داخل أجل ستين يوما (60) الموالي لتاريخ تبليغ الإجراء، مدعمة بالمستندات التي تثبت تكوين الضمانات..."[1710] لم تقصد بنصها دعوى الاسترداد ما دامت لا تدخل ضمن إجراءات التحصيل بل كانت تنص على الإنذار والحجز والبيع، ومن ثم فدعوى الاسترداد المتعلقة بالمنازعة في الصفة لم تكن مشمولة بمنطوق المادة 120 السالفة الذكر أي أنها لا تتقيد بالتظلم الإداري.

أما الحجة الثانية فتتجلى في الأحكام القضائية المتعددة، نورد على سبيل المثال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط[1711] الذي أكد أن المدعي في نازلة الحال أسس طلبه على استرجاع مبلغ الضريبة المفروضة عليه على المنازعة الجدية في صفته كملزم بالضريبة المذكورة(على الدخل)، باعتبار أن الدخل المفروضة عليه يعتبر معفيا من الفرض الضريبي ولا يدخل ضمن الدخول المفروضة عليها الضريبة على الدخل، الأمر الذي يكون معه غير مخاطب بمقتضيات المادة 114 أعلاه الموجبة لمسطرة التظلم، فيبقى بالتالي في حل منها"، ثم الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط[1712] الذي قضى بإرجاع الخزينة العامة للضرائب لفائدة المدعي 99.990,00 درهم رغم عدم سلوكه لمسطرة التظلم الإداري لأن مقتضيات المادة 120 المذكور تخاطب الملزمين الذين ينازعون في مسطرة التحصيل".

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى

أكد الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية أنه لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه.

ولعل من البديهي القول بداية أن دعوى استرداد غير المستحق كغيرها من الدعاوى تتوفر على طرفين، أحدهما مدعي والآخر مدعى عليه، وإذا كانت الإدارة الضريبية في بعض الحالات مدعية[1713] فإنها في كل حالات دعاوى الاسترداد تكون مدعى عليها، لأنها تحتكر سلطة التنفيذ المباشر.

وعليه، سنخصص النقطة الأولى للحديث عن توفر شروط الاسترداد في الطرف المدعي، ثم نخصص النقطة الثانية لتوفرها في الطرف المدعى عليه.

الفقرة الأولى: المدعي في دعوى الاسترداد الضريبي

لقد اعتبر المشرع المغربي أن الشروط السالفة الذكر من النظام العام يمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه ويصدر حكما بعدم القبول[1714]، لأجل ذلك فالقضاء لا يقبل دعوى الاسترداد إلا من شخص فرضت عليه الضريبة أو استخلصت منه شخصيا[1715] أو من المالك الأصلي لما قامت الخزينة العامة بتحصيله، ومن تم على المدعي أن يستجيب لهذه الصفة[1716]، أما إذا كان الطاعن شخصا معنويا كالشركات فإن الطعن لا يمكن أن يرفع إلا باسم من يمثلها قانونا أي باسم مجلس إدارة الشركة أو مديرها العام[1717].

1710 - الفقرة الأولى من المادة 120 من القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، الصادر الأمر بتنفيذه بموجب الظهير الشريف رقم 1.00.175 صادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000)

1711 - الحكم عدد 29، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2006/01/05، غير منشور

1712 - الحكم عدد 237، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2015/01/28، غير منشور

1713 - كمثال على ذلك الطعن الذي تتقدم به إدارة الضرائب ضد مقررات اللجان الضريبية.

1714 - عبد اللطيف خالفي، الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية رصد لمبادئ وقرارات المجلس الأعلى، المطبعة الوطنية مراكش، طبعة 2004، ص:75.

1715 -fikri elkbir : le pqrlement marocain et les finances de l'etat. Edition afrique. Orient. 1998.p :68

1716 - طلعت محمد دويدار، دعوى استرداد المنقولات المحجوزة، دار الجديدة للنشر الإسكندرية، 2009، ص: 16

1717 - كريم لحميم، طرق تسوية المنازعات الضريبية محاولة في التحليل، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المنازعات، جامعة مولاي إسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2008-2009، ص: 137.

ISSN:2509-0291

كما يجب أن يتوفر رافع دعوى الاسترداد على الأهلية القانونية لممارسة حقه في الطعن القضائي، وذلك ببلوغه سن الرشد القانوني الذي هو 18 سنة شمسية كاملة، أما بالنسبة للشخص المعنوي فالأهلية تقتضي أن يكون متمتعا بالشخصية المعنوية[1718]، وفي اعتقادنا أن شرط الأهلية يبقى دائما مفترض في دعوى الاسترداد ولا يثير إشكالات كبيرة.

وعلى غرار الشروط الآنفة الذكر، تعد المصلحة المتمثلة في الفائدة التي سيجنيها رافع دعوى الاسترداد الضريبي من خلال رفعها[1719]، والمتجلية عادة في الحصول على تعويض مادي[1720] ركنا أساسيا لقيام الحق في دعوى الاسترداد، إلا أنه من المبادئ المستقرة في مجال التقاضي أن المصلحة مناط كافة الدعاوى[1721] ومنها دعوى استرداد غير المستحق التي تعد إحدى صور دعوى الإثراء بلا سبب.

وفي اعتقادنا أنه من غير المعقول أن يعمد طالب الاسترداد إلى رفع الدعوى دون أن يكون له غرض جدي يسعى إليه وهو حصوله على ما دفعه سابقا لإدارة الضرائب أو للخزينة أو لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة دون أن يكون ملزما بدفعه.

الفقرة الثانية: المدعى عليه في دعوى الاسترداد

ألزمت معظم التشريعات مصلحة الضرائب برد المبالغ الزائدة على مبلغ الضريبة[1722] كالتزام يقع على عاتقها[1723]، والطرف المدعى عليه في دعوى الاسترداد الضريبي يتوزع بين إدارة الضرائب والخزينة العامة وإدارة الجمارك، فما الجهة التي يحق لها تمثيل إحداها أمام المحكمة؟

بما أن نص المادة 115 من قانون المسطرة المدنية (المحال عليه بموجب المادة 7 من قانون المحاكم الإدارية يؤكد أن الدعوى ترفع ضد "...الخزينة العامة للمملكة في شخص الخازن العام للمملكة، ومديرية الضرائب في شخص مدير الضرائب فيما يخص النزاعات المتعلقة بالقضايا الجبائية التي تدخل في اختصاصها[1724]، فإن دعوى الاسترداد الموجهة ضد مديرية الضرائب وجب أن توجه ضد مدير الضرائب[1725]، وإلا كانت عرضة لعدم القبول[1726]، وهو ما أكده الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط[1727] الذي ألزم مديرية الضرائب بإرجاع المدعي ما قيمته 28.700,00 درهم، أما دعوى الاسترداد الموجهة ضد الخزينة العامة –باعتبارها المكلفة بالتحصيل[1728]- فيتحتم رفعها ضد الخازن العام، وهو ما قضى به الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط[1729]، أما دعوى الاسترداد الموجهة ضد إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة[1730] فترفع في مواجهة مدير الجمارك

1718 - حنان كيكي، إشكالية علاقة الملزم بالإدارة الضريبية، طبعة 2010، ص: 189.

1719 - أحمد قليش ومحمد زنون، المنازعة الجبائية المحلية، سلسلة المعارف العلمية في الشرح العملي للمنظومة الجبائية، الكتاب الثالث، 2014، ص: 162.

1720 - عبد الكريم الموساوي، القواعد الإجرائية أمام المحاكم الإدارية، مطبعة البيضاوي، طبعة 2012، ص: 123.

1721 - نواف كعنان، القضاء الإداري، دار الثقافة القاهرة، 2002، ص: 198

1722 - عبد العزيز سليم، الأعمال الإجرائية والتطبيقية والعملية أمام الضرائب وصيغ الدعاوى والاعتراضات والطعون المرتبطة بها في ظل أحكام الضريبة الموحدة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1993، ص: 72.

1723 - عبد الله التيعلاتي، الوجيز في النزاعات الضريبية، دار النشر الأحمدية، دار العمدة للطبع، توزيع المؤتمن الدار البيضاء، ص: 123

1724 - أضيفت للفصل 515 من قانون المسطرة المدنية، بمقتضى القانون رقم 01-48 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 11/2/2002 بتاريخ 2001/1/29، المنشور بالجريدة الرسمية رقم: 4977.

1725 - عبد العزيز اليونسي، المنازعات القضائية في ميدان التحصيل، دراسة منشورة في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 14، السنة 2006، ص: 97.

1726 - عبد الكريم الموساوي، مرجع سابق، ص: 131.

1727 - الحكم عدد 10، صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2009/01/12، غير منشور

1728 -mimoun lmimouni.les pouvoirs du trésorier général au maroc. Mémoire de diplôme d'études supérieure en droit public.faculté des sciences juridique economiques et sociales de rabat.1986.p : 2.

1729 - الحكم عدد 598، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2008/04/10، غير منشور

1730 - الحكم عدد 532، صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2006/06/19، غير منشور

ISSN:2509-0291

والضرائب غير المباشرة وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بوجدة[1731] حينما أكدت أنه بعد القول بسقوط مطالبة إدارة الجمارك باستخلاص الرسوم التكميلية موضوع بيان التصفية المقرر إلغاؤه يكون ما أدته المؤسسة الطاعنة لقابض الجمارك في إطار وسائل التنفيذ الجبري بعد تقادم المطالبة به مستخلص بغير وجه حق ومن تم يبقى الطلب حول استرداده مؤسس.

لكن أغلب المدعين أو وكلائهم لا ينتبهون إلى الجهة التي ينبغي رفع دعوى الاسترداد في مواجهتها، فنجد أن أغلب المقالات الافتتاحية تتضمن لائحة من الجهات الإدارية[1732] بدءا من رئيس الحكومة ووزير المالية ومدير الضرائب والخازن العام للمملكة بالرغم من أن فصول قانون المسطرة المدنية واضحة في هذا الشأن[1733]، وهو ما يتضح من خلال استقراء الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط[1734] الذي رفعت دعواه ضد السيد قابض قباضة تمارة، ومديرية الضرائب في شخص المدير العام للضرائب، والخزينة العامة للمملكة في شخص السيد الخازن العام للمملكة، ووزارة المالية والاقتصاد في شخص السيد وزير المالية والاقتصاد، وهو الحكم الذي قضى في منطوقه بإرجاع المديرية العامة للضرائب لفائدة المدعي مبلغ مائة وثلاثة وعشرون ألف وسبعمائة وخمسة دراهم وتسعة وعشرون سنتيما.

ومنه، يمكن القول إنه لولا توفر شروط الدعوى في رافعها من أهلية وصفة ومصلحة لما تم قبولها من طرف المحكمة من الناحية الشكلية، وكذلك لولا توفر نفس الشروط في الجهة المدعى عليها ما كانت المحكمة لتقبلها.

المبحث الثاني: الشروط الخاصة بدعوى الاسترداد الضريبي

سيتناول هذا المبحث الشروط المتعلقة بتقديم دعوى استرداد غير المستحق، بدءا من دراسة الإجراءات السابقة لهذه الدعوى، ثم البحث عن قواعد تسجيل دعوى الاسترداد وما تتطلبه من شروط وبيانات.

وسيتم التطرق إلى المواضيع السالفة الذكر في مطلبين رئيسيين، حيث سنتناول في الأول شروط صحة دعوى الاسترداد المتمثلة في ضرورة تحريكها داخل أجل معين وإلا قضت المحكمة بعدم قبولها، وفي الثاني لشرط أداء رافعها للرسوم القضائية لصندوق المحكمة الإدارية المختصة مكانيا، ثم ضرورة تحريرها على شكل عريضة.

ولما كانت دعوى استرداد غير المستحق إحدى أهم صور القضاء الشامل فإن المشرع أقر مجموعة من الشروط التي تختص المحكمة الإدارية بالنظر فيها[1735]، وهو ما حتم علينا تناول شرط الأجل الذي تنفرد به هذه الدعوى (مطلب أول)، على أن نخصص الحديث عن الشروط التي تشترك فيها دعوى الاسترداد مع باقي الدعاوى الإدارية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: شرط الأجل في دعوى الاسترداد الضريبي

إن دعوى الاسترداد ككل الدعاوى تخضع في رفعها لأجل محدد فتسقط إن لم تباشر داخله، وهو ما سنتناوله في النقطة الأولى أن نخصص النقطة الثانية للحديث عن أجل رفع طلب الاسترداد إلى الإدارة الضريبية.

الفقرة الأولى: أجل رفع دعوى الاسترداد إلى القضاء

الأجل من الناحية القانونية هو عبارة عن مدد حددها المشرع بنص، إذ يتحتم القيام بالإجراء القانوني داخله، فيترتب عن عدم ممارسته سقوط الحق كما ينص الفصل 511 من ظهير الالتزامات والعقود[1736].

وما يثير الانتباه هو أن مدونة تحصيل الديون العمومية لم تحدد أجلا معينا يمكن للمدين اللجوء داخله إلى القضاء، على غرار ما نص عليه المشرع في المنازعات الضريبية الأخرى، حيث تشير الفقرة الأخيرة من المادة 120 من مدونة تحصيل الديون العمومية إلى

1731 - الحكم عدد 2000/305، صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 2000/04/21، غير منشور

1732 - عبد القادر التعلاتي، الضمانات الجبائية من خلال التشريع والقضاء، دار النشر المغربية، سنة 2002، ص: 27.

1733 - المحفوظ أشكر، التوازن بين حقوق الملزم وسلطات الإدارة في إطار المساطر الضريبية، رسالة لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري، بحث نهاية التكوين بالمدرسة الوطنية للإدارة، السنة الجامعية 2004، 2005، ص: 200.

1734 - الحكم عدد 5964، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/11/27، غير منشور

1735 - عبد الله حداد، تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي، الطبعة الثانية 2000، ص: 52.

1736 - الذي جاء فيه: "تحترم جميع الآجال المحددة بمقتضى هذا القانون لممارسة أحد الحقوق وإلا سقط الحق".

أنه: "...عند عدم رد الإدارة داخل أجل 60 يوما الموالي لتاريخ توصلها بالمطالبة كما في الحالة التي يكون فيها القرار غير صالح المدين يمكن لهذا الأخير رفع دعواه أمام المحكمة المختصة" وهو ما يشكل صعبات تواجه الطاعن وتجعل دعواه غير مقبولة بسبب تقديمها خارج الأجل[1737].

وقد دأب الفقه على تقسيم الآجال إلى قسمين، فالآجال من حيث الطبيعة تقسم لآجال كاملة وغير كاملة، والآجال من حيث آثارها تقسم لآجال التقادم وآجال السقوط.

وما يهمنا علة بدعوى الاسترداد هو آجال السقوط، إذ يترتب عن انقضاء ممارسة دعوى إرجاع المبالغ المدفوعة دون وجه حق بطلان الإجراء، لأن الأجل هو من النظام العام[1738] ومسترسلا[1739] ولا ينقطع إلا استثناء، وغير قابل للتمديد إلا بنص كما يقضي بذلك الفصل 139 من قانون الالتزامات والعقود، وهذا ما يفرض على الراغبين في القيام به المبادرة إلى ذلك داخل الفترة الزمنية المحددة قانونا[1740].

وإذا كانت مدونة تحصيل الديون العمومية قد أغفلت التنصيص على الآجال التي يتعين على المدين رفع دعوى الاسترداد داخلها إلى المحكمة، عكس ما أكدته بخصوص الدعوى الرامية إلى المطالبة بالأثاث وغيره من المنقولات المحجوزة، التي جعلتها مقيدة بأجل 30 يوما الموالية لتاريخ تبليغ قرار الإدارة أو انقضاء أجل 60 يوما[1741] من تاريخ توصل هذه الأخيرة بالطلب في حالة عدم جوابها[1742]، ومن ثم فإنه في حالة عدم التقيد به يضيع حق طالبه[1743]، وهو ما أشار إليه الحكم الصادر عن المحمة الإدارية بفاس إذ قضى بعدم قبول طلب المدعية لعدم تقيدها بمواعيد المسطرة الإدارية الواجبة الاحترام لاتصالها بنصوص آمرة[1744].

ومنه، يمكن القول أن موقف المدونة لا يحمل إلا معنى واحدا، وهو أن آجال رفع دعوى الاسترداد الضريبي تبقى خاضعة للقواعد العامة[1745]، التي هي 15 سنة حينما أقرتها المادة 387 بنصها على أن "كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة"[1746].

ومن الناحية العملية وفي حدود علمنا، لا توجد أي دعوى قضت المحكمة برفضها بسبب رفعها خارج أجل 15 سنة، وهو ما يفيد أن كل دعاوى الاسترداد رفعت داخل أجل 15 سنة، وهذا مستساغ لأنه لا يعقل أن يطالب المعني بالأمر بعد مرور 15 سنة بإرجاع مبالغ هي ملك له[1747].

1737 - عذراء اسماعيلي، المنازعات الجبائية في مجال التحصيل أمام المحكمة، نموذج المحكمة الإدارية بالرباط، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، ماستر العلوم القانونية، السنة الجامعية 2009-2010، ص:29.

1738 - حكيم الشرقاوي، حق الاسترداد كضمانة في مساطر صعوبات المقاولة، رسالة لنيل شهادة الماستر، السنة الجامعية 2010-2013، ص: 67.

1739 - الفصل 137 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

1740 - الحسين بويقين، إجراءات التبليغ فقها وقضاء، طبعة 2002، ص: 218.

1741 - عبد العزيز شموري، حجز وبيع منقولات وعقارات المدين بين قرارات المحاسب المكلف بالتحصيل وأحكام القضاء على ضوء مدونة تحصيل الديون العمومية، بحث لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري من المدرسة الوطنية للإدارة، السنة 2004-2005، ص: 38

1742 -المادة 121 من مدونة تحصيل الديون العمومية 97-15، مرجع سابق.

1743 - عبد اللطيف العمراني، مراد الخروبي، الإصلاح الجديد في ميدان تحصيل الضرائب والديون العمومية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 22.2000، ص: 162.

1744 - الحكم عدد 100، صادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2003/02/25، منشور في دليل الاجتهادات القضائية في ميدان تحصيل الديون العمومية، ص:123-128.

1745 - عبد الرحمان أبليلا، رحيم الطور، مرجع سابق، ص :112.

1746 - الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود، ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، صيغة محينة بتاريخ 26 أغسطس 2011

1747 - وهو ما يتعارض مع طبيعة الكائن البشري الذي يريد دوما إرجاع ما هو دائن به للأشخاص الطبيعيين/ فما عساك إن كان دائن في دعوى الاسترداد لشخص عام يدعى الدولة.

وفي نظرنا فإن 15 سنة وإن كان يبدو أجلا طويلا إلا أنه أجل كاف للطاعن كي يمارس دعواه داخله بكل أريحية، ويسترجع مبلغ الضريبة الذي دفعه[1748] بطريقة التسبيق أو بطريقة الحجز من المنبع[1749].

الفقرة الثانية: أجل رفع طلب الاسترداد الضريبي إلى الإدارة

فيما يخص أجل استرداد الضريبة المحجوزة من المنبع فقد أكدت المادة 174 من المدونة العامة للضرائب أنه يجب أن يتم الاسترداد قبل نهاية السنة المتعلقة بالإقرار، ويحسب استنادا إلى الإقرار بمجموع دخل الخاضع للضريبة[1750]، أما بخصوص أجل استرداد الضريبة على القيمة المضافة فقد نصت المادة 240 من المدونة العامة للضرائب على أن الطلب يتقادم بانصرام السنة الرابعة التالية للسنة التي تم فيها دفع الضريبة، وبالتالي فأجل رفع الطلب هو أربع سنوات[1751].

أما في القانون التونسي فقد جاء في الفقرة الأولى من الفصل 32 من المجلة على إجراءات تفاضلية لإرجاع فائض الأداء على القيمة المضافة، تتمثل في التأشير على مطالب الاسترجاع من قبل مصالح الجباية[1752] في أجل:

- 30 يوما من تاريخ الطلب بالنسبة لفائض الأداء المتأتي من التصدير[1753]، ومن البيوعات بتأجيل توظيف الأداء على القيمة المضافة[1754]، ومن خصم الأداء على القيمة المضافة من المورد[1755].
- 90 يوما من تاريخ تقديم الطلب بالنسبة لفائض الأداء المسترسل خلال 12 شهرا متتالية[1756].

ويتم إرجاع الفائض في الحالات المنصوص عليها بالفصل 32 من قبل قابض المالية على أساس الطلب المؤشر عليه من قبل مصالح الجباية[1757].

أما بالنسبة لسداد الضريبة والرسوم عملا بنظام الدروباك، فتسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق حسب التشريع المصري بانقضاء 3 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد[1758].

وبالرجوع للتشريع التونسي وبالضبط الفصل 28 نجده ينص على ما يلي: " يمكن المطالبة باسترجاع مبالغ الأداء الزائدة في أجل 3 سنوات[1759].

أما فيما يتعلق بأجل استرداد واجبات التسجيل فقد أكدت المادة 241 من المدونة العامة للضرائب بأنه يتقادم بمضي 4 سنوات على يوم التسجيل[1760]، وقد ميز قانون التسجيل من حيث شروط الأجل بين ما حصل من واجبات التسجيل دون موجب قانون سليم بخطأ من الإدارة أو نتيجة خطأ الأطراف، وبين الواجبات المستخلصة قانونا والتي تنتفي الواقعة المنشئة لاستحقاقها نتيجة

1748 - استرداد الضريبة على القيمة المضافة، دورية صادرة عن مديرية الضرائب، 1987.

1749 - محمد مرزاق، عبد الرحمان أبليلا، النظام القانوني للمنازعات الجبائية بالمغرب، ص: 120.

1750 - المادة 147 من المدونة العامة للضرائب وفق قانون المالية لسنة 2014، نصوص قانونية محينة، عدد 68، ص: 236.

1751 - المادة 240 من المدونة العامة للضرائب وفق قانون المالية لسنة 2014، مرجع سابق، ص: 299

1752 - عبد الله الهيلالي، الاستخلاص الجبري في المادة الجبائية، الوسائل والضمانات في القانون التونسي والقانون المقارن، 2008، ص: 370.

1753 - العدد 1 والعدد 2 من الفصل 15 من مجلة الأداء على القيمة المضافة.

1754 - العدد 3 من الفصل 15، مرجع سابق.

1755 - العدد 3 مكرر من الفصل 15، مرجع سابق.

1756 - العدد 4 مكرر من الفصل 15، مرجع سابق.

1757 - مداولات مجلس النواب، عدد 39، جلسة يوم الأربعاء 26 يونيو 2000، ص 19.

1758 - فتحي عبد السلام إبراهيم، محمد عبد الرحمان سيرور، التشريعات الجمركية في ضوء الفقه والقضاء، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، طبعة 1991، ص: 311.

1759 - سامي بن فرحات، مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية مثراة بالتعاليق، سلسلة المكتبة القانونية، تونس، 2002 ص 299.

1760 - المادة 241 من المدونة العامة للضرائب وفق قانون المالية لسنة 2014، مرجع سابق، ص: 299

ISSN:2509-0291

أحداث لاحقة1761، وقد جعل الدعوى الأولى تتقادم بمضي سنتين من تاريخ تسجيل العقد1762، والدعوى الثانية تتقادم بمضي خمس سنوات ابتداء من يوم التسجيل، وبعد انصرام سنة واحدة ابتداء من اليوم الذي تصبح فيه الأداءات قابلة للاسترداد(ولا يحتسب أجل السنة في حالة صدور حكم أو قرار قضائي إلا من تاريخ اكتسابه لحجية الشيء المقضي به)1763، وهو ما حرص القضاء على تزكيته من خلال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، إذ أكد ان دعوى استرداد مبالغ دفعت لإدارة الضرائب دون وجه حق لغلط في القانون أو الواقع، تقتضي أساسا اعتبارها دفعا غير مستحق وإثراء للإدارة على حساب المدعي دون سبب مما يخول الحق في استردادها1764.

ولا بأس أن نشير إلى أنه من خلال استقراء النص القانوني المنظم لضريبة التنبر أن المشرع لم يذكر أي مقتضى قانوني عن أجل الاسترداد1765، وبما أن رسوم التنبر تستوفى بالطريقة المستعملة في ضريبة التسجيل، فإنه من المنطقي تطبيق أحكام هذه المادة على كيفية استرجاع المبالغ المقبوضة على سبيل التنبر الغير المستهلك وتحديدها في أجل 5 سنوات وهذا هو الموقف المتخذ من طرف الإدارة1766.

المطلب الثاني: الشروط التي تشترك فيها دعوى الاسترداد الضريبي مع الدعاوى الإدارية

إن دعوى الاسترداد الضريبي كباقي الدعاوى الإدارية تخضع من حيث رفعها لشطري الكتابة وأداء الرسوم القضائية وهو ما سنعالجه في نقطتين.

الفقرة الأولى: عريضة دعوى الاسترداد الضريبي

إن الدعوى الإدارية عموما والتي تدخل ضمنها الدعوى المتعلقة باسترداد غير المستحق تخضع لخاصية الكتابة، إذ أن المادة 3 من قانون 90-41 ألزمت المدعي برفع دعواه بموجب مقال كتابي يوقعه محامي مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب.

أما من حيث المضمون فعريضة دعوى الاسترداد تطبق بشأنها قواعد المسطرة المدنية، طبقا للمادة 7 من قانون 90-41 وتتضمن البيانات المنصوص عليها في المادة 32 من قانون المسطرة المدنية، وهي الاسم العائلي والشخصي وصفة أو مهنة أو موطن أو محل إقامة المدعي والمدعى عليه، إضافة لاسم محامي المدعي واسم الشركة ونوعها ومركزها الاجتماعي وإيراد ملخص لموضوع الدعوى يتضمن الوقائع والوسائل القانونية المتعددة، وإرفاق المقال بالمستندات والوثائق التي ينوي المدعي استعمالها مع العلم أن الإدلاء بالوثائق الأصلية شرط لقبول دعوى الاسترداد الضريبي حسب توجه المحاكم الإدارية بالمغرب.

ومن جهة أخرى فإن المقال المرفوع إلى المحكمة الإدارية يجب ألا يحيد عن الموضوع المتنازع بشأنه، وهو شرط متعلق بالنظام العام يمكن أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه، كما أن للإدارة الضريبية الحق في إثارته.

ونعتقد أن تعقد شكليات الدعوى الجبائية لا سيما دعوى استرداد غير المستحق من الأسباب التي دفعت بالمشرع المغربي إلى اشتراط توكيل محامي لممارسة هذه الدعاوى، إلا أن هذا الشرط يؤدي غالبا إلى ثني أغلب الملزمين عن اللجوء إلى القضاء الإداري نظرا لما يتطلبه ذلك من مصاريف كبيرة تشكل فيها أتعاب المحامي الجزء الأكبر، خصوصا عندما تكون المبالغ المطلوب استردادها قليلة،

1761 - يحي صافي، عبد الله البوكري، أحمد البوعزاوي، الضريبة على القيمة المضافة، ص: 240.

1762 - الفصل 49 الفقرة الأخيرة، مدونة التسجيل.

1763 - عبد الصمد التامري، جبائية العقود بين مقتضيات قنون التسجيل وأحكام القانون المدني، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار الثالث دار النشر المعرفة الرابط، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى، 2012، ص:93.

1764 - الحكم عدد 682، صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2009/04/22، منشور في مقال جبائية العقود بين مقتضيات قانون التسجيل وأحكام القانون المدني، لعبد الصمد التامري، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار الثالث دار النشر المعرفة الرباط، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى، 2012، ص:54.

1765 - تنص المادة 28: " إذا ما تعين –بعد مطالبة مبنية على أساس- إرجاع الرسوم والأداءات أو الضرائب كيفما كان نوعها، المستخلصة بصفة غير قانونية، فإن المبلغ المرجع يتضمن –زيادة على المبلغ الأصلي- ثمن الورق المدموغ المستعملة في المطالبة".

1766 - عبد الغني خالد، المسطرة في القانون الضريبي المغربي، مطبعة دار النشر المغربية عين السبع الدار البيضاء، طبعة 2002، ص:345.

وهذا ما تنبه إليه المشرع الفرنسي حينما لم يشترط توكيل المحامي واكتفى برفع الدعوى الضريبية بواسطة مقال أو مجرد رسالة موقعة من طرف المدعي.

وتفاديا لكل غش أو احتيال قد يقوم به المكلفون يجب أن تكون عريضة الاسترداد مدعومة بالوثائق اللازمة التي من شأنها أن تكشف عن وقوع الخطأ في الواقع أو في القانون[1767]، وبعد أن تستوفي هذه العريضة كافة شروطها بأن يتم إيداع المقال بالمحكمة المختصة، كي يتخذ مساره كباقي الدعاوى الضريبية.

الفقرة الثانية: الرسوم القضائية في دعوى الاسترداد الضريبي

إن كل متقاضي حسب القاعدة العامة ملزم بتأدية الرسوم القضائية بصندوق المحكمة التي يتقاضى أمامها عن طلباته وعن الإجراءات التي تتم لفائدته إلا ما تم استثناؤه بنص قانوني صريح[1768].

ونظرا لأننا أمام إحدى دعاوى القضاء الشامل التي تظل خاضعة للرسوم القضائية، والتي تخضع لمقتضيات الظهير الشريف رقم 1.84.54 الصادر في 25 رجب 1404 الموافق لـ 27 أبريل 1984 بمثابة قانون المالية لسنة 1984 [1769]، وهو ما تشير له كل الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية التي تقضي بإرجاع غير المستحق، نورد منها على سبيل المثال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط الذي جاء فيه: "بناء على المقال الافتتاحي المقدم من طرف المدعي بواسطة نائبه بكتابة ضبط المحكمة والمؤدى عنه الرسوم القضائية" وهو ما سيدفع بالمحكمة إلى قبول الطلب لكونه جاء مستوفيا للشروط الشكلية المتطلبة قانونا منها شرط أداء الرسوم القضائية.

وينبغي الإشارة إلى أن الطعن بالاستئناف ضد حكم متعلق باسترداد غير المستحق صادر عن المحكمة الإدارية معفى من أداء الرسوم القضائية لكونه صدر في إطار دعاوى القضاء الشامل.

كما تجدر الإشارة كذلك، إلى أن الرسوم المذكورة تشكل أحيانا عقبة كبرى تحول دون اللجوء للقضاء، لذلك فالمشرع أوجد ما يسمى بالمساعدة القضائية قصد تمكين المعوزين من التقاضي مع إعفائهم من أدائها بعد استيفاء بعض الشروط والإجراءات، ويعهد بمهام المساعدة القضائية أمام المحاكم الإدارية فيما يتعلق بدعوى الاسترداد الضريبي إلى رئيس المحكمة وحده، مما يوحي برغبة المشرع في اختصار الإجراءات الخاصة بتلك المساعدة لما لهذا الأمر من تيسير للوقت[1770].

وفي اعتقادنا أن التوجه المذكور للمشرع محمود ويتماشى مع خصوصيات دعوى استرداد ما دفع دون موجب حق وما تتطلبه وتستلزمه من سرعة وتبسيط في الإجراءات.

خاتمة:

عموما نخلص مما سبق التفصيل فيه إلى أنه ومن أجل رفع الدعوى الضريبية الرامية إلى الاسترداد، لابد من توفر شروط عامة وشروط خاصة، ثم اللجوء في كثير من الأحيان إلى مرحلة التحقيق، الذي يتم وفق إجراءات عامة وإجراءات خاصة، ثم في الأخير يتم الفصل في هذه الدعوى الضريبية بصدور الحكم وتبليغه.

1767 - يحي الصافي، مرجع سابق، ص: 238.

1768 - المشرع أعفى طلبات إلغاء القرارات الإدارية للشطط في استعمال السلطة بموجب المادة 32 من قانون المحاكم الإدارية رقم: 90-41، كما أعفى الطعون الانتخابية طبقا للمادة 71 من القانون رقم: 9-97 المتعلق بمدونة الانتخابات.

1769 - طبقا لمقتضيات الظهير الشريف الصادر بتاريخ 28 أبريل 1984 بمثابة قانون المالية لسنة 1984، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3730 مكرر، الصادر بتاريخ 27 يناير 2004، وعدد 5278 بتاريخ 30 دجنبر 2004.

1770 - عبد الكريم الموساوي، مرجع سابق، ص: 111.

وحيث إن صدور الحكم في حق المكلف بالضريبة والإدارة الضريبية لا يعني كونه نهائيا في حقهم، بل لكليهما الحق في الطعن ضد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية إذا ما لم يكن استساغ محتواه أحدهما أو كلاهما، وعليه يتم استئناف هذا الحكم في سبيل الوصول إلى حكم عادل بالنسبة لطرفي هذه المنازعة.

هذه الأخيرة التي وإن كانت ذات خصائص عامة سواء فيما يتعلق بالكتابية والتفتيشية والتوجيهية، إلا أن لها خصوصيات على مستوى التظلم الإداري، والأجل فيما يتعلق برفعها أمام القضاء.

لائحة المراجع المعتمدة:

1- الكتب:

- حنان كيكي، إشكالية علاقة الملزم بالإدارة الضريبية، طبعة 2010.
- عبد الله التيعلاتي، الوجيز في النزاعات الضريبية، دار النشر الأحمدية، دار العمدة للطبع، توزيع المؤتمن الدار البيضاء.
- أشركي أفقير عبد الله، التنظيم القضائي المغربي، 2005.
- محمد قصري، المنازعات الجبائية المتعلقة بربط والتحصيل الضريبي أمام القضاء الإداري، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 2009.
- عبد الرحمان أبليلا، رحيم الطور، تحصيل الضرائب والديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة قانون 97-15، مطبعة الأمنية 2004.
- عبد الغني خالد، المسطرة في القانون الضريبي المغربي، مطبعة دار النشر المغربية عين السبع الدار البيضاء، طبعة 2002.
- سامي بن فرحات، مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية مثراة بالتعاليق، سلسلة المكتبة القانونية، تونس، 2002.
- يحي الصافي، الوجيز في نظرية وتطبيق ضريبة التسجيل بالمغرب، سلسلة القانون الضريبي، الهلال العربية للطباعة والنشر، 1999.
- محمد السماحي، مسطرة المنازعة في الضريبة، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، 2003.
- فضيل كوسة، منازعات التحصيل الضريبي في ضوء اجتهادات مجلس الدولة، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر.
- العيد الصلحي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجبائية، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2011.
- مصطفى زاهر، الإجراءات الشكلية في المنازعة الضريبية المطالبة والضمانة نموذجا، الإشكاليات القانونية والعملية في مجال الضريبة، دفاتر المجلس الأعلى، عدد 16، طبعة 2011.
- عبد اللطيف خالفي، الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية رصد لمبادئ وقرارات المجلس الأعلى، المطبعة الوطنية مراكش، طبعة 2004.
- طلعت محمد دويدار، دعوى استرداد المنقولات المحجوزة، دار الجديدة للنشر الإسكندرية، 2009.
- عبد القادر التعلاتي، الضمانات الجبائية من خلال التشريع والقضاء، دار النشر المغربية، سنة 2002.
- عبد الله حداد، تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي، الطبعة الثانية 2000.
- الحسين بويقين، إجراءات التبليغ فقها وقضاء، طبعة 2002.
- استرداد الضريبة على القيمة المضافة، دورية صادرة عن مديرية الضرائب، 1987.
- محمد مرزاق، عبد الرحمان أبليلا، النظام القانوني للمنازعات الجبائية بالمغرب.
- عبد الله الهيلالي، الاستخلاص الجبري في المادة الجبائية، الوسائل والضمانات في القانون التونسي والقانون المقارن، 2008.
- فتحي عبد السلام إبراهيم، محمد عبد الرحمان سيرور، التشريعات الجمركية في ضوء الفقه والقضاء، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، طبعة 1991.
- سامي بن فرحات، مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية مثراة بالتعاليق، سلسلة المكتبة القانونية، تونس، 2002.

- يحي صافي، عبد الله البوكري، أحمد البوعزاوي، الضريبة على القيمة المضافة.
- عبد الغني خالد، المسطرة في القانون الضريبي المغربي، مطبعة دار النشر المغربية عين السبع الدار البيضاء، طبعة 2002.
- أحمد قليش ومحمد زنون، المنازعة الجبائية المحلية، سلسلة المعارف العلمية في الشرح العملي للمنظومة الجبائية، الكتاب الثالث، 2014.
- عبد الكريم الموساوي، القواعد الإجرائية أمام المحاكم الإدارية، مطبعة البيضاوي، طبعة 2012،.
- نواف كعنان، القضاء الإداري، دار الثقافة القاهرة، 2002.
- عبد العزيز سليم، الأعمال الإجرائية والتطبيقية والعملية أمام الضرائب وصيغ الدعاوى والاعتراضات والطعون المرتبطة بها في ظل أحكام الضريبة الموحدة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1993.
- عبد الله التيعلاتي، الوجيز في النزاعات الضريبية، دار النشر الأحمدية، دار العمدة للطبع، توزيع المؤتمن الدار البيضاء.

2- **الأطروحات والرسائل الجامعية:**

- عذراك اسماعيلي، المنازعات الجبائية في مجال التحصيل أمام المحكمة، نموذج المحكمة الإدارية بالرباط، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، ماستر العلوم القانونية، السنة الجامعية 2009-2010.
- العربي الكزداح، الطعون الجبائية في ظل المحاكم الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق وحدة علم الإدارة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2003-2004.
- عبد الرحيم حزيكر، إشكالية تحصيل الضرائب بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004.
- أحمد جواهري، التحصيل الجبري للديون العمومية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2010-2011، ص: 196.
- محمد أوكيل تحصيل الضرائب والديون على ضوء المدونة الحالية، سلك التكوين في التدبير الإداري، بحث نهاية التكوين بالمدرسة الوطنية للإدارة، ص: 24
- عبد العزيز شموري، حجز وبيع منقولات وعقارات المدين بين قرارات المحاسب المكلف بالتحصيل وأحكام القضاء على ضوء مدونة تحصيل الديون العمومية، بحث لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري من المدرسة الوطنية للإدارة،2005-2004.
- كريم لحميم، طرق تسوية المنازعات الضريبية محاولة في التحليل، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المنازعات، جامعة مولاي إسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2008-2009، ص: 137.
- عذراء اسماعيلي، المنازعات الجبائية في مجال التحصيل أمام المحكمة، نموذج المحكمة الإدارية بالرباط، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، ماستر العلوم القانونية، السنة الجامعية 2009-2010.
- حكيم الشرقاوي، حق الاسترداد كضمانة في مساطر صعوبات المقاولة، رسالة لنيل شهادة الماستر، السنة الجامعية 2010-2013.
- عبد العزيز شموري، حجز وبيع منقولات وعقارات المدين بين قرارات المحاسب المكلف بالتحصيل وأحكام القضاء على ضوء مدونة تحصيل الديون العمومية، بحث لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري من المدرسة الوطنية للإدارة، السنة 2005-2004.
- المحفوظ أشكر، التوازن بين حقوق الملزم وسلطات الإدارة في إطار المساطر الضريبية، رسالة لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري، بحث نهاية التكوين بالمدرسة الوطنية للإدارة، السنة الجامعية 2004، 2005.

3- **المقالات:**

- جميلة دليمي، العمل البرلماني في المادة الضريبية بين الفعالية والمحدودية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية عدد خاص-نونبر 2021، الضريبة والمالية العمومية بالمغرب.

- سناء نجاح، إجراء المقاصة في إطار الاقتطاعات غير المستحقة للإدارة الضريبية من التعويضات الممنوحة عن المغادرة الطوعية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية عدد خاص- نونبر 2021، الضريبة والمالية العمومية بالمغرب.

- سفيان أدريوش، جبائية رقم أعمال الشركة (الضريبة على القيمة المضافة) ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 23، دار النشر المغربية الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2001.

- سناء نجاح: صور دعوى الاسترداد الضريبي وسؤال الأمنين القانوني والقضائي، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 21، أكتوبر 2021.

- نجيب جيري، المنازعات الضريبية: النظام القانوني وإشكالياته التطبيقية على ضوء القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية، مجلة الحقوق المغربية، مجلة قانونية تصدر كل نصف سنة، فقه المنازعات الإدارية، سلسلة متخصصة في مجال العلوم والمنازعات الإدارية، العدد الأول 2011.

- حياة البجدايني، قواعد التقاضي في المادة الضريبية، دراسة نماذج من المنازعات الجبائية والإشكاليات المطروحة في الميدان العملي خلال مراحل الوعاء والتصفية والتحصيل، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة دراسات قضائية، الإصدار الثالث فبراير 2010، توزيع دار الآفاق بالدار البيضاء.

- محمد شكيري، القانون الضريبي المغربي دراسة تحليلية ونقدية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الثانية 2005.

- عبد اللطيف العمراني، مراد الخروبي، الإصلاح الجديد في ميدان تحصيل الضرائب والديون العمومية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 22 الموافق لسنة 2000

- عبد العزيز اليونسي، المنازعات القضائية في ميدان التحصيل، دراسة منشورة في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 14، السنة 2006.

- عبد الصمد التامري، جبائية العقود بين مقتضيات قنون التسجيل وأحكام القانون المدني، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار الثالث دار النشر المعرفة الرابط، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى، 2012.

4- القوانين:

- ظهير شريف رقم 1.85.347 صادر في 7 ربيع الآخر 1406 (20 ديسمبر 1985) بتنفيذ القانون رقم 30.85 بفرض الضريبة على القيمة المضافة الجريدة الرسمية عدد 3818 بتاريخ فاتح يناير 1986

- الظهير الشريف رقم 1.06.232 بتاريخ 10 ذي الحجة 1427 (31 ديسمبر 2006) بتنفيذ قانون المالية رقم 43.06 للسنة المالية 2007 الجريدة الرسمية عدد 5487-11 ذو الحجة 1427(فاتح يناير 2007).

- المدونة العامة للضرائب المحدثة بموجب المادة 5 من قانون المالية رقم 43.06 للسنة المالية 2007 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.232 بتاريخ 10 ذي الحجة 1427 (31 ديسمبر 2006)، الطبعة السابعة 2013.

- المادة 320 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بتونس، قانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 5 أكتوبر 1959، يتعلق بإدراج المرافعات المدنية والتجارية.

- الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود، ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، صيغة محينة بتاريخ 26 أغسطس 2011

- الظهير الشريف الصادر بتاريخ 28 أبريل 1984 بمثابة قانون المالية لسنة 1984، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3730 مكرر، الصادر بتاريخ 27 يناير 2004، وعدد 5278 بتاريخ 30 دجنبر 2004.

- المادة 4 من القانون رقم 90-41 المتعلق بإنشاء المحاكم الإدارية، الصادر بموجب الظهير رقم 1-91-225 المؤرخ في 22 ربيع الأول 1914(10 دجنبر 1993).

- القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، الصادر الأمر بتنفيذه بموجب الظهير الشريف رقم 1.00.175 صادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000)

5- القرارات والأحكام القضائية:

- الحكم عدد 29، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2006/01/05، غير منشور
- الحكم عدد 237، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2015/01/28، غير منشور
- الحكم عدد 10، صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2009/01/12، غير منشور
- الحكم عدد 598، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2008/04/10، غير منشور
- الحكم عدد 532، صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2006/06/19، غير منشور
- الحكم عدد 2000/305، صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 2000/04/21، غير منشور
- الحكم عدد 682، صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2009/04/22، منشور في مقال جبائية العقود بين مقتضيات قانون التسجيل وأحكام القانون المدني، لعبد الصمد التامري، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار الثالث دار النشر المعرفة الرباط، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى، 2012.
- الحكم عدد 138، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2009/01/22، غير منشور.
- القرار عدد 1779، الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2010/12/30، غير منشور.
- الحكم عدد 2091، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/10/23، غير منشور.
- الحكم عدد 2919، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/07/24، غير منشور.
- القرار عدد 1145، الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2011/04/24، غير منشور.
- الحكم عدد 1231، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/06/04، غير منشور
- الحكم عدد 1249، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/06/07، غير منشور
- القرار عدد 1686، الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2011/05/30، غير منشور.
- الحكم عدد 241-2001، صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2001/12/05، غير منشور
- القرار عدد 216، الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2003/04/10، غير منشور.
- الأمر عدد 87-2002، صادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2002/05/15، غير منشور
- الحكم عدد 5964، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/11/27، غير منشور
- الحكم عدد 100، صادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2003/02/25، منشور في دليل الاجتهادات القضائية في ميدان تحصيل الديون العمومية.

6- المراجع باللغة الفرنسية:

-fikri elkbir : le pqrlement marocain et les finances de l'etat. Edition afrique. Orient. 1998.

-mimoun lmimouni.les pouvoirs du trésorier général au maroc. Mémoire de diplôme d'études supérieure en droit public.faculté des sciences juridique economiques et sociales de rabat.1986.

الاختصاصات الأصيلة للبرلمان في المجال المالي

Parliament 's original competence in the field of finance

الباحثة : إيمان بنجيلاني

باحثة بسلك الدكتوراه جامعة مولاي اسماعيل مكناس

ملخص:

لا غرو أن الاختصاصات المالية للبرلمان عرفت تطورات بارزة بدء من ضرورة موافقته على الضرائب، التي تعتبر من الاختصاصات المالية التقليدية للمؤسسة البرلمانية ، لينتقل إلى ضرورة مراقبته للإنفاق والتحصيل، وبالتالي المساهمة في اعتماد الميزانية بعد مناقشة قوانين المالية السنوية والتصويت عليها.

ولم يقتصر دور المؤسسة البرلمانية في صلاحياتها المالية على هذه الاختصاصات بل توسعت ليصبح لها دورا هاما في الموافقة على المخططات والاستراتيجيات الوطنية ثم الموافقة على المعاهدات الدولية التي يكون لها أثر مالي مباشر على ميزانية الدولة، و تصبو هاته المقالة إلى إبراز مجموع الاختصاصات التي أصبح للبرلما ن دورا محوريا في ممارستها وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المؤطرة لهذه الاختصاصات والمساطر المتبعة أثناء قيامه بكل صلاحية على حدة.

الكلمات المفاتيح: الاختصاص المالي. البرلمان – الضرائب- الميزانية – مخططات التنمية – المعاهدات

Abstrac

The financial competences of the parliament have undergone significant developments, starting with the necessity of its approval of taxes, which is considered one of the traditional financial responsibilities of the parliamentary institution. This role then evolved to include the need for monitoring spending and revenue collection, thereby contributing to the adoption of the budget after discussing and voting on the annual finance laws.

The role of the parliamentary institution in its financial powers was not limited to these responsibilities alone. It has expanded to play an important role in approving national plans and strategies, as well as in approving international treaties that have a direct financial impact on the state budget. This article aims to highlight the range of competences in which the parliament has become central ,by analyzing the legal texts governing these responsibilities and the procedures followed during the exercise of each competence individually.

Keywords : financial competence – Parliament – Tax- budget – development plans.

مقدمة

يعد الاختصاص المالي، الركيزة الأولى وأساس بزوغ فجر المؤسسة البرلمانية، بداية من امتلاكها سلطة الموافقة على فرض الضرائب لتصل إلى الرقابة على هيمنة الملوك على عملية الجباية والإنفاق، كما يعتبر حق البرلمان في ممارسة الاختصاص المالي في المغرب، من الحقوق التي اكتسبها تدريجيا عبر تطوره التاريخي، بدء بضرورة موافقته على الضرائب، التي تعتبر من الاختصاصات المالية التقليدية للمؤسسة البرلمانية ، ثم انتقل إلى ضرورة مراقبته للإنفاق والتحصيل، وبالتالي اعتماد الميزانية[1771].

1771 محمد أمهرش، اختصاصات البرلمان في المجال المالي، دراسة مقارنة بين المغرب وفرنسا، موقع elkaoon.blogspot.com 20 يونيو 2024.

ISSN:2509-0291

ففي بريطانيا مثلا، كان الملك ينفق بدون قيد أو شرط، بحجة أنه كان يغطي نفقات الدولة بموارد الانتاج الخاصة ، غير أن الوضع سرعان ما تغير عندما تطاول الملك على الموارد المتأتية من الضرائب، إذ أخذ البرلمان يناقشه في حسابات الموازنة، ويطالبه بإيضاحات عن وجوه الإنفاق .

وكان الملك تارة يجيب، وطورا يحاول التملص، إلى أن كانت ثورة 1688، فحتم البرلمان على الملك أن يعرض عليه قسما كبيرا من النفقات قبل إجرائها، وفي سنة 1837 أي بعد قرن ونصف قرن تقريبا، أصبح للبرلمان سلطة مطلقة على جميع النفقات ذات الصبغة العمومية، فكان يتناقش فيها بحرية تامة، قبل أن يأذن بها أو يرفضها [1772].

أما في فرنسا فقد بدأت فكرة ما يسمى برلمان باريس الذي ضم عدد من النبلاء، ثم اصطدم بعد نشأته مع الملك منذ أواخر القرن الثامن عشر، وتحدى سلطته المطلقة ، فتعرض أعضائه للنفي و الاضطهاد ولكن الجماهير تعاطفت معهم، ومع تأزم الوضعية المالية للملك لويس السادس عشر اضطر إلى اجتذاب تأييد النبلاء والجمهور على حد سواء بحثا عن وسائل تمويل خزانته الخاوية ، وبالتالي كان لابد من الاحتكام للأمة واستشارة الجماهير، أي قبول تأسيس البرلمان وسلطاته وأصبح محور الأحداث في ذلك الوقت هو إعلان دستور فرنسا، وضمان وجود البرلمان وتحديد سلطاته وأن يكون هذا البرلمان تعبيرا عن إرادة الشعب، واندلعت الثورة الفرنسية الشهيرة وبدأ العهد الجمهوري لفرنسا من داخل أروقة البرلمان [1773] .

فبعد الثورة الفرنسة سنة (1789 م)، والثورة المماثلة في القرن الثامن عشر، أصبح البرلمان مؤسسة أساسية و مطلبا مهما للحد من السلطة المطلقة، عموما فالبرلمان (الفرنسي) في فرنسا تأثر إلى حد كبير بالتاريخ السياسي الفرنسي منذ ثورة 1789 ، وكان الدستور الفرنسي سنة 1875 بجعل لكل من رئيس الجمهورية وأعضاء مجلس النواب ومجلس الشيوخ حق اقتراح في المسألة التشريعية دون أن يميز الاقتراح في المسائل المالية بنظام خاص، إلا أن وزير المالية طالب باستبعاد المقترحات البرلمانية في المجال المالي، حيث أنه يجب قصر اقتراح المسائل المالية على الحكومة وحدها، بل إن مقرر لجنة ميزانية بمجلس النواب - الذي أيد بعض نوابه ذلك الاقتراح – برر ذلك بأن العجز الدائم في ميزانية الدولة يرجع إلى القوانين الأصل البرلماني وأيضا من خلال الأفكار التي ألهمت دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958[1774].

وقد عرفت الاختصاصات المالية للمجالس التمثيلية تطورا منذ القرن 14 ، لكنها عرفت قفزة نوعية مع قيام الثورة الفرنسة وتورطها في الحروب، فوجد لويس السادس عشر نفسه في حاجة إلى العودة إلى نظام المجالس وفرض الضرائب التي لم يكن ليتحصل عليها إلا بمساعدة المجالس، هذه الأخيرة التي أطلق عليها فيما بعد اسم الجمعية الوطنية [1775].

وهكذا دعاها إلى الانعقاد وحدد لاجتماعها تاريخ شهر ماي سنة 1789، فقررت عدم قانونية كل ضربة لم تأذن هي بجبايتها [1776] ، وأصبح بعدها البرلمان الفرنسي في الدساتير اللاحقة مرخصا له بأن يأذن للجباية وللإنفاق لمدة سنة ، إلى أن تقلص دورها في المجال المالي في دستور 1958 في ظل الجمهورية الخامسة [1777].

يرجع نشوء الاختصاصات المالية في المغرب إلى ما بعد حصول المغرب على الاستقلال، أما قبل الحماية فقد شكلت جمعية العلماء نواة البرلمان ذات النزعة التشريعية و مراقبة المخزن هذا الأخير يعتبر تعبيرا عن الدولة المغربية التي تمت هيكلتها خلال قرون.

1772 د. عبدالنبي أضريف، قانون ميزانية الدولة على ضوء القانون التنظيمي للمالية 130.13 ونصوصه التطبيقية ، الطبعة الرابعة ، سنة 2016 ص.33.

1773 د. علي الصاوي ، نشأة وتطور البر لمان ، مركز السياسات الاستراتيجية .

1774 فاطمة الزهراء هيرات ، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة ، دور البر لمان في صنع السياسات المالية – دراسة مقارنة – الجزء الأول ،جامعة محمد الخامس الرباط ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا ،سنة 2013 ، ص:59

1775 عبد الهادي بو طالب ، النظم السياسية العالمية المعاصرة ، دار كتاب الدار البيضاء ، سنة 1981 ص: 95

1776 عبد القادر تيعلاتي ، المالية العامة المغربية والمقارنة ، قانون الميزانية الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، دار النشر الجسور ، وحدة 2002 ، ص:55

1777 فاطمة الزهراء هيرات ، المرجع السابق ، ص : 149

وقد لعب "المخزن" في المغرب إلى حد ما دور الملكية الفرنسية في مركزة الدولة، و دور البرلمان البريطاني في تأكيد السلطة المالية، فقد كانت الضريبة محور اهتمام الدولة "المخزنية" التي كانت ترى فيها الوسيلة لتوطيد سلطة الدولة، فقد هيمنت المشاكل المالية على الحياة السياسية والاجتماعية خاصة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، وتم التخفيف من ممارسة السلطة السياسية للمخزن بوجود هيئة وسيط تمارس السلطة الدينية ممثلة في هيئة العلماء الذين لعبوا دورا محوريا و إيديولوجيا معتبرا في مختلف مجالات تاريخ المغرب، والذين كان دورهم يتجلى في الحد من سلطة السلطان في مجال المالي ، إذا شكلا نواة جمعية برلمانية كانت موافقتها على فرض الضرائب مطلوب بإلحاح من طرف السلطان [1778] .

ولاعتبارات سياسية وروحية وتاريخية كذلك ، ارتبطت ممارسة الاختصاص البرلماني المالية في المغرب بجهاز "المخزن" ، ولم يتحقق إقرار اختصاص البرلمان في إصدار القوانين المالية والرقابة على النشاط المالي إلا بوضع أول دستور بتاريخ 18 نونبر 1962 الذي كرس نظام التمثيل البرلماني ونص على أنه " يصدر قانون المالية عن البرلمان بالتصويت " وقد أقرت مختلف الدساتير اللاحقة الاختصاص المالي للبرلمان بما في ذلك دستور2011 [1779] الذي ضم مبادئ وأحكام عامة تنسج خيوط فلسفة الوثيقة الدستورية [1780] الجديدة .

علاوة على ذلك فالبرلمان المغربي يحتل المكانة الثانية بعد الملكية في الهندسة الدستورية ،وقد خولته الدساتير المتعاقبة منذ سنة 1962 إلى غاية 2011 [1781] ، أصبح بعدها الاختصاص المالي البرلماني ذو هوية خاصة ، تحكمها فلسفة جديدة أريد لها أن تكون بين التقليدية والعقلنة ، هذه الأخيرة التي جاء بها دستور 1958 [1782] ، والنظام السياسي المغربي بدوره تأثر بهذا المبدأ منذ أول دستور سنة 1962 والذي حمل بصمات دستور الجمهورية الخامسة ،فالقانون المقارن إذا لم يعد فقط قانونا على سبيل الاستئناس ، بل قانونا يقدم الأرضية والتقويمات الأساسية [1783] ، بذلك يمكن القول أن دستور الأول للمملكة ولد معقلنا عكس بعض التجارب الدستورية الغربية ، بالإضافة إلى أن دستور 2011 جاء مغايرا عن الدساتير السابقة بحيث حمل في مضمونه مفاهيم كثيرة ومتنوعة لم تكون حاضرة في دستور 1996 ، حظى الجانب المالي عموما داخل مكونات الدستور الجديد باهتمام المشرع الدستوري المغربي ، فبعض مجالات واختصاصات المالية البرلمانية لم تحظ بأهمية في الدساتير السابقة تم منحها مكانة في دستور 2011 ، وذلك بهدف تعزيز مكانة البرلمان في المجال المالي .

وانطلاقا مما سبق اثيرت إشكالية حول:

ما الاختصاصات الأصيلة للبرلمان في المجال المالي؟

وهذا ما سنعمل على الاجاب عليه من خلال مشكورين رئيسيين:

المحور الاول: صلاحيات البرلمان في اعتماد القو انين المالية

المحور الثاني: المجالات الأخرى للاختصاص المالي للبرلمان

المحور الاول: صلاحيات البرلمان في اعتماد القو انين المالية

1778 البرلمان في الدول العربية، رصد وتحليل : (الأردن – لبنان - المغرب- مصر) ، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة ، ص 359-360

1779 فاطمة الزهراء هيرات ، مرجع سابق ،ص : 152

1780 عادل الخصاصي ، واقع التنافسية التشريعية بين الأنظمة القانونية الوطنية ، دراسة منشورة في المجلة المغربية للتدقيق والتنمية عدد 29-2010 ، ص : 17

1781 المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة ، المشروع " تعزيز حكم القانون والنزاهة في العالم العربي تقرير عن وضع البرلمان في المغرب " مسودة ثانية ، إعداد الدكتور محمد المالكي ، ص : 12

1782 http://www.hespress.com/writers/184141.html

1783 عادل الخصاصي ، المرجع السابق ، ص :12

ISSN:2509-0291

قوانين المالية هي القوانين التي يصوت عليها البرلمان طبقا لإجراءات خاصة نص عليها دستور 2011[1784] في المواد 75و76و77، وحددتها المادة الثانية من القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13، والتي أكدت على أنه يعتبر بحكم القانون قانونا للمالية قانو ن مالية السنة، وقانون المالية المعدل له، وقانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية.

المطلب الأول: اختصاص البرلمان في اعتماد قانون مالية السنة

إذا كان إصدار وتحضير الميزانية من اختصاص السلطة التنفيذية في مختلف الدول فإن اعتمادها أو المصادقة عليها يدخل في دائرة اختصاص السلطة التشريعية وهذا ما سار عليه المشرع المغربي إذ أن الفصل 75 من الدستور أكد على أنه يصدر قانون المالية بالأسبقية لدى مجلس النواب، بالتصويت من قبل البرلمان وذلك طبق الشروط المنصوص عليه في القانون التنظيمي 130.13والذي حدد فيه السلطة صاحبة الاختصاص ومدة المناقشة وشروطها.

وعملية الاعتماد والمصادقة على مشروع قانون المالية، هي عبارة عن إذن للسماح للحكومة بمباشرة الإنفاق وتنفيذ التزاماتها، كما أنها إذن في جباية إيرادات الدولة، لذلك لابد من صدور قانون لكل ميزانية في كل سنة جديدة ، فهذا القانون هو الذي يفرض على السلطة التنفيذية ضرورة الالتزام بعدم تجاوز ما هو محدد في سقف معين للإنفاق، إلا بعد موافقة السلطة التشريعية مجددا بهدف إعطاء رقابة فعالة للبرلمان على احترام ميزانية الدولة. و لهذا لا يجوز بعد المصادقة عليها، إجراء أي تعديل أو إلغاء أو إضافة محتويات الميزانية إلا بموافقة البرلمان[1785].

فقرة أولى: مرحلة المناقشة والمصادقة ثم التصويت

يصوت على مشروع قانون المالية من طرف البرلمان وفق مسطرة محددة واجال مضبوطة:

أولا: مدة المناقشة والمصادقة

طبقا للمادة 48 من القانون التنظيمي 130.13 يودع مشروع قانون المالية السنة بالأسبقية بمكتب مجلس النواب في 20 أكتوبر من السنة المالية الجارية على ابعد تقدير ويتعين طبقا للمادة المذكورة من القانون التنظيمي أن يرفع هذا المشروع بتقرير تعرض فيه الخطوط العريضة للتوازن الاقتصادي والمالي والنتائج المحصل عليها والآفاق المستقبلية والتغيرات التي طرأت على كل من المداخيل والنفقات ويتضمن غالبا هذا التقرير الاقتصادي والمالي لمشروع قانون مالية السنة مجموعة من المحاور تتركز بصفة عامة في المحيط الوطني والدولي والسياسي والاقتصادي والاجتماعي وكذا المالية العمومية كما يتضمن ملحقات احصائية حول المؤشرات الاقتصادية والمالية والاجتماعية منها المؤشرات الماكرو اقتصادية والمؤشرات القطاعية والمبادلات الخارجية والنقد والقروض والاسعار والمالية العمومية والمؤشرات الاجتماعية[1786].

ويلحق بهذا التقرير وثائق متعلقة بنفقات الميزانية العامة وبالحسابات الخصوصية للخزينة وبمرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة وبالمؤسسات العمومية، بحيث تعرض عليه في صيغة قانون وضمن قالب هيكلي تنظم في إطاره مختلف التدابير والأحكام والتي تكون مرتبة في أجزاء وأبواب وفصول وفقرات واضحة ومتناسقة[1787].

وطبقا للمادة 47 من قانون التنظيمي للمالية 130.13 يعرض الوزير المكلف بالمالية على اللجنتين المكلفتين بالمالية بالبرلمان قبل 31 يوليوز الإطار العام لإعداد مشروع قانون المالية للسنة الموالية ، ويتضمن هذا العرض:

*تطور الوضعية الاقتصادية.

*تقدم تنفيذ قانون المالية للسنة الجارية إلى حدود 30 يونيو من نفس السنة.

1784 ظهير شريف رقم 1-11-91 الصادر في 27 من شعبان 1432(29 يوليوز 2011)، بتنفيذ نص الدستور، الجريدة السمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1932 (30 يوليوز 2011).

1785 ذ. عبد النبي اضريف:"قانون ميزانية الدولة على ضوء القانون التنظيمي للمالية 130.13 ونصوصه التطبيقية"، الطبعة الرابعة،2016 مطبعة بني ازناسن، صفحة 89.

1786 د محمد حنين "تدبير المالية العمومية الرهانات والاكراهات" الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع 2005، صفحة 132 .

1787 د محمد حنين "تدبير المالية العمومية الرهانات والاكراهات" الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع 2005، صفحة 133.

*المعطيات المتعلقة بالسياسة الاقتصادية والمالية.

*البرمجة الميزاناتية الاجمالية لثلاث سنوات.

ويكون هذا العرض موضوع مناقشة دون أن يتبعها تصويـــــــــــت.

ويحيط رئيس مجلس النواب رئيس مجلس المستشارين علما بإيداع الحكومة مشروع قانون المالية وذلك وفق الفقرة الثانية من المادة 210 من النظام الداخلي لمجلس النواب ،مما يفرز عنه انعقاد البرلمان بمجلسيه جلسة عمومية مشتركة حيث يعرض وزير المالية مشروع قانون تحت رئاسة رئيس مجلس النواب، وهذه الجلسة تقتصر على العرض فقط ويتم عقد هذه الجلسة العامة حسب البرنامج المتفق عليه بين مجلسي البرلمان والحكومة، ثم يحال البرلمان في الحين على لجنة المالية والتنمية الاقتصادية قصد دراسته. ويمكن للنواب أن يطلبوا من الحكومة كل وثيقة لم يتم إيداعها ضمن المرفقات والتي يكون لها علاقة ببنود هذا المشروع[1788].

وحسب الفصل 80 من الدستور تحال المشاريع ومقترحات القوانين على اللجان البرلمانية التي يستمر دورها خلال الدورات الفاصلة، ومنه ترسل مشاريع قوانين إلى اللجان البرلمانية الدائمة لدراستها قبل عرضها في الجلسة العامة لأجل النظر فيها[1789].

وبمقتضى النظامين الداخليين فإن لجنة المالية بكلا المجلسين هي المختصة بهذه الدراسة بالأساس أما دور اللجان النيابية الأخرى فيقتصر دورها على دراسة الميزانيات الفرعية للوزارات التي لها علاقة باختصاصها ويمكن لكل لجنة أن تنتدب عضوا للمشاركة بصفة استشارية لا تقريرية في أشغال لجنة المالية عند دراسة مقتضيات القانون المالي.

يحال المشروع في الحين إلى اللجنة المكلفة بالمالية بمجلس النواب قصد دراســـته. وتقدم للجان البرلمانية المعنية ، قصد الاخبار، رفقة مشاريع ميزانيات القطاعات الوزارية أو المؤسسات، وكذا للمؤسسات العمومية والمقاولات العمومية الخاضعة لوصايتها والمستفيدة من موارد مرصدة أو إعانات من الدولة.

وتعتبر اللجنة المكلفة بالمالية من أهم اللجان البرلمانية، فانطلاقا من قانون المالية تبين الخطوط العريضة للسياسة العامة للدولة، ويمثل كل حزب داخل اللجنة بنسبة عدد نوابه ومستشاريه داخل البرلمان، وغالبا ما يتم اختيار هؤلاء حسب خبرتهم في المجال المالي والاقتصادي، حتى تستطيع اللجنة القيام بمسؤولياتها على أحسن ما يرام.[1790]

ويمكن للجنة المكلفة بالمالية في كلا المجلسين أن تطلب الاستماع إلى مسؤولي الإدارات والمؤسسات والمقاولات العمومية، وذلك بحضور الوزراء المعنيين، وتحت مسؤوليتهم وهذا ما أكدته المادة102 من الدستور.

ثانيا: مراحل تبني المشروع

يبت مجلس النواب في مشروع قانون المالية للسنة داخل أجل 30 يوما الموالية لتاريخ إيداعه، وذلك حسب ما جاءت به المادة 49 من القانون التنظيمي 130.13.

كما تعرض الحكومة فور التصويت على المشروع أو عند انصرام الأجل، على مجلس المستشارين النص الذي تم إقراره أو النص الذي قدمته في أول الأمر، مدخلة عليه إن اقتضى الحال، التعديلات المصوب عليها في مجلس النواب، والمقبولة من طرف الحكومة.

يبت مجلس المستشارين في المشروع داخل أجل اثنين وعشرين (22) يوما الموالية لعرضه عليه.

يقوم مجلس النواب بدراسة التعديلات المصوت عليها من طرف مجلس المستشارين، ويعود لمجلس النواب البث النهائي في مشروع قانون المالية في أجل لا يتعدى ستة6 أيام.

1788 النظام الداخلي لمجلس النواب، المادة 210.

1789 اللجان الدائمة للبرلمان هي لجنة الخارجية والدفاع الوطني والشؤون الاسلامية للمغاربة المقيمين بالخارج، ولجنة التعليم والشؤون الثقافية والاجتماعية ، لجنة الداخلية والجماعات الترابية والسكنى وسياسة المدينة، لجنة الخارجية والحدود والمناطق المعتدلة والدفاع الوطني ، لجنة العدل والتشريع وحقوق الانسان ، لجنة الداخلية والجماعات المحلية ، لجنة القطاعات الاجتماعية ، لجنة المالية والتجهيزات والتخطيطات والتنمية الجهوية لجنة المالية والتنمية الاقتصادية ، لجنة المالية والتنمية الاقتصادية، لجنة القطاعات ، لجنة الفلاحة والشؤون الاقتصادية، لجنة البيئات الاساسية والطاقة والمعادن والبيئة، لجنة التعليم والثقافة والاتصال.

1790 د عبد النبي أضريف، " قانون ميزانية الدولة " الطبعة الرابعة 2016، مطبعة بني ايزناسن، صفحة91 .

انطلاقا مما سبق ذكره نستشف الامتياز الكبير الذي يحظى به مجلس النواب داخل البرلمان، والذي يبقى له القول والفصل في المسائل المتنازع عليها، وهذا ما يضعف سلطة المجلس الثاني، والذي جعل منه المشرع مقررا ثانويا في أمور تعد من اختصاصه، خاصة وأنه يتألف من شخصيات منتخبة من عالم الأعمال والتجارة وممثلي المهن المختلفة، وهذه الفئات المفروض وأن تعطى لها الأولوية في المجال المالي، على الأقل التمتع بنفس الامتيازات التي يحظى بها المجلس الأول[1791].

فقرة ثانية: مسطرة التصويت

يتم التصويت على الايرادات قبل مناقشة النفقات ويعتبر هذا التقديم وسيلة لإضعاف نفوذ البرلمان الذي يظهر عند مناقشة النفقات وذلك لاحترام الحد الذي وضع في إطار الايرادات وذلك من أجل الحفاظ على التوازن الميزانياتي الذي تم التأكيد عليه في المادة الأولى من القانون التنظيمي 130.13.

ويميز القانون التنظيمي في التصويت بين الميزانية العامة للدولة والميزانيات الملحقة والحسابات الخصوصية للخزينة .

لا يجوز في أي من مجالس البرلمان عرض الجزء الثاني من مشروع قانون المالية للسنة للتصويت على الجزء الأول. وفي حالة التصويت بالرفض على هذا الأخير، لا يمكن عرض الجزء الثاني على التصويت، ويعتبر رفض الجزء الأول من قبل أحد مجلسي البرلمان رفضا للمشروع برمته من قبل نفس المجلس.

إذا وقع رفض المشروع من قبل مجلس المستشارين تحال إلى مجلس النواب، في إطار قراءة ثانية، الصيغة التي صوت عليها مجلس المستشارين بالرفض، للبث فيها[1792].

ويصوت على أحكام قانون المالية مادة فمادة، غير أنه يمكن لأحد مجلسي البرلمان إجراء تصويت إجمالي على الجزء الثاني بطلب من الحكومة أو من مكتب المجلس[1793].

ويجري في شأن تقديرات المداخيل تصويت إجمالي، فيما يخص الميزانية العامة وميزانيات مرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة، والتصويت عن كل صنف من أصناف الحسابات الخصوصية للخزينة[1794].

كما يجري في شأن نفقات الميزانية العامة التصويت عن كل باب، وعن كل فصل داخل نفس الباب. وفيما يخص نفقات ميزانيات مرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة، يجري تصويت إجمالي بحسب القطاع الوزاري أو المؤسسة التابعة لها هذه المرافق.

ثم يصوت على نفقات الحسابات الخصوصية للخزينة بحيب كل صنف من أصناف هذه الحسابات[1795].

المطلب الثاني: الاختصاص البرلماني في مجال قوانين المالية المعدلة وقانون التصفية

أتاح المشرع إمكانية تعديل قانون مالية السنة، وذلك بفعل ظهور بعض المستجدات داخل نفس السنة المالية والتي تتطلب إعادة النظر فيما تم الالتزام به (الفقرة الاولى)، كما حدد قانونا ماليا آخر يعتبر بمثابة عملية تشريعية تبين الفرق بين توقعات القانون المالي التي صادقت عليه السلطة التشريعية عند بداية السنة المالية، وما بين الانجازات التي تحققت عند نهاية السنة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : قانون المالية التعديلي

للسلطة التنفيذية إمكانية تعديل قانون مالية السنة، مهما تطلبت الحاجة إلى ذلك وذلك بفعل ظهور بعض المستجدات والتي تفرض إعادة النظر فيما التزمت به أمام البرلمان ، وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون التنظيمي للمالية رقم 130-13 «

1791 د عبد النبي أضريف، " قانون ميزانية الدولة " الطبعة الرابعة 2016، مطبعة بني ايزناسن، صفحة92.

1792 المادة 52 من القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13.

1793 المادة 53 من القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13.

1794 المادة 54 من القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13.

1795 المادة 55 من القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13.

لا يمكن إن تغير خلال السنة أحكام قانون المالية للسنة إلا بقوانين المالية المعدلة »، و حسب النص المذكور فان هده القوانين تتيح تصحيح و تعديل

السياسة المالية التي توقعتها الدولة خلال السنة و ذلك إما بتغيير التقديرات المتعلقة بالإيرادات أو بالنفقات أو خلق إرادات جديدة. و إذا ما لجأت الحكومة الى هذه الإمكانية تكون قد ألغت القانون المالي الساري المفعول و عوضته بقانون مالي لأقل من سنة و هذا في حد ذاته يعتبر استثناء داخل إطار السنة[1796].

ويتم تقديم القوانين التعديلية في ثلاث فترات من السنة في الصيف والشتاء والربيع[1797]، والمغرب أخذ بقوانين المعدلة في 1983 وكذلك في سنة 1990 اثر أحداث فاس[1798].

أما فيما يخص مسطرة المناقشة و التصويت على القوانين المعدلة هي نفسها المتبعة في جميع قوانين المالية الأخرى " قانون المالية السنوي و قانون التصفية " طبقا لأحكام المادتين 51و57 من القانون التنظيمي 130.13، ويستغرق الحيز الزمني لتصويت البرلمان على هذا القانون 15 يوم ، وتنقسم هذه المدة إلى ثمانية (8) أيام لدراسة والتصويت بالنسبة لمجلس النواب و أربعة (4) أيام لدراسة لمجلس المستشارين وثلاثة أيام (3) المتبقية لمجلس النواب للمصادقة و البت النهائي في مشروع قانون المالية التعديلي.

الفقرة الثانية: قانون التصفية

قانون التصفية هو عملية تشريعية، تبين الفرق بين توقعات القانون المالي التي صادقت عليه السلطة التشريعية عند بداية السنة المالية و ما بين الانجازات التي تحققت عند نهاية السنة ، وتحدد التشريعات حدا أقصى بصريح نص الدستور لتقديم مشروع قانون التصفية على النحو الذي تقدم به المشاريع الأخرى و يعتبر هذا القانون من قبيل المراقبة السياسية اللاحقة التي يجريها البرلمان على أعمال الحكومة. و قد حدد المشرع سنتين بعد تنفيذ القانون المالي كحد أقصى لتقديمه أمام السلطة التشريعية و هذا ما ينص عليه الفصل 76 من الدستور المغربي" تعرض الحكومة سنويا على البرلمان قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية خلال السنة الثانية التي تلي سنة تنفيذ هذا القانون" ، و يعتبر هذا التنصيص من المستجدات التي أتى بها دستور 2011 مما يدل على الأهمية التي أصبح يليها المشرع لهذا القانون فإدماجه داخل صلب الدستور هو إجبار ضمني للحكومة على احترام الأجل القانوني لتقديم مشروع قانون التصفية أمام البرلمان تثبيتا لمبدئي المسائلة و المحاسبة[1799].

و حسب المادة 64 من القانون التنظيمي للمالية ((يثبت و يحصر قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية المبلغ النهائي للمداخيل المقبوضة و النفقات المتعلقة بنفس السنة المالية و المؤشر على الأمر بصرفها و يحصر حساب نتيجة السنة.

يوافق قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية على حساب النتيجة للسنة المعنية و الذي تم تحضير انطلاقا من المداخيل و النفقات المثبتة طبقا بمقتضيات المادة 32 من القانون المنظم للمالية. و يرصد النتيجة المحاسبية للسنة في حصيلة الحسابات)).

كما تنص المادة 65 من القانون 13.130 على انه و طبقا للفصل 76 من الدستور يودع قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية سنويا بالأسبقية بمكتب مجلس النواب في اجل أقصاه نهاية الربع الأول من السنة الثانية التي تلي سنة تنفيذ قانون المالية المعني.

و يتم إرفاق مشروع قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية بالوثائق التالية :

1-الحساب العام للدولة المدعم بالحصيلة المحاسبية و البيانات المالية الأخرى و بتقييم للالتزامات الخارجة عن الحصيلة المحاسبية.

2-ملحق يتعلق بالاعتمادات الإضافية المفتوحة مرفقا بكل إثباتات الضرورية عند الاقتضاء.

1796 عبد النبي اضريف، المالية العامة أسس وقواعد تدبير الميزانية العامة ومراقبتها، الطبعة الثالثة 2012، طباعة دار أبي رقراق للطباعة و النشر – الرباط - ،ص.53.

1797 عمو منصور، قانون الميزانية العامة، دار النشر المغربية، الطبعة الأولى 2005، ص:184.

1798 عبدالنبي اضريف، المرجع السابق ،ص.56.

1799 عبد النبي اضريف، المالية العامة أسس وقواعد تدبير الميزانية العامة ومراقبتها، الطبعة الثالثة 2012، طباعة دار أبي رقراق للطباعة و النشر – الرباط - ،ص.46.

3-التقرير السنوي حول نجاعة الأداء المعد من طرف الوزارة المكلفة بالمالية. يقوم هذا التقرير بتلخيص و تجميع تقارير نجاعة الأداء المعدة من طرف القطاعات الوزارية او المؤسسات.

4 تقرير حول الموارد المرصودة للجماعات الترابية.

5 تقرير افتحاص نجاعة الأداء .

يحيل المجلس الأعلى للحسابات على البرلمان التقرير حول تنفيذ قانون المالية و التصريح العام للمطابقة بين الحسابات الفردية للمحاسبين و الحساب العام للمملكة.

و انطلاقا مما سبق ،يظهر إن هذا القانون يصدر بعد تنفيذ قانون مالية السنة و القوانين المعدلة له عند الاقتضاء، و هو يأتي ليثبت النتائج التي اصفر عنها تنفيذ قانون مالية السنة و ليحدد الفروق بين التوقعات و الانجازات و الصعوبات التي تعرفها هذه القوانين و انه لا يصادق عليها إلا بعد فترة لاحقة و متأخرة[1800]، و هذا ما يفرغ المراقبة اللاحقة السياسية للبرلمان من محتواها، و هذه هي الإشكالية التي تعوض السياسات الإصلاحية للدول النامية فعدم تطابق هذه القوانين مع طريقة تطبيقها على المستوى الواقع، و الذي يؤدي في غالب الأحيان إلا فشلها و بالتالي فشل المخطط التنموي، فالقانون هو الدرع الواقي لأية سياسة تنموية من الانحراف عن الأهداف الموضوعة من اجل تنفيذها. ولقد أكدت الممارسة المغربية في مجال قانون التصفية أن البرلمانيون يعتبرون قانون التصفية فرصة مواتية لتقديم الانتقادات السياسية الموجهة ضد الحكومة ،فبمناسبة مناقشة قانون التصفية 1997الذي تم بتاريخ 7دجنبر 2000 بمجلس النواب[1801]، حيث عبر النواب عن أسفهم بشان التأخر في تقديم مشروع قانون التصفية مما يجعلها التأخير قوانين شكلية ويفرغها من مضمونها و تغدو خالية من أي هدف عملي، كما إن الممارسة المغربية حيال قانون النصفية تتسم بعدم الانتظام و التباعد الصارخ في الإيداع ،و خاصة انه لا توجد عقوبات زجرية تلزم الحكومة لإيداع مشاريعها في الآجال المحددة و بالتالي لا تولي أهمية خاصة لتقديم قانون التصفية[1802].

المحور الثاني: المجالات الأخرى للاختصاص المالي للبرلمان

كما لقد أشرنا فيما سبق إلى الاختصاص البرلماني في مجال القوانين المالية وكيفية تقديمها، على أن ثمة مجالات أخرى تدخل ضمن مجال الاختصاص للبرلمان والتي تتجلى في دور البرلمان في المجال الجبائي(المطلب الأول) ثم موافقة البرلمان على مخططات التنمية و الموافقة على المعاهدات الدولية التي لها آثار مالية (المطلب الثاني).

المطلب الاول: تدخل البرلمان في المجال الجبائي

إن أي دولة كيف ما كانت طبيعتها، تعتمد بشكل أساسي في تغطية نفقاتها على الموارد الدائمة، ويمكن كذلك الاصطلاح عليها بالموارد العادية للميزانية، وهي تتشكل أساسا من الموارد الجبائية، والتي تمثل 70% تقريبا من مجموع مداخيل الميزانية العامة للدولة، بالإضافة إلى المداخل الأخرى التي تشكل مجتمعة 30%فقط.

1800 لا يصادق على هذه القوانين في العديد من الدول النامية إلا بعد مرور 5او 6 سنوات على الأقل بعد تنفيذ الميزانية.

1801 ذ.مصطفى منار، واقع الأموال العمومية بين ضعف البرلمان وهيئة الحكومة،المجلة المغربية للإدارة والتنمية المحلية،ماي-يونيو،عدد،80، 2008.

1802 ذ ،نجيب جيري، السلطة المالية للبرلمان قراءة في مقتضيات الدستور الجديد ،المجلة المغربية للادارة المحلية و التنمية ،عدد 107، نونبر – دجنبر 2012،ص.61.

ويمكن تعريف الضريبة بأنها أداء نقدي يطلب من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين من القانون الخاص أو العام، حسب قدراتهم التكليفية عن طريق السلطة بصفة نهائية وبدون مقابل محدد، بهدف تغطية التحملات العامة أو لأهداف تدخل السلطة العامة[1803].

و من الناحية التاريخية يمكن القول أن الاختصاص المالي للبرلمان بدأ بالتصديق على الضرائب، قبل أن يتطرق إلى التصديق على النفقات ثم إلى إقرار الميزانية بعد أن كسب حق التصديق على الواردات. فإلى جانب سلطة الميزانية و الحق في الرقابة على المالية العمومية التي يتمتع بها البرلمان كما أشرنا إلى ذلك في المبحث الأول، توجد السلطة الجبائية في قلب الوظيفة المالية للبرلمان، والتي تعتبر من أهم اختصاصاته، فهو وحده من له منح الإذن من أجل فرض ضرائب على المواطنين، ويرجع للسلطة التنفيذية صلاحية استخلاص هذه الضرائب.

ويرجع السبب في ذلك إلى كون الضريبة باعتبارها تفرض على الأشخاص، وبالتالي فإن هؤلاء لا يمكنهم أن يخضعوا لضريبة دون موافقتهم عليها، وهنا يتجلى دور البرلمان باعتباره ممثلا للأمة مجسدا لمبدأ سيادة الأمة، وبالتالي لا يمكن فرض ضريبة دون موافقته، وهنا تتجسد السلطة الجبائية للبرلمان، فهو الذي يعطي الترخيص بفرض الضرائب واستخلاصها[1804].

إن الاختصاص الجبائي للبرلمان مبني على أساس توافقي، ومرجعه النظري في ذلك يستند إلى مبدأ القبول بالضريبة، وهو من المبادئ الأساسية المدرجة في جميع الدساتير الديمقراطية، حيث يوكل الاختصاص الضريبي للأجهزة التمثيلية سواء كان الأمر يتعلق بضرائب الدولة المحلية، وكذلك كل الاقتطاعات الإجبارية كيفما كانت طبيعتها، بالإضافة الرسوم الشبه جبائية و المساهمات الاجتماعية. ومبدأ القبول الذي يستند عليه البرلمان للتدخل في المجال الجبائي يقوم على نظرية الملائمة بين إرادة الناخبين مع إرادة المنتخبين، وهو مبدأ مرهون بالملزمين[1805]. وعموما إذا كان الجميع يطرح مبدأ سيادة البرلمان تماشيا مع ما سطرته التقاليد، فإنه على المستوى التطبيقي والعملي تظهر الامتيازات الحكومية التي تزداد أهميتها في المجال الجبائي. ففي البداية عمل المشرع على إناطة السلطة التنفيذية بمهمة تنفيذ النصوص التشريعية، وما لبث أن منحها حق إعداد مشاريع القوانين، وهذا ما مكنها من ممارسة تأثير هام على مضمون النصوص الجبائية. يعتبر اختصاص البرلمان في المجال الجبائي من المبادئ الأساسية للقانون العام، ويتجلى ذلك من خلال سلطته في فرض الضريبة، والتي تكرس ممارسته لمبدأ السيادة، و يتعلق الأمر هنا بقدرته على خلق القوانين، ومنحه للإذن بالتنفيذ.

هذه القاعدة تعبر عن واقع قانوني مفاده أن المادة الضريبية كانت دائما وراء نشوء ودوام الأنظمة البرلمانية، فصلاحيات البرلمان في المادة الضريبية هي صلاحيات خاصة لا يمكن فصلها عن التطور الديمقراطي، وأهمية تدخله في هذا المجال تنبع من مبدأين مختلفين، الأول يتعلق بمسألة التعبير عن السيادة الوطنية والثاني مرتبط كما أشرنا إلى ذلك أنه لا ضريبة إلا بقانون، والمؤهل لذلك هو البرلمان وحده باعتباره ممثلا للشعب. وأي محاولة لإعفاء فرد أو مؤسسة من الأعباء المالية تكون محاولة غير شرعية إذا لم تخضع لنص القانون].

إذن فالاختصاص المالي للبرلمان يعد من أهم الوظائف التي ارتكز عليها في ظهوره، إلا أن تطور الأحداث وتعدد المشاكل بفعل التقدم العلمي و التكنولوجي، وما أضحى يتطلبه من سرعة كبيرة وكفاءة عالية في التصدي للأحداث ومعالجة الأمور، أظهر عدم كفاية المجالس النيابية أو تأدية مهامها ذات الطبيعة التشريعية كما هو مطلوب، وهو ما أدى إلى تقلص أو تراجع دور البرلمان مما جعل التساؤل مشروعا حول مدى أهمية وسعة التدخل البرلماني في المجال الضريبي[1806].

1803 P. BELTRANE ET L MEHL ,"science fiscale" France , 1984.

1804 رشيد مساوي، المالية العامة، الطبعة الأولى،2013، مطبعة اسيارطينل، طنجة ، صفحة 43.

1805 عبد النبي أضريف: المالية العامة اسس وقواعد تدبير الميزانية العامة ومراقبتها، الطبعة الأولى 2005، صفحة 58.

1806 نجيب جيري،"السلطة المالية للبرلمان: قراءة في الدستور الجديد"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 107، نونبر_دجنبر، 2012.

رجوعا إلى المقتضيات الدستورية، فإن الدستور المغربي سواء تعلق الأمر بدستور 1996 في فصله 17 أو بالدستور الجديد الذي جاء بنفس الصياغة تقريبا في فصله 39، حيث اقتصر على ذكر مصطلح "التكاليف العمومية" التي للقانون وحده الصلاحية لإحداثها وتوزيعها. فالتعبيرين معا كما يؤكد على ذلك الأستاذ الهبري يؤكدان على أن الاختصاص البرلماني يشمل على الضرائب والرسوم، وكل الإسهامات التي يؤديها المواطنون إلى خزينة الدولة فبالعودة إلى فصول الدستور سواء الفصل 17 من دستور 1996 أو الفصل 39 من الدستور الجديد والذي جاء حاملا لنفس الصياغة " على الجميع أن يتحمل كل على قدر استطاعته، التكاليف العمومية، التي للقانون وحده إحداثها وتوزيعها، وفق الإجراءات المنصوص عليها في هدا الدستور" يمكن أن نستنتج مبدأ الاختصاص العام للبرلمان على مستوى تحديد النظام الضريبي[1807]. ومن هذا المنطلق فإن المشرع وحده من يملك الحق في تحديد طرق التقدير وكذا القواعد المتعلقة بنسبة الضريبة، بالإضافة إلى كونه يتوفر على سلطة تجديد ثمن الضريبة، ومنه فهو الوحيد القادر على منح أي تعديل طوال الفترة التي يعتبرها ضرورية، وبالأساس فهو السلطة الوحيدة التي بإمكانها تحديد الأنشطة والأصناف أو الأقاليم الجغرافية التي بالإمكان إعفاؤها إلى غير ذلك فيما يتعلق بالضريبة وطرق تحصيلها.

وعموما يمكن القول أن الاختصاص الجبائي للأجهزة النيابية هو مبدأ أساسي نصت عليه جميع الدساتير الديمقراطية، وهو يعطي لهذه الأجهزة الاختصاص الضريبي بغض النظر عن درجة تدخلها. وإذا كانت أهمية التدخل البرلماني نابعة من العلاقة التي تجمع الأجهزة التمثيلية بالملزمين وفقا لمبدأ السيادة التي تتمتع به البرلمانات من جهة، ومبدأ القبول الذي يخضع له الملزمون من جهة أخرى

المطلب الثاني: صلاحية المو افقة على المخططات والمعاهدات الملزمة لمالية الدولة

يشتمل المخطط على مختلف الجوانب الاقتصادية والاجتماعية و حتى البيئية، فهو يتضمن التوجهات الكبرى الاقتصادية و الاجتماعية التي تنوي الحكومة تنفيذها لمدة معينة، وبدلك فهو يستلزم نفقات ليست بالقليلة، وهو ما يجعلنا نتساءل، هل يمكن اعتبار تصديق البرلمان على المخطط هو بمثابة اختصاص مالي فعلي أم أن هذا التصديق هو مجرد إجراء شكلي تحتاجه الحكومة لإضفاء الشرعية على تنفيذ بنود مخطط هو في الأصل من إعدادها؟(فقرة أولى)، ومن جهة أخرى فقد أقر الفصل 55 من الدستور الجديد في فقرته الثانية، بأن المعاهدات الملزمة لمالية الدولة لا تقع المصادقة عليها إلا بعد الموافقة البرلمانية، إلا أن التساؤل المطروح، هل كل الاتفاقيات الملزمة لمالية الدولة يوافق عليها البرلمان؟ وهل بإمكان البرلمان تعديل بنود المعاهدة؟ ماهي طبيعة وماهية المعاهدات الملزمة لمالية الدولة؟(فقرة ثانية.)

الفقرة الأولى: المو افقة على مخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية

تعتبر الموافقة على مخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، مجالا آخر منح للبرلمان المغربي كي يمارس بعض من سلطاته، إلا أن اختصاصه في هذا المجال يبقى محدودا مقارنة مع دوره في الميزانية. فبالرغم من النواقص التي يعاني منها البرلمان المغربي وضعف تجربته في مجال اعتماد المخطط، تبقى هناك أهمية خاصة يجب إعطاؤها لهده المرحلة من المسطرة التشريعية لأجل إدخال عادات أخرى على وظيفة المؤسسات المغربية، فانطلاقا من هذه الشروط يمكننا الوصول إلى تطوير دور البرلمان وإعطاءه كل الوسائل لممارسة اختصاصاته التشريعية في إطار أكثر شمولية.[1808]

وعموما فالمشرع المغربي لم يفرض مقتضيات خاصة بمخططات التنمية، بل جاءت بشكل عام ضمن المجال الذي حدده المشرع للقانون وذلك وفقا لمقتضيات الفصل 71 من الدستور المغربي الجديد والذي جاء تقريبا بنفس الصياغة التي كان عليها الدستور القديم، حيث نص على أنه ..." للبرلمان، بالإضافة إلى الميادين المشار إليها في الفقرة السابقة، صلاحيات التصويت على قوانين تضع إطارا للأهداف الأساسية لنشاط الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية و البيئية والثقافية ."إذن فقوانين الإطار الواردة في هذا الفصل هي قوانين تضعها المجالس التشريعية حينما تقدم الدولة على سياسة إصلاحية معينة في المجالات الاقتصادية

1807 الهبري الهبري، الاختصاصات المالية للبرلمان المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الاول، وجدة، 2005_2006.

1808 د نجيب جبري، "السلطة المالية للبرلمان الغربي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 107، دجنبر 2012، صفحة132.

والاجتماعية أضيف إليها في الدستور الجديد حتى البيئية، مع اقتصارها على المبادئ الأساسية، لتتولى السلطة التنظيمية مهمة تنفيذ البرنامج بموجب مراسيم، شرط ألا يكون التنفيذ مما يندرج في ميدان القانون.[1809]

لقد وضعت المبادئ الأساسية للتخطيط بالمغرب منذ سنة 1957 (ظهير 22 يونيو 1957) وقد أكدت الدساتير المغربية المتلاحقة على دلك بوضوح، محددة الاختصاصات البرلمانية في مجال التخطيط. لكن ما يلاحظ في التجربة البرلمانية المغربية أنه لم تعرض المخططات على البرلمان للتصويت عليها إلا بعد 1977، وما قبل ذلك من المخططات تم اعتماده دون موافقة البرلمان.

وتندرج المشاركة البرلمانية في فحص المخطط في مرحلة أولى يمكن اعتبارها استشارية، حيث كان يمثل البرلمان بعشرة أعضاء من لجنة المالية في أعمال المجلس الأعلى للإنعاش الوطني والتخطيط، وهذا الأخير هو الذي أسند إليه المشرع الدستوري مهمة إعداد المخطط وذلك منذ أول دستور لسنة 1962. إن فحص المخطط خلال هذه المرحلة الإعدادية والإعلامية يعد بمثابة تبني للمخطط من قبل البرلمان، فخلال هذه المرحلة يتمكن البرلمان من فحص المخطط في مرحلته الإعدادية قبل أن يعرض عليه قصد الموافقة عليه، وهذه الأخيرة هي ما يهمنا، ومن خلالها يبرز دور البرلمان في مخططات التنمية. إلا أنه ومع دستور 1992 وما تلاه فقد أصبح دور المجلس استشاري وفقط، يكتفي فقط بوضع توصيات، وهذه المسألة كانت تسمح " وبالأخص لأعضاء لجنة المالية" بإعداد العمل البرلماني عندما يتم عرض المشروع على المجلس. عموما فتدخل البرلمان في فحص المخطط يترجم عن طريق اعتماد أو رفض هذا المخطط، غير أن الأمر يبقى نظريا فقط، والجزاء البرلماني الذي يكمن في قبول أو رفض اعتماد المخطط مرتبط كثيرا بالإذن السنوي للالتزام بنفقات الميزانية المدرجة في القانون المالي السنوي المصوت عليه من طرف البرلمان. وقد عملت الدساتير المغربية المتعاقبة على منح البرلمان سلطة اعتماد مشروع المخطط، حيث كان المخطط الثلاثي هو أول مخطط يقدم للبرلمان لأجل المصادقة عليه، واعتبر دلك عملا إيجابيا قطع مع الطريقة التقليدية التي كان يعتمد بها المخطط، حيث كان يناقش في المجلس الوزاري ويدخل حيز التنفيذ دون مروره على الجهاز التشريعي.[1810]

فمخططات التنمية لها ارتباط وثيق بالميزانية، ذلك أن الرابط الموجود بين المخطط والميزانية يجعل هذه الأخيرة مجرد الجزء السنوي الأول. لهذا فإن دراسة مفصلة للقانون المالي السنوي على ضوء توقعات المخطط ستصبح ضرورة ويمكنها بدون شك أن تأتي بعنصر الجواب لمعالجة تجاوزات إذن الميزانية الذي يشكل جزء من التصديق على المخطط، ويندرج هذا الأخير في اختصاصات البرلمان الذي يجب أن يسهر على الانسجام و التماسك بل والعمل على ربط المخطط من جهة و الميزانية من جهة أخرى، كي يستجيب الاثنان معا لأهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية و البيئية[1811].

وإذا عدنا إلى النص الدستوري الذي يوضح لنا كيف يصوت البرلمان على اعتمادات المخطط، نجد أن الفصل 75 من الدستور الجديد الذي جاء بشكل مشابه إلى حد ما لما كان منصوصا عليه في الفصل 50 من الدستور السابق، حيث جاء في فقرته الثانية أن "...يصوت البرلمان مرة واحدة على نفقات التجهيز التي يتطلبها، في مجال التنمية، إنجاز المخططات التنموية الاستراتيجية، والبرامج متعددة السنوات، التي تعدها الحكومة وتطلع عليها البرلمان، وعندما يوافق على تلك النفقات، يستمر مفعول الموافقة طيلة مدة هذه المخططات و البرامج، وللحكومة وحدها الصلاحية لتقديم مشاريع قوانين ترمي إلى تغيير ما تمت الموافقة عليه في الإطار المذكور..."، وهذا ما يحدد حق البرلمان في التصديق على مشروع المخطط، لكن هذا الدور الممنوح للبرلمان لا يخلو بدوره من المشاكل و الصعوبات. فبالإضافة إلى الصعوبات العملية التي يطرحها المخطط هناك صعوبات متعلقة بالجوانب التشريعية، ويمكن البدئ بنقص التجربة، فتدخل البرلمان في المصادقة على المخطط غالبا ما يكون سطحيا، بالإضافة إلى النقص في العناصر الأساسية التي تمكن من مناقشة المخطط في عموميته، وإعطاء المقترحات الخاصة بكل قطاع، مع الأخذ بعين الاعتبار الواقع

1809 د نجيب جيري، "السلطة المالية للبرلمان الغربي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 107، دجنبر 2012، صفحة133.

1810 د محمد فوير، "الصلاحيات المالية للجهازين التشريعي والتنفيذي في ظل دستور 2011، " مقال منشور بجريدة المساء بتاريخ 1 يناير 2012.

1811 د عبد القادر التعلاني،المالية العامة"، الجزء الأول، منشورات المعهد العالي للدراسات القانونية والجبائية التطبيقية، الطبعة الرابعة، 2006، صفحة 61

ISSN:2509-0291

الاقتصادي والمالي للدولة، كل هذا يؤدي إلى تقليص مهم من الاختصاص البرلماني، يمكن أن نضيف إلى ذلك أيضا صعوبات أخرى ذات طابع تقني و اقتصادي يجب على البرلمان مواجهتها.[1812]

و عموما فإذا كانت الإمكانية الوحيدة الممنوحة للبرلمان المغربي هي القبول أو الرفض لمشروع المخطط المعروض عليه، فإن هذا لا يمنع من إيضاح العلاقة التي تجمع الميزانية و المخطط، حيث أن هدا الأخير يبدو مجرد تمني، أو مجموعة من التنظيمات، والترتيبات المحددة، اتفق عليها من أجل الوصول إلى أهداف عامة، و إيجاد الوسائل التي يتم الاتفاق عليها لتحقيق هذه الأهداف، في حين أن الميزانية ترخيص واجب التنفيذ، كما تعتبر طرق التحضير محورا للاختلاف كذلك، ذلك أن تحضير الميزانية أمر تقوم به وزارة المالية لوحدها، بينما المخطط مهمة تشترك فيها عدة وزارات و إدارات وهيأت وأطراف اقتصادية و اجتماعية مختلفة، كما أن الميزانية تنحصر في الموارد والنفقات العمومية، بيد أن مضمون المخطط يتسع ليشمل مختلف الميادين الاقتصادية والاجتماعية و البيئية.

إلا أن كل هذه الفوارق تبقى في الواقع ذات طابع شكلي عمومي، فالعلاقة بين المخطط والميزانية تشابه حقيقي، والروابط التي تجمع بينهما ذات طابع قانوني.[1813]

فقوانين المالية السنوية، هي وسيلة تضمن تنفيذ المخطط، إذ أنها تهم جزء مهما من استثمارات الدولة وتوجه بطريقة أو بأخرى مشاركة المؤسسات العمومية و الخاصة في تنفيذ بعض المشاريع، فهي تلبي الاحتياجات التي يتطلبها تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المخطط.

ذلك أنه بالتصويت على مشروع قانون المالية فإنه يتم التصويت على جزء مهم من المخطط. وهو ما يمكن أن نستشفه من قراءة الفصل 75 من الدستور المغربي السالف الذكر. وفي مقابل هذه الأهمية التي تربط بين الميزانية والمخطط، نلاحظ أن هناك اختلافا كبيرا في المشاركة البرلمانية بخصوص هذا المجال، ذلك أن سلطة البرلمان تخضع للتفكيك من خلال الفحص المفصل للميزانية و المخطط، وعادة ما يتزامن اعتماد المخطط و دخوله حيز التنفيذ مع الميزانية الثانية المخصصة لفترة للمخطط.

وعموما، دون أن ندخل تفاصيل كثيرة قد تخرجنا عما هو مطلوب، وهو إبراز السلطة المالية للبرلمان فيما يتعلق بالمخططات، يمكن القول أن سلطة البرلمان في هذا الصدد محدودة جدا، حيث تنحصر في التصويت فقط، دون المبادرة، كما أن الغرفتين لا يمكنهما تقديم أي اقتراح يرمي إلى إدخال أي تعديلات يمكن أن تترتب عليها تكاليف للمخطط، نظرا لما لها من آثار مكلفة للقانون المالي، إلا أنه ومع دلك يمثل التدخل البرلماني للموافقة على المخطط أهمية خاصة، إذ يمكنه من فحص المشاريع الاستثمارية للدولة ومن معرفة ما إذا كان عمل السلطات العمومية يحقق أهداف التنمية الاقتصادية و الاجتماعية.

الفقرة الثانية: الموافقة على المعاهدات الملزمة لمالية الدولة

إنه مجال آخر يمارس من خلاله البرلمان المغربي سلطته المالية، فعلاوة على اختصاصه في الموافقة على قانون المالية، وكذا موافقته على مخططات التنمية الاقتصادية، فإن الدستور المغربي أقر لفائدة البرلمان صلاحية مالية أخرى تتمثل في الموافقة على المعاهدات التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة.

و الأصل أن المعاهدات يصادق عليها من طرف الملك دون الرجوع إلى البرلمان، إلا أن هذا النوع من المعاهدات مادام أنها تحمل التزاما ماليا لمالية الدولة، والأصل أن كل ما يلزم مالية الدولة يرجع أمر الموافقة عليه للبرلمان، فإنه بالضرورة إخضاع هذا النوع من المعاهدات للموافقة البرلمانية، وهو ما كان منصوصا عليه في الفصل 31 من الدستور المغربي لسنة 1996 والذي ميز بين 3 أنواع من المعاهدات:

- المعاهدات التي لا تتضمن أي مقتضيات تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة
- المعاهدات التي تتضمن أحكاما تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة

1812 د رشيد المساوي، المالية العامة، الطبعة الأولى، 2013، مطبعة اسيارطينل، طنجة، صفحة 39.

1813 د رشيد المساوي، المالية العامة، الطبعة الأولى، 2013، مطبعة اسيارطينل، طنجة، صفحة 41 وما بعدها.

–المعاهدات التي قد تتضمن مقتضيات مخالفة لأحكام الدستور.[1814]

وقد جاء الدستور الجديد لـ2011 مضيفا أنواعا أخرى من المعاهدات التي تخضع لنفس المسطرة التي تخضع لها المعاهدات التي تلزم مالية الدولة، وهو ما نص عليه الفصل 55 منه، حيث نص في الفقرة الثانية منه على"... يوقع الملك المعاهدات ويصادق عليها، غير أنه لا يصادق على معاهدات السلم والاتحاد، أو التي تهم رسم الحدود، ومعاهدات التجارة أو تلك التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة، أو يستلزم تطبيقها اتخاد تدابير تشريعية، أو بحقوق وحريات المواطنات والمواطنين العامة أو الخاصة، إلا بعد الموافقة عليها بقانون". إذا يتضح لنا أنه علاوة على ما كان منصوص عليه في الفصل 31، جاء الفصل 55 من الدستور الجديد متضمنا لعدة أنواع من المعاهدات التي تعرض إلزاما على الموافقة البرلمانية، إلا أن ما يهمنا في هدا الخصوص هو المعاهدات الملزمة لمالية الدولة، التي جاءت بشكل غامض سواء في دستور 1996 أو الدستور الجديد المعدل له، حيث اكتفى الفصلين معا بذكر المعاهدات التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة، دون تحديد ماهية أو طبيعة المعاهدات الملزمة لمالية الدولة، وكذا الإجراءات التي يقوم بها البرلمان للموافقة عليها.

فإلى جانب الإجراءات المسطرية التي تتجلى في التصديق على المعاهدات، فإن التساؤل المطروح يدور حول المقصود بالمعاهدات الملزمة لمالية الدولة. فمن وجهة نظر المحاسبة العمومية يعتبر إلزاما كل تصرف قام به جهاز عمومي وترتبت عنه تكاليف، وانطلاقا من هدا الأساس يرى البعض أن الحكومة ليست ملزمة كي تعرض على البرلمان إلا المعاهدات التي تنشئ بشكل مباشر دينا حقيقيا على كاهل الدولة، وتبعا لدلك يمكن أن ندرج في هدا الإطار جميع المعاهدات التي يتطلب حيز التنفيذ تكاليف مالية بالنسبة للدولة. ومن جهة أخرى، ومن الناحية الدستورية، فإن منح " الموافقة" الذي جاءت ضمن الفقرة الثانية من الفصل 55 من الدستور الجديد المقصود منه الترخيص التشريعي الذي يمنحه البرلمان من أجل المصادقة على المعاهدة الدولية التي تترتب تكاليف تلزم مالية الدولة، لكن طبيعة هده السلطة التي يملكها البرلمان هي أقرب إلى الاختصاص المالي منه إلى الاختصاص التشريعي. فهو عمل مشروط في شكل تشريعي لكن ليس قانونا بالمعنى المادي.[1815]

فارتباط المعاهدة بالالتزام المالي هو الذي يخول البرلمان حق التدخل، وهو الذي يضفي نوع من الغموض على هذا الجانب، لأن كل المعاهدات والاتفاقيات التي تبرمها الدولة يمكن أن ينتج عنها التزام مادي على الدولة، وبالتالي يصبح أمر عرضها على البرلمان وفقا منطوق الفصل 55 من الدستور أمرا ضروريا.

لقد أقام Gaston Jése في استشارة قانونية أثناء الجمهورية الفرنسية الثالثة تمييزا بين المعاهدات المتعلقة بمالية الدولة و المعاهدات الملزمة لمالية الدولة. حيث اعتبر المعاهدة ملزمة لمالية الدولة إذا تولد عنها عبئ ماليا مباشرا و مؤكدا، في المقابل لا تلزم مالية الدولة المعاهدة التي تقلص الدين، فهذه الاتفاقيات تتعلق بمالية الدولة و لكن لا تلزمها.[1816]

يمكن أن نخلص من ذلك أن المعاهدات التي تعرض على الموافقة البرلمانية هي التي يترتب عنها أثر مباشر على ميزانية الدولة، لأن المعاهدة تمس مباشرة التوازن المالي للدولة و ذلك يتطلب فتح اعتمادات مالية مباشرة، وبالتالي تحتاج إلى ترخيص برلماني بالموافقة. هذا من جهة، ومن ناحية أخرى وفيما يتعلق بمسطرة الموافقة التشريعية على المعاهدة، فإنه بعد عرض هدا النوع من المعاهدات على المجلس الوزاري يتم إيداع مشروع القانون القاضي بالموافقة من حيث المبدأ لدى مجلس النواب، وهذا من المستجدات التي جاء بها الدستور الجديد بعد أن كان للحكومة أن تختار أي من المجلسين تودع لديه المشروع أولا. وتخضع دراسة هذا المشروع لنفس المسطرة التي تخضع لها القوانين الأخرى باستثناء ممارسة حق التعديل، إذ أن الموافقة التشريعية من حيث المبدأ تهم

1814 عبد القادر تيعلالي، "المالية العامة المغربية والمقارنة قانون المالية، الجزء الأول، دار الجسور وجدة، الطبعة الثالثة الرباط، 2002، ص 118.

1815 أحمد فوبير، "الصلاحيات المالية للجهازين التشريعي و التنفيذي في ظل دستور2011، مقال منشور بجريدة المساء بتاريخ 1 يناير 2012.

1816 Ahmed Essaoui, « Finance Publiques », Edition Latrach, 2013 ,page56.

مختلف بنود المعاهدة باعتبارها كلا لا يتجزأ، ومن ثم يستبعد اقتراح أي تعديلات عليها بالنظر إلى قيام أحكامها على أساس اتفاق بين السلطات الوطنية المغربية وبين الأطراف الأخرى.[1817]

وعلى الرغم من أن البرلمان يملك سلطة الموافقة من حيث المبدأ على الاتفاقيات والمعاهدات التي تعرض عليه تماما كما يملك سلطة رفضه الموافقة، فإن الممارسة التشريعية خلال مختلف الولايات النيابية قد كرست سلوك الموافقة التلقائية والمباشرة على جميع المعاهدات و الاتفاقيات التي عرضت عليه وعموما فهذا النوع من لاتفاقيات المالية لا يندرج ضمن مفهوم المعاهدة ولا يخضع لمسطرة المصادقة عليها.

في الختام يمكن القول فإنه رغم أن المشرع الدستوري منح البرلمان حق التدخل للموافقة على المعاهدات الملزمة لمالية الدولة، إلا أنه ترك هذا الأمر غامضا، دون أن يحدد طبيعة هذه المعاهدات الملزمة لمالية الدولة، مما ترك المجال للحكومة للتحكم في هدا الحق، وأن لا تعرض على البرلمان إلا المعاهدات التي ترى هي ضرورة عرضها عليه.

لائحة المراجع:

عبد النبي اضريف، 2016 ،"قانون ميزانية الدولة على ضوء القانون التنظيمي للمالية 130.13 ونصوصه التطبيقية"، الطبعة الرابعة، مطبعة بني ازناسن.

عبدالرحمان حداد،2015، في مساءلة الحكامة البرلمانية، حضور التشريع وغياب المشرع قانون المالية أنموذجا، مقال منشور بمجلة السياسات العمومية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، العدد 14.

محمد زين الدين ، 2015، الدستور ونظام الحكم في المغرب، مطبعة دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

عبد النبي اضريف،2012، "المالية العامة أسس وقواعد تدبير الميزانية العامة ومراقبتها"، الطبعة الثالثة ، طباعة دار أبي رقراق للطباعة و النشر – الرباط

عسو منصور،2005، "قانون الميزانية العامة"، دار النشر المغربية، الطبعة الأولى.

محمد حنين،2005 "تدبير المالية العمومية الرهانات والاكراهات" الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع.

فاطمة الزهراء هيرات ، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة ، دور البر لمان غي صنع السياسات المالية – دراسة مقارنة – الجزء الأول ،جامعة محمد الخامس الرباط ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا ،سنة 2013 .

مصطفى منار، 2008، واقع الأموال العمومية بين ضعف البرلمان وهيئة الحكومة،المجلة المغربية للإدارة والتنمية المحلية،ماي-يونيو،عدد،80.

رشيد مساوي،2013، المالية العامة، الطبعة الأولى، مطبعة اسبارطيل، طنجة.

عبد القادر التعلاني، المالية العامة"، 2006، الجزء الأول، منشورات المعهد العالي للدراسات القانونية والجبائية التطبيقية، الطبعة الرابعة.

النظام الداخلي لمجلس النواب 2017، بعد صدور قرار المحكمة الدستورية رقم 17/65 .

نجيب جيري،2012، السلطة المالية للبرلمان قراءة في مقتضيات الدستور الجديد ،المجلة المغربية للادارة المحلية و التنمية ،عدد 107.

الهبري الهبري، الاختصاصات المالية للبرلمان المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الاول، وجدة، 2006_2005.

.,"science fiscale" France 1984P. BELTRANE ET L MEHL,

Ahmed Essaoui, 2013« Finance Publiques », Edition Latrach,

1817 رشيد الموساوي، المالية العامة، الطبعة الأولى،2013، مطبعة اسيارطينل، طنجة، صفحة64.

ISSN:2509-0291

مظاهر التبعية في الوظيفة العمومية

Manifestations of dependency in the public service

الباحث : عبد الكريم بالهدى
باحث في سلك الدكتوراه مختبر العقار والتعمير ومتطلبات الحكامة الترابية
تحت إشراف الدكتورة صليحة حاجي
الكلية المتعددة التخصصات بالناظور

ملخص:
ان الموظف العمومي باعتباره شخصا طبيعيا يمثل الدولة، فهو في حد ذاته يساهم في خدمة مؤسساتها الدستورية، منذ تعيينه بمقتضى القرار الإداري إلى غاية انتهاء الحياة الإدارية في إطار إرادتها المنفردة؛
فالتبعية في الوظيفة العمومية لها من الإيجابيات المتجلية في حماية الموظف العمومي، بمختلف الطرق المنصوص عليها في النظام الأساسي للوظيفة العمومية، أو بمقت ضى نصوص قانونية خاصة، كما عليها من السلبيات ما يستدعي تدخلا من المشرع لإجراء تعديلات جوهرية بخصوصها، أو على الأقل إسناد المسؤولية إلى من هو أهل لها من ذوي الكفاءات العالية في مجال التدبير والتسيير وفقا للتقدم العلمي والرقمي في الظروف الراهنة؛
الكلمات المفتاحية: الموظف العمومي- إيجابيات الوظيفة العمومية- سلبيات الوظيفة العمومية؛

Abstract:
The public employee, as a natural person representing the state, in and of himself contributes to serving its constitutional institutions, from his appointment by virtue of the administrative decision until the end of the administrative life within the framework of its sole will; The dependency in the public service has positives manifested in protecting the public employee, in various ways stipulated in the basic law of the public service, or by virtue of special legal texts, as well as negatives that require intervention from the legislator to make fundamental amendments regarding it, or at least assign responsibility to those who are qualified for it from among those with high competencies in the field of management and administration in accordance with scientific and digital progress in the current circumstances;
Keywords: Public employee - positives of the public service - negatives of the public service;

تقديم :
إن الدولة باعتبارها شخصا معنويا عاما لا تستطيع أن تؤدي دورها إلا عن طريق شخص طبيعي يقوم بالتعبير عن إرادتها، وهو الذي يضطلع بدور هام باعتباره منفذ تدخل الدولة المسؤول عن تحقيق أهدافها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، هذا الشخص يتمثل في الموظف العمومي الذي يطرح إشكالية تتمثل في وضع مقاربة تعريفية له؛
والمغرب لم يكن يتوفر قبل الحماية الفرنسية المفروضة عليه سنة: 1912 على أية إدارة متطورة وحديثة بمفهومها الغربي ولا على أي نظام أساسي خاص بالوظيفة العمومية، وبالتالي كانت جل المفاهيم المعاصرة في المجالين السياسي والإداري غائبة ولا تحظى بالاهتمام المطلوب، من بين هذه المفاهيم نجد مفهوم الموظف العمومي الذي كان موجودا بالفعل خلال تلك المرحلة لكن في إطار تقليدي غير مقنن وفقا لما تضمنته التشريعات الحديثة، حيث كان النظام المخزني في المغرب يتوفر على طاقم إداري تقليدي متكون

من العمال والباشوات والقياد والشيوخ والمقدمين وجباة الضرائب والمحتسبين، يقومون بالمحافظة على الأمن وبتدبير الشؤون المخزنية المختلفة، فكان المخزني كمفهوم تقليدي لفكرة الموظف العمومي[1818]؛

وفي فترة الحماية شهد المغرب إصلاحات قانونية إدارية عميقة على جميع المستويات، حيث جاء ظهير الالتزامات والعقود في 12 غشت 1913 لينص لأول مرة في المغرب على مفهوم الموظف وذلك عند تأسيسه لأحكام مسؤوليات الدولة والبلديات عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير مختلف إداراتها وعن الأخطاء المصلحية لأحد موظفيها أو مستخدميها، إذا كان هذا الخطأ غير مطبوع بالطابع الشخصي للموظف (ف 79 من ق.ل.ع)

لكن هذا التوظيف لمفهوم الموظف العمومي كان كإشارة بسيطة لم ترق إلى مستوى تعريف هذا المفهوم؛

وبعد الاستقلال شهد المغرب حركة تشريعية أخرى واسعة كان من بينها الظهير الشريف رقم 1.58.008 الصادر بتاريخ 24 فبراير 1958 بمثابة نظام أساسي عام للوظيفة العمومية الذي حدد مفهوم الموظف في الفصل الثاني منه. وعلى اعتبار أن هذا الفصل نص فقط على الموظفين المرتبين بأسلاك الإدارة التابعة للدولة، صدر مرسوم شتنبر 1977 المتعلق بالنظام الأساسي الخاص بموظفي الجماعات ليؤكد على نفس التعريف بالنسبة لهؤلاء الموظفين الجماعيين. وإذا كان عامة الناس لا يميزون بين الموظف وغيره من أصناف عمال الإدارة ويضعونهم في وضع واحد فإن الفقه والقضاء والقانون ميز بين الموظف والأعوان والمتمرنين والمتعاقدين[1819]؛

والموظف يوجد في مركز تنظيمي وقرارات تعيينه لا تنشئ له مركزا ذاتيا خاصا،فهذا المركز موجود بموجب قوانين ومراسيم سابقة على قرارات التعيين،لذلك فان الوظيفة لم تنشا للموظف بل على العكس وجد الموظف للوظيفة نفسها،فهو ملزم بما يطلبه هذا المركز الوظيفي،وأي تصرف منه يتنافى مع مصلحة هذا المرفق العمومي يعرضه للجزاء التأديبي؛

ولقد نص المشرع المغربي في الفصل الثاني من قانون الوظيفة العمومية لسنة 1958 على انه:يعد موظفا عموميا كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في إحدى رتب السلم الخاص بأسلاك الإدارة التابعة للدولة؛

كما نص أيضا في الفصل الثالث من القانون المذكور على أن: الموظف يوجد في حالة قانونية ونظامية ازاء الادارة،

وفي رأينا، فالموظف العمومي هو ذلك الشخص الذي يساهم في خدمة الدولة بجل مؤسساتها كيفما كان نوعها بغض النظر عما إذا كانت المهمة مؤقتة أو رسمية،طالما أن الالتحاق بالوظيفة يتم بقرار تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة ويترتب عنه تبعية الموظف العمومي للنظام القانوني الساري بدء من مسطرة اختيار الموظفين وطريقة تعيينهم وختما بطريقة إنهاء الخدمة؛

ويترتب على الاعتراف بالموظف بالمركز التنظيمي ضرورة تقيده لقواعد عامة معدة سابقا،ليس له أي دخل في وضعها أو تحديد محتوياتها،وهي تسري على كافة الموظفين بدون استثناء،كما يظل للسلطة العامة حق تعديل قواعد الوظيفة العمومية بإرادتها المنفردة؛

وعلى الرغم من أن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية يرجع من حيث تاريخ إصداره إلى سنة 1958 (قبل صدور أول دستور) فإنه تضمن مجموعة من المبادئ الأساسية لتأسيس وظيفة عمومية نظامية وضبط الحقوق والواجبات المرتبطة بصفة موظف والقواعد المنظمة لمساره المهني[1820] ؛

و لعل ما يهمنا كباحثين في موضوع مظاهر التبعية في قانون الوظيفة العمومية،هو أين تتجلى التبعية في هذا القانون،ذلك أن المشرع لم يعرف التبعية جملة وتفصيلا في النظام المذكور(1821)،وإنما استقيناه من كتابات فقهية غزيرة انصبت على قانون

(1818) عبد القادر باينة، الموظفون العموميون في المغرب، دار توبقال للنشر، طبعة 2002.ص:100

1819( ) محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة 1999.

1821( ) ما عدا الفقرة الثانية من الفصل 14 من قانون الوظيفة العمومية التي نصت على أنه ..." ولا ينتج عن الانتماء أو عدم الانتماء إلى نقابة ما أية تبعية فيما يرجع لتوظيف المستخدمين الخاضعين لهذا النظام الأساسي العام وترقيتهم وتبعيتهم ، أو فيما يخص وضعيتهم الإدارية بصفة عامة .

الشغل والعلاقات الفردية والجماعية فيه،ومن خلال علاقة التابع بالمتبوع بخصوصه بموجب القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود المغربي (1822)؛

وتقوم علاقة التبعية حسب ما استقر عليه القضاء،على توفر الولاية في الرقابة والتوجيه بأن يكون للمتبوع سلطة فعلية طالت مدتها أو قصرت في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع ، وفي الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها ، حتى ولم يكن المتبوع حرا في اختيار التابع؛ وقد قيل بحق أن العبرة بأن يكون المتبوع قادراً على ممارسة سلطته في التوجيه والرقابة بنفسه أو بواسطة من يمثله سواء استعمل تلك السلطة أم لم يستعملها مادام يملك حق الرقابة وإصدار الأوامر؛

وحسب بعض الفقه فالتبعية بمعنى خضوع العامل أثناء أو بمناسبة أدائه لعمله للإدارة وإشراف أو سلطة من يمارس العمل لحسابه(1823) ؛

وفي تعريف لأستاذنا الكشبور: فان مصطلح التبعية هو حالة قانونية تنتج عن عقد العمل،وتجعل العامل خاضعا لإدارة وإشراف من ينفذ العمل لحسابه أو لمن خول له هذا الأخير تلك السلطة (1824) ؛

ولعل كلمة التبعية ترجع في أصلها إلى اللغة الألمانية القديمة follower،وتعني ساعد،أعان،أغاث،أو سهر على رعاية،ففي المعنى الأصلي نجد الأتباع هم الذين يساعدون في العناية بالقادة،حيث كانت العلاقة بين القائد والأتباع علاقة تعايش بين متكافئين،ومع مرور الزمن أصبحت كلمة تابع كما أن الأشخاص الذين يكون في حاشية القائد ملكا،يسمى أتباعا وهذا لا يدل على أي مقام دوني بقدر ما يتخذ كل من مصطلح قائد ومصطلح تابع ما هو شرف،فموقع التابع يجعل صاحبه يكسب الهيبة ولا يضيعها فقط،ويروي كيلي أن أسطورة التبعية السلبية ترجع في أصلها إلى معناهما الضمني المتداول،وفي المقال الذي كتبه كيلي عن الأتباع سنة 1988 تحت عنوان – في مدح الأتباع نجده يوضح أن التبعية ليست شخصا بل أنها دور،وان ما يميز الأتباع عن القادة ليس هو الذكاء او الصفاء بل هو الدور الذي يلعبونه (1825) ؛

وتجب الإشارة أن على الموظف العام أن يخضع لمبادئ الوظيفة العمومية وقواعدها،وان كل إخلال بهذه الأخيرة من شانه يعرضه للتأديب تبعا للمساطر المتبعة في هذا الإطار(1826)؛

ولعل الدوافع الأساسية لاختيارنا لهذا الموضوع تتلخص في :

- دوافع ذاتية وهذا للإطلاع أكثر على مثل هذه المواضيع الإدارية؛
- قلة الدراسات المعالجة لهذا الموضوع حيث انه من خلال المطالعة على المراجع فإنه تبين أنه لا توجد مراجع كافية متخصصة تخصصا مباشرا في هذا الموضوع؛

(1822) تنص المادة:21 من مدونة الشغل على انه يمتثل الأجير لأوامر المشغل في نطاق المقتضيات القانونية أو التنظيمية،أو عقد الشغل أو اتفاقية الشغل الجماعية أو النظام الداخلي
يمتثل الأجير أيضا للنصوص المنظمة لأخلاقيات المهنة؛

(1823) الكشبور،عناصر عقد الشغل في التشريع الاجتماعي المغربي،مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء،طبعة،1995،صر114؛

(1824) في الهامش،محمد الكشبور المرجع السابق،صفحة:114 اذ عرفها:أنها حالة قانونية تنتج عن عقد العمل،وتجعل العامل خاضعا لإدارة وإشراف من ينفذ العمل لحسابه،أو لمن خول له هذا الأخير تلك السلطة؛

(1825) يراجع في ذلك معجم القاموس القانوني لمؤلفيه:إبراهيم نجارو احمد زكي بدوي ويوسف شلالا،والذي عرف كلمة تابع Dependance أي تبعية الشخص لآخر من الناحية القانونية أو الاقتصادية كاعتماد الطفل على والديه واعتماد الزوجة على زوجها لإعالتها،أما التبعية الاقتصادية فيقصد منها حالة العامل الذي يحصل أو لا يحصل على اجر قبل الشخص الذي يستخدمه عندما يحصل من العمل الذي يقوم به لهذا الشخص على المواد الضرورية لمعيشته انظر الصفحة:97 منه ؛
يراجع في ذلك أيضا المعاجم التاريخية،وخاصة لسان العرب لابن منظور

(1826) انظر قرار محكمة النقض عدد:2229 صادر بتاريخ:22-11-2012 في الملف الاجتماعي عدد:2011/1/5/1338 طريقة تنفيذ عقد الشغل وطبيعة أداء الأجير مقابل ذلك...لا تجردان عقد الشغل مما يتميز به من تبعية قانونية؛ - انظر قرار محكمة النقض عدد:1617 صادر بتاريخ:23-08-2012 في الملف الاجتماعي عدد:2011/1/5/582 جاء فيه:علاقة التبعية بمفهومها القانوني من إشراف وتوجيه ورقابة...

- إثراء المكتبة ببحث جديد يكون في متناول باحثين آخرين في المستقبل لإنجاز دراسات أخرى مكملة،ويمكن الإضافة على ما تم التوصل إليه؛

أما الدوافع الموضوعية لهذا الموضوع فتتلخص في :

- أهمية و جدية الموضوع من الناحية العملية،الواقعية،و كذا القانونية،كما تتجلى أهمية البحث في كونه يعالج موضوعا هاما لم يتناول بهذه الطريقة من قبل،لذلك نظرا لما يتمتع به موضوع التبعية من مميزات و التي تتمثل في طابعه العملي و الملموس الذي يخضع له الموظف العمومي خلال مساره المهني؛

- كون هذا الموضوع يبين حقوق و واجبات الموظف العمومي، -الرغبة في التعرف على الأحكام الخاصة بالنقل والتأديب والإعفاء إلى غير ذلك من المقتضيات،الرغبة في التعرف على مختلف الإجراءات القانونية و التنظيمية التي تحكم عملية النقل بالوظيفة العمومية بالمغرب،معرفة العلاقة التي تربط الموظف برئيسه بموجب قرار تعيينه في الوظيفة العمومية،ومدى قانونية واجب الطاعة في حالة القيام بعمل مخالف للقانون استنادا إلى مبدأ التبعية بمفهومه الواسع،و كذا عدم التغيب عن العمل مع مراعاة مبدأ الشرعية- أي التغيب إما بناء على طلب أو دون الحصول على إذن أو إشعار الإدارة بالبيان إذا كان الأمر يتعلق بالإضراب بناء على قرار إحدى النقابات الأكثر تمثيلية للموظفين،بالإضافة إلى الأجر وباقي التعويضات التي يتقاضاها الموظف،وما إذا كانت الإدارة على خطا في اتخاذ قرار من قرارات التأديب ومدى رقابة القضاء الإداري بخصوصه (1827) ؛

- ومن خلال الإطار القانوني للمفاهيم الأساسية بخصوص موضوع البحث والسياق التاريخي الذي وضع فيه،نطرح الإشكالية المحورية التالية : **إلى أي حد وفق القانون الإداري في تنظيميه لعلاقة التبعية بين الموظف العمومي والإدارة**

وتتفرع عن هذه الإشكالية الأسئلة التالية:

- ما هي إذن علاقة الموظف العمومي بالإدارة ؟ هل هي علاقة تنظيمية تبعية بمفهوميه الايجابي والسلبي،وهل يمثل الدولة في قراراتها،وهل الدولة لها دور كبير في حماية الموظف من التهجم؟

وأين تتجلى مظاهر التبعية في قانون الوظيفة العمومية هل من خلال واجب الطاعة العمياء تبعا لمنطق الولاءات ويعمل على تقييم الموظف من خلال سلطته التقديرية؟ كما أن الأجر الذي يتقاضاه الموظف هل يخضع لمسطرة تنقيط يراعى فيها مبدأ طاعة المرؤوس لرئيسه وفقا لمبدأ الشرعية أم لمنطق الزبونية والمحسوبية خارج مبدأ المساواة ؟ وهل القيام بالعمل بصفة شخصية يتطلب تسخير الموظف للقيام بعمل خارج إطار القانون ؟

وما المقصود بالتنقيل والإعفاء،والمخالفات التأديبية في قانون الوظيفة العمومية هل هذه المخالفات تخضع لمبدأ الشرعية أو للسلطة التقديرية للإدارة؟

ومتى يكون الموظف مرتكبا لمخالفة تأديبية تستوجب توقيع عقوبة تأديبية؟ وهل منح المشرع للإدارة سلطة تقديرية بخصوص المسؤولية التأديبية أم يستند في ذلك إلى مبد الشرعية ؟ وهنا تطرح إمكانية إساءة استعمال هذه السلطة؛

هذا وقد اعتمدنا في هذا العرض على المنهج الوصفي والتحليلي،عبر خطة تفكيك العنوان وإعادة تركيبه من جديد؛

ومن خلال استعراضنا لتعريف الوظيفة العمومية بسياقها التاريخي والزمني،ومن خلال تعريف التبعية فقها وقضاء،ومن خلال مجموعة العناصر المشار إليها أعلاه،فان خطة البحث ستكون على الشكل التالي،إذ سنتفرغ في المبحث الأول لاستعراض ايجابيات تبعية الموظف العمومي،على أن نعرج في المبحث الثاني لدراسة سلبيات التبعية في الوظيفة العمومية:

المبحث الأول: ايجابيات تبعية الموظف العمومي بين التشريع المغربي والقانون المقارن:

بمجرد التحاق الموظف بالوظيفة العمومية ونشوء العلاقة التنظيمية بينه وبين الإدارة التي ينتمي إليها،بموجب قرار التعيين في احد المناصب التي عين فيها أو لاجتيازه مباراة التوظيف في احد أسلاك أو مناصب الإدارة باستحقاق،فانه لا محالة سيكون خاضعا لمجموعة من القواعد القانونية تبين حقوقه بشكل يجعله على علاقة تبعية بالمفهوم الايجابي،ومن حقهم المطالبة بحمايتهم من

(1827) انظر حقوق الموظف في قانون الوظيفة العمومية،كما يراجع في ذلك ميثاق حسن سلوك الموظف العمومي؛

الاعتداءات والتهجمات التي قد يتعرضون لها عند ممارستهم لمهامهم،وهو ما سيكون موضوع دراستنا من خلال هذا المبحث في مطلبين،حيث سنتعرض في المطلب الأول لايجابيات تبعية الموظف في القانون المغربي،على أن نتطرق في المطلب الثاني لمفهوم الموظف في القانون المقارن؛

المطلب الأول: الموظف العمومي في القانون الإداري يمثل الدولة:

تعتبر الوظيفة العمومية خدمة عامة يؤديها موظف عام للأفراد أو للدولة أو أحد فروعها أو مصالحها العامة في نطاق قانوني معين يحدد علاقته بمن يؤدي لهم هذه الخدمة وعلاقتهم بهم منظما لحقوقه وواجباته،وهناك من يقول بأن الوظيفة العمومية هي مجموع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين تتألف منهم إدارة الدولة المسيرة للمرافق العامة؛

ويخضع هؤلاء الأشخاص للقانون الإداري ولعلاقة نظامية،وبهذه الصفة يتمتعون بنظام قانوني خاص يختلف عن قانون الشغل المطبق على العمال وبامتيازات وضمانات مهمة نظرا لكونهم يعملون لخدمة المرافق العمومية والصالح العام ومن هذا المنطلق فالموظفون يعملون في خدمة الدولة وهم رهن إشارتها،فهي التي تعينهم وتدفع لهم أجورهم من أجل تسيير وظيفة للإدارة وإحسان أدائها؛

وباعتبار الدولة شخصا معنويا عاما لا تستطيع أن تقوم برسالتها ولا تؤدي دورها لا عن طريق شخص طبيعي يقوم بالتعبير عن إرادتها،هذا الشخص يتمثل في الشخص الذي يجب أن يكون محل ثقة المتعاملين معه وللوصول إلى هذه الغاية وتحقيق نتائج مرضية يجب على الدولة أن تهتم بفعالية الاختيار لتطبيق قاعدة الرجل المناسب في المكان المناسب؛

وفي رأينا المتواضع فالموظف العمومي يمثل الدولة بجل مرافقها ومؤسساتها العامة،رغم انه يخضع لعلاقة تنظيمية،وهو بهذا التمثيل تحميه الدولة من كل ما من شانه المساس بكيانه الشخصي،سواء من حيث تعرضه للتهجمات أو الاعتداءات أو غير ذلك،إذن فماذا يقصد بالموظف العمومي في القانون الإداري كفقرة أولى،وما هو دور الدولة في حالة تعرض موظفيها للاعتداءات والتهجمات،كفقرة ثانية،هذا ما سنتطرق إليه أثناء دراستنا للموضوع بشكل مفصل؛

الفقرة الأولى:الموظف العمومي يمثل الدولة عبر تمكينه بمجموعة من الحقوق:

يترتب على التحاق الموظف العام بوظيفته بدء نشوء علاقة تنظيمية بينه وبين الإدارة،فيؤدي ذلك إلى خضوع الموظف لمجموعة من القواعد القانونية تبين حقوقه بالأساس،باعتباره ممثلا للدولة وقائما على تحقيق المصلحة العامة ومسؤولا عن حسن سير مرافقها العمومية،وسنتعرض فيما يلي لأهم الحقوق من الإطار القانوني المنصوص عليه في الظهير لمنظم لقانون الوظيفة العمومية،وذلك على الشكل التالي:

- **حق الحصول على أجر** :مما لا شك فيه أن حقوق الموظفين تنحصر بصفة عامة في المزايا التالية التي يحصل عليها من الدولة تبعا لأداء واجبه ويتعلق الأمر بالمرتب والتعويضات العامة والخاصة،والترقيات،والمعاش أو التقاعد،وفي الحصول على إجازات مختلفة،تطبيقا للقوانين التنظيمية والمراسيم التطبيقية لها؛

إن الموظف العمومي يتمتع بحقوق مادية يتسلمها مقابل العمل الذي يؤده لفائدة الإدارة ولا ينحصر ذلك على المدة التي يزاول فيها خدمته بل تتعدى إلى ما بعد ذلك أي فترة إحالته على المعاش فالدولة هنا تبقى مدينة له بان تسدد له راتبا شهريا يكفل له العيش الكريم؛

يخدم الموظف الإدارة لأجل الحصول على مزايا مادية تكفل له سد حاجياته المعيشية،غير انه وفي كثير من المرات فان الموظف قد يتعرض إلى حيف الإدارة والذي ينتج عنه إقصاء من الاستفادة فيكون أمامه اللجوء للقضاء والذي يعد الأداة الموجهة لسلوك الإدارة المنحرف،وهكذا سنعالج الفقرة في حق الحصول على اجر وفي حق للترقية؛

ولعل الأجر هو ذلك المقابل المادي المباشر للواجبات التي يخضع لها الموظف العمومي اتجاه الإدارة التي تشغله،فهو ذو أهمية كبيرة لدى جل الموظفين باعتباره أساس العيش الكريم لهم،وهي الوسيلة الوحيدة لسد متطلبات الحياة اليومية لهم أمام حرمانهم منه

تنتشر الأفعال المشينة بالأخلاق المهنية كالمحسوبية والزبونية والرشوة،لذلك فالراتب يمكن تقسيمه إداريا إلى صنفين الأول متمثل في المرتب الأساسي،والثاني في التعويضات[1828]؛

- **المرتب** : هو ذلك المبلغ المالي الذي يتقاضاه الموظف العام من الدولة شهريا وبصفة منتظمة منذ بدء التحاقه بخدماتها وحتى انتهاء علاقته بها،في مقابل تفرغه للعمل لديها طوال تلك الفترة،وينبغي أن تتوفر للموظف مزايا مادية وأدبية تتناسب مع المركز الاجتماعي اللائق بالوظيفة؛

وأمام هاته المكانة التي يتبوؤها المرتب في حياة الموظف عملت المحاكم الإدارية منذ إنشائها على ضمانه وحمايته مخافة الحرمان أو الاقتطاع منه من طرف الإدارة،ففرضت رقابة صارمة لأجل ذلك،إذ حاول القاضي الإداري حماية الراتب ومنح إمكانية المطالبة بالتعويض للموظف في حالة عدم تأديته لمهامه وكان ذلك جراء خطا الإدارة وهذا ما قررته المحكمة الإدارية بالرباط -....بان طلب المدعي المذكور لا يرتكز على أساس سليم ما دام الراتب لا يستحق إلا مقابل العمل الفعلي...ومن جهة أخرى فان المدعي لا يكون محقا سوى في طلب التعويض عن المدة التي تم إيقافه فيها إن كان هذا التوقيف يرجع إلى خطا الإدارة[1829]

وفي رأينا تبقى الأجرة هي العمود الفقري بالنسبة للموظف العمومي و قطب الرحى الذي من اجله يعمل،لذلك فان هذا الأخير يسعى جاهدا من اجل الحفاظ على المكسب عبر خدمة الإدارة والمرفق العمومي الذي ينتمي إليه خدمة للصالح العام أولا وبغية العيش الكريم ثانيا،وهذا ما يطلق عليه بالتبعية الاقتصادية بمفهومها الدقيق؛

- **التعويضات:** يتمتع الموظف العمومي بالإضافة إلى مرتبه الأساسي بالحق في التعويضات والمنح المحدثة بمقتضى النصوص التشريعية والتنظيمية تبعا لمقتضيات الفصل:26 من الظهير الشريف رقم:58.008 وهذه التعويضات والمنح قد تكون عامة تطبق على جميع الموظفين العموميين وقد تكون خاصة بفئة معينة منهم؛

وتستند **التعويضات العامة** في تقريرها إلى النص التشريعي لا إلى القرار الإداري،فهي بذلك لا تخضع لقيد المدة المقررة قانونا في القرارات الإدارية أو لسحبها أو إلغائها،ومن ثمة يكون للموظف العمومي حق الطعن في التعويضات او المطالبة بها في أي وقت.

أما **التعويضات الخاصة** بفئة معينة من الموظفين العموميين ،كمثال عن ذلك القضاة ورجال السلطة والموظفين الدبلوماسيين والقنصليين العاملين بالخارج ورجال التعليم الباحثين بالتعليم العالي وبمؤسسات تكوين الإطارات العليا ورجال التعليم والموظفين الإداريين الجارية عليهم الأنظمة الأساسية الخاصة بوزارة التربية الوطنية،وتقرر هذه التعويضات تبعا لطبيعة العمل الذي يمارسونه سواء أكانت تلك الطبيعة العملية ترجع إلى طبيعة الأماكن التي يعملون بها او ما تتطلبه أهمية وخطورة ما يشغلونه من مناصب...،وقد تمت إعادة النظر في هذه التعويضات بالنظر إلى ارتفاع الأسعار في إطار التقلبات الاقتصادية فصدرت اثر ذلك عدة مراسيم*تهم عدة قطاعات متعددة ومختلفة [1830] ؛

- **الترقيات:** ويقصد بها أن يشغل الموظف العمومي وظيفة درجتها أعلى من درجة الوظيفة التي كان يشغلها قبل الترقية بحسب مفهوم الفصول من:28 إلى 36 من قانون الوظيفة العمومية[1831] ؛

وتتخذ الترقية بصفة عامة صورتين يتعلق الأمر إما بالترقية بطريق الأقدمية أو بطريقة الاختيار،إلا أن الطريقة المثلى في ذلك هي الجمع بين الطريقتين،طبقا لمقتضيات الفصل:30 من قانون الوظيفة العمومية الذي نص على انه لا يقع الترقي إلى رتبة والى درجة

(1828) تنص الفقرة الثانية من الفصل 26 المكرر (5 مثلث) على أنه : يقصد بالوظيفة ، لتطبيق أحكام هذا الفصل : كل عمل يقوم به الموظف خلال أوقات العمل الإدارية علاوة على وظيفته النظامية بصفة دائمة أو عرضية مقابل أجرة كيفما كانت طبيعتها أو نوعها .

(1829) انظر قرار المحكمة الإدارية بالرباط،حكم عدد:313 بتاريخ:20-03-2000،ملف رقم:98/411غ،حكم غير منشور؛

(1830) انظر الأنظمة الأساسية الخاصة في موقع الأمانة العامة للحكومة لكل فئة على حدة؛

(1831) انظر قرار المحكمة الإدارية بوجدة،قسم القضاء الشامل،ملف الوضعية الفردية للموظفين،ملف رقم:83-7105-2016،حكم عدد:180 بتاريخ:15-03-2017 غير منشور،جاء فيه:-وحيث انه بالرجوع الى المادة:3 من المرسوم رقم:403-04-2 المشار اليها نجدها تنص على انه يتم الترقي عن طريق امتحان الكفاءة المهنية في حدود 11 في المائة سنويا من عدد الموظفين المتوفرين على اقدمية 6 سنوات في الدرجة،حكم غير منشور؛

إلا بطريق الاختيار،ويكون الترقي إلى الطبقة ناتجا في آن واحد عن أقدمية الموظف وعن النقط المحصل عليها تبعا للجدول المعد لها الغرض[1832] ؛

وفي رأينا،انه يتعين على الرؤساء تقييم الموظفين تبعا لكفاءتهم المهنية والقيام بالمهام على أحسن وجه بنكران الذات وخدمة الوطن تطبيقا لمبدأ المساواة بين الجميع،بغية الرفع من مردودية الإدارة وتطبيقا لمبدأ الحكامة الجيدة،وليس على أساس منطق الو لاءات ولو خارج إطار القانون (1833) ؛

- **الرخص الإدارية** :تمنح للموظف الرخص السنوية للموظف تطبيقا لفكرة الراحة السنوية،بحيث يتقرر له كوسيلة للراحة عن عناء سنة كاملة من العمل المتواصل،وتجديدا لنشاطه وحيويته تمهيدا لبدئ مجهود سنة جديدة في خدمة الإدارة؛

ولقد حدد المشرع مدتها بشهر واحد عن كل سنة زوال أثناءها الموظف مهامه؛

وتجدر الإشارة أن الدولة مكنت الموظف برخص أخرى ويتعلق الأمر بالرخص الاستثنائية،ورخص التغيب[1834] ؛

التقاعد:بانقطاع صلة الموظف بالإدارة لسبب من الأسباب القانونية يصبح له الحق في الحصول على راتب معاش اذا استوفى شروطه،وهذا المعاش عبارة عن مبلغ يصرف للموظف أو المستخدم عند انتهاء خدمته بصورة نظامية أو إصابته بعجز يؤول إلى المستحقين له والى أبويه بعد وفاته،وذلك مقابل المبالغ التي تقتطع من أجرته ومساهمات الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العامة التابع لها؛

وعموما فإن للوظيفة العمومية مفهومان هما: المفهوم الشخصي والمفهوم الموضوعي؛

المفهوم الشخصي:يعتبر الوظيفة العمومية مهنة يتفرغ لها الموظف ويكرس لها حياته،ويتمتع بمزايا وحقوق وضمانات تختلف عما هو مقرر للوظائف الخاصة؛

المفهوم الموضوعي : لا تعتبر الوظيفة العمومية مهنة،إنما تعتبر عملا تخصصيا له خصائص محددة يحتاج في ممارسته إلى شخص فني متخصص له خبرة ودراية بالعمل الذي سيتولى أعباءه ويمارس مسؤولياته؛

وبهذا المعنى فإن الوظيفة العمومية أداة أساسية في يد الدولة لدعم التنمية وإشباع حاجيات المواطنين،وانطلاقا من هذا التعريف المركب يمكن استنتاج مدلولين اثنين للوظيفة العمومية:

الأول : على المستوى المضمون والمتعلق بالنشاط الإداري أو الخدمات الإدارية والموظفين الذين يقومون بهذا النشاط ويقدمون هذه الخدمات.

الثاني : على مستوى الشكل ويخص مجموعة القوانين المتحكمة في المسار الوظيفي للموظف وطريقة تسيير الإدارة .

الفقرة الثانية:حماية الدولة لموظفيها من الاعتداءات والتهجمات والعمل على تكوينهم:

أ- أول ما يسترعي الانتباه في هذا المجال هو الفصل 19 من ق وع والذي ينص على ما يلي : "يتعين على الإدارة أن تحمي الموظفين من التهديدات والتهجمات والإهانات والتشنيع والسباب الذي قد يستهدفهم أثناء القيام بمهامهم وتعوض إذا اقتضى الحال وطبقا للنظام الجاري به العمل الضرر الناتج عن ذلك في كل الأحوال التي لا تضبطها التشريعات الخاصة برواتب التقاعد وبضمانة الوفاة حيث أن الدولة هي التي تقوم مقام المصاب في الحقوق والدعاوى ضد المتسبب في الضرر.

بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الجنائي في الفصول من: 263 إلى 267 عاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنتين من ارتكب عنفا أو إيذاء ضد أحد رجال القضاء أو الموظفين العموميين الخ ... وإذا ترتب عن العنف إراقة الدم أو جرح أو مرضا وإذا ارتكب مع سبق الإصرار أو الترصد أو ارتكب ضد أحد رجال القضاء أو الأعضاء المحلفين أثناء الجلسة فإن الحبس يكون من سنتين إلى خمس سنوات فإذا

1832 ()-للزيادة في التوضيح فقد اصدر الوزير المكلف بتحديث القطاعات العامة قرار رقم:06.1725 الصادر بتاريخ:02 رجب 1427-28-07-2006-متضمنا نموذجا لبطاقة التنقيط وتقرير تقييم موظفي الإدارات العمومية،منشور بالجريدة الرسمية عدد:5379 بتاريخ:17 ذو القعدة 1426 -19 ديسمبر 2005- ص3528 ؛

(1833) مليكة الصروخ،القانون الإداري،دراسة مقارنة،مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء،طبعة:2010 ص:382؛

1834 () يراجع في ذلك الفصول:41 و 75 مكرر و 45 مكرر من الظهير الشريف رقم:1.58.008 بتاريخ:24 فبراير 1958،كما يراجع منشور السلطة الحكومية المكلفة بالوظيفة العمومية رق/12 وع الصادر في:1979/05/14،الجزء الثاني من مجموعة – النصوص الإدارية،ص:221؛في الهامش؛

ترتب عن العنف قلع أو بتر أو حرمان من استعمال عضو أو عمى أو عور أي عاهة مستديمة فإن العقوبة تكون من 10 إلى 20 سنة ... الخ وإذا ترتب عنه موت دون نية الإحداث فإن العقوبة تكون من 20 إلى 30 سنة. وبإيجاز فإن المشرع جرم كل فعل أدى إلى إهانة موظف عمومي أو الاعتداء عليه أثناء مزاولته لعمله؛

ب- التكوين المستمر:إن تكوين الأطر المغربية كان هو السبيل لإنقاذ الوظيفة العمومية من الخصاص في الكفاءات،وهذا التوجه لم يكن اختيارا انفرد به المغرب،فالستينات قد واكبت مرحلة انعتاق العديد من الدول من رزح الاستعمار وانشغالها ببناء البلد على أسس علمية،ولذا لجأت هذه الدول لتقنية التكوين من اجل إعداد هياكلها البشرية،التي ستضطلع بتدبير الشأن العام وتحقيق تنمية مندمجة لبلدانها[1835]؛

وثمة عدة نصوص قانونية وتنظيمية تشير من قريب أو بعيد للتكوين المستمر – التدريب واستكمال الخبرة-ويتعلق الأمر بالنظام الأساسي للوظيفة العمومية والمرسوم المتعلق بتحديد أجور الموظفين الذين يتبعون دروسا لاستكمال الخبرة،وأخيرا المرسوم المتعلق بالتكوين المستمر لفائدة موظفي وأعوان الدولة من خلال ثلاث محطات الأولى بدأت بتاريخ:24-02-1958 مرورا بموسوم 16 دجنبر 1957 وانتهاء بالمرسوم الجديد المتعلق بالتكوين المستمر لفائدة موظفي وأعوان الدولة وكذلك القرار التطبيقي بتحديد إستراتيجية التكوين المستمر بتاريخ:07-07-2009؛

وفي رأينا ينبغي أن يكون التكوين المستمر مسايرا للتغيرات والتطورات العالمية وليس الوطنية فحسب ، حتى يرقى الموظف العمومي للمستوى الذي ينشده المواطن .

المطلب الثاني: الوظيفة العمومية في التشريع المقارن:

لاستيعاب مفهوم الوظيفة العمومية في بلد ما يجب أن نقر أن سمات و خصائص الوظيفة العمومية تختلف تبعا لاختلاف العوامل المؤثرة فيها من تاريخية واقتصادية وسياسية وثقافية؛

إلا أن هناك تيارين تتمحور حولهما مختلف أشكال الوظيفة العمومية :

· النظام الأمريكي : الذي يعتبر الوظيفة العمومية كنظام للتشغيل و كعلاقة تعاقدية وهو ما يصطلح عليه بالنظام المفتوح؛

· النظام الفرنسي : حيث الوظيفة العمومية مهنة دائمة تتميز بالدوام و الثبات و الاستقرار وهي بالتالي علاقة تنظيمية تعاقدية ، وهو ما يطلق عليه بالنظام المغلق؛

الفقرة الأولى : المميزات الأساسية للوظيفة العمومية في النظام المفتوح (الولايات المتحدة الأمريكية نموذجا).

يطلق على الوظيفة العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية الخدمة المدنية حيث تتميز بعدم الاستقرار والدوام وهو ما يطلق عليه بمبدأ تأقيت الوظيفة العمومية الذي أطلقه الرئيس الأمريكي جيفرسون وذلك لفتح الفرصة المتكافئة أمام جميع المواطنين لشغل الوظائف العمومية ، وتم إقرار هذا المبدأ من طرف البرلمان الأمريكي سنة 1920 وبالتالي حددت شغل المناصب في إدارة الدولة بأربع سنوات. كما توسع هذا المبدأ على يد الرئيس جاكسون وأصبح مبدأ عاما يقضي باعتبار الوظائف العمومية غنيمة للحزب المنتصر في الانتخابات؛

كما أن الأخذ بفكرة تأقيت الوظيفة مرده إلى أن دائمية الوظيفة تجعل الموظف ينظر إليها كنوع من الملكية الخاصة يستغلها لصالحه على حساب الصالح العام،والتي يمكن أن تشكل اعتداء خطيرا على الحرية الفردية،بالإضافة إلى أن المناداة بهذا المبدأ فرضتها فكرة المساواة التي يعيشها الأمريكيون؛

وينتج عن مبدأ تأقيت الوظيفة العمومية أن الموظف خلال شغله لهذا المنصب لا يتمتع خلالها بأي امتيازات تضمن له حق البقاء في الوظيفة،إذ بإمكان الإدارة إنهاء خدمته متى شاءت ولأي سبب،وبالمقابل فإن للموظف حق الاستغناء عن وظيفته في أي وقت

[1835] في الهامش محمد بن التهامي،الوظيفة العمومية المغربية بين وحدة الدور والهدف وتعدد الأنظمة،أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام،جامعة محمد الخامس اكدال،الرباط،السنة الجامعية،2000 ص:87؛

بمجرد إشعاره للإدارة بفترة زمنية مناسبة،وهكذا فإن الوظيفة في النظام الأمريكي ليست حقا من حقوق الأفراد وإنما تعد تكليفا لخدمة المجموع؛

الفقرة الثانية : المميزات الأساسية للوظيفة العمومية في النظام المغلق (فرنسا نموذجا):

لم تعطي التشريعات الفرنسية تعريفا محددا للموظف العام،إنما اكتفت بتحديد الأشخاص الذين تسرى عليهم أحكام تلك التشريعات ، فقد نصت الفقرة الأولى من قانون التوظيف الفرنسي رقم 2294 الصادر في 19 اكتوبر1946 " يسرى على الأشخاص الذين يعينون في وظيفة دائمة ويشغلون درجة من دراجات الكادر في إحدى الإدارات المركزية للدولة أو في إحدى الإدارات الخارجية التابعة لها أو في المؤسسات القومية ."وقد نص نظام الموظفين الصادر بالامر59_224 في 04 فبراير1959 الذي حل محل قانون 19 أكتوبر1946 والقانون الخاص بحقوق و التزامات الموظفين رقم 634 الصادر في 13 يوليو 1983 على نفس المفهوم . ويتبين من ذلك أن المشرع الفرنسي يطبق أحكامه على من تتوافر فيهم الشروط الآتية-1 : الوظيفة الدائمة-2 . الخدمة في مرفق إداري عام [1836] ؛

أما على صعيد الفقه والقضاء فقد عرف الأستاذ " هوريو Hauriou "الموظفين العامين: "كل الذين يعينون من قبل السلطة العامة تحت إ سم موظفين أو مستخدمين أو عاملين أو مساعدي عاملين يشغلون وظيفة في الكوادر الدائمة لمرفق عام تديره الدولة أو الإدارات العامة الأخرى "،وعرفه دويز Duez ، وديبير Debeyre بأنه " كل شخص يساهم في إدارة مرفق عام يدار بالاستغلال المباشر من قبل الدولة ويوضع بصورة دائمة في وظيفة داخله في نطاق كادر إداري منظم . " وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الموظف هو " كل شخص يعهد إ ليه بوظيفة دائمة في الملاك وتكون في خدمة مرفق عام"، و اشترط أن يكون المرفق العام إداريا،أما المرافق الصناعية والتجارية فقد فرق فيها بين شاغلي الوظائف الإدارية والوظائف الأقل أهمية Subalterne،واعتبر العاملين في النوع الأول من الوظائف موظفين عامين أما الوظائف الأخرى فأخضعها للقانون الخاص وعزى هذه التفرقة إلى أن شاغلي وظائف المحاسبة والإدارة أكثر ارتباطاً بالمرفق العام؛[1837]

وتقوم الوظيفة العمومية في فرنسا عموما على مبدأ دائمية الوظيفة،بمعنى أن يتفرغ لها الموظف مدى حياته الإدارية تحقيقا للمصلحة العامة ، ويربط مستقبل حياته بمستقبل الوظيفة ذاتها وبما هو مقرر لها من ضمانات تكفل له الحصول على مزايا تزداد كلما تقدمت به السن في الوظيفة ولا يكون له حق مطالبة الدولة بحقوق ومطالب مهنية ويخضع للسلطة الرئاسية خضوعا تاما تكاد تختفي شخصيته وراء شخصية الرئيس الذي يسأل عنه سياسيا ، وينفرد بضمانات خاصة وتفرض عليه التزامات خاصة يتحملها وحده دون الأفراد العاديين؛

وقد استمدت الوظيفة العمومية معناها ومفهومها من طبيعة وصيغة التطور السياسي الذي عرفته فرنسا بعد ثورة 1789 التي أحدثت تغييرا جذريا في الفكر الاجتماعي والسياسي وأقرت مبادئ متعلقة بالحرية والديمقراطية والمساواة انعكست بشكل إيجابي على الوظيفة العمومية؛

إن أهم ما يميز هذا النظام هو اتسامه بالدائمية والاستمرارية وهو ما يعبر عنه بنظام السلك الذي يعتمد على دائمية الوظيفة التي من خلالها يحس الموظف بنوع من الاطمئنان على تأمين مستقبله ومستقبل أسرته؛

إن الفرق الأساسي بين المفهومين الأمريكي والفرنسي للوظيفة العمومية هو أن الاتجاه الأمريكي يجعل منها نظاما للتشغيل لا يختلف في مجراه عن النظام المطبق على العاملين في القطاع الخاص ، أما النظام الفرنسي فإنه يجعل منها نظاما لمهنة دائمة ، وهذان المفهومان تأثرا بمفهوم الدولة في كلا النظامين؛

[1836] محمد جودت الملط – المسؤولية التأديبية للموظف العام – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – 1967 – ص 7.

[1837] عتيق الزيادي ، المسؤولية الشخصية للموظف العمومي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق بالدار البيضاء ، طبعة 200، ص 25 .

فإذا كان النظام الأمريكي لا ينظر إلى الدولة نظرة الإجلال والتعظيم ، فإن النظام الفرنسي على العكس من ذلك يميل إلى تعظيم دور الدولة وإمدادها من الوسائل ما يمكنها من تحقيق المصلحة العامة ، مما دعا إلى تمتيع الإدارة بامتيازات هامة وخضوعها لقانون يغاير القانون الخاص وهو القانون الإداري وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع المغربي؛

المبحث الثاني:سلبيات التبعية في الوظيفة العمومية بين التشريع المغربي والقانون المقارن:

مما لاشك فيه أن القانون الإداري ولئن مكن الموظف بمجموعة من الحقوق الايجابية باعتباره ممثلا للدولة من خلال قانون الوظيفة العمومية،فانه وعلى العكس من ذلك،قد يتعرض لأساليب من شانه المساس بوضعيته الإدارية،أو قد يخضع لمسطرة تأديبية أو لتنقيل أو إعفاء،لا يليق بمكانته وتبعا لمبدأ المساواة بين جميع الموظفين،فما هي إذن هذه السلبيات،تلكم إذن هي التفاصيل التي سنتعرض لها من خلال تحليلنا لها في هذا المبحث؛

المطلب الأول: مبدأ طاعة الموظف العمومي لرئيسه بين مبدأ الشرعية والسلطة التقديرية:

تنطوي الالتزامات على واجبات ينبغي على الموظف العمومي القيام بها وعلى أعمال يحظر عليه تأديتها (1838)؛

وفي هذا الإطار فان الموظف ملزم بطاعة رؤسائه والتقيد بتعليماتهم وفق ما يملونه من توجهات يرون على أنها تخدم سير الإدارة،لكن الإشكال يطرح عندما يجد المرؤوس انه أمام مجموعة من الأوامر من مصادر مختلفة غير منسقة فيما بينها أو في حالة تنافي أوامر الرئيس مع النصوص القانونية المنظمة لقانون الوظيفة العمومية؛

فالمرؤوس هنا أمام إكراهات متعددة قد تؤثر على علاقته برئيسه وكنتيجة مباشرة لذلك قد يتعرض لحيف فيما يخص بعض حقوقه التي يوعد حق الاستفادة منها لتقييم الرئيس وفي حالة اللجوء إلى القضاء يصعب إثبات النية الانتقامية للرئيس واستهدافه للمرؤوس؛

ويقوم تنظيم الوظيفة العمومية على الرابطة الرئاسية التي تجعل من الطاعة الرئاسية إحدى أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الموظف،بحيث يلتزم الموظف العمومي بضرورة الامتثال للأوامر الصادرة إليه عن رؤسائه في نطاق عمله وهذا ما يطلق عليه بالتبعية بمفهومها الواسع؛

ونحن نرى أن الرئيس يجب أن تتوفر فيه من الكفاءة لتحمل المسؤولية في تقييم مرؤوسيه،استنادا إلى مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة،واستنادا على معيار الكفاءة في خدمة المرفق العمومي،وليس على أساس منطق الو لاءات خارج إطار القانون،وعلى الإدارة أن تتحمل مسؤوليتها في اختيار من يمثلها على أحسن وجه خدمة للوطن والمواطنين استنادا إلى مبدأ الإدارة في خدمة الموطن بكل نزاهة وشفافية؛

ولئن كان واجب الطاعة من الالتزامات الأساسية للموظف واحد من الموضوعات ذات الأهمية الكبرى في عمل الإدارة عامة وفي مجال القانون الإداري خاصة فإننا نرى ضرورة تناوله من حيث مقوماته الأساسية،وصور الامتثال الرئاسية إلى جانب التبعية المرفقية؛

الفقرة الأولى : المقومات الأساسية لواجب الطاعة:

يجدر بنا بداية التساؤل عن لمقصود بالرئيس قبل الحديث عن صور الامتثال للأوامر الرئاسية؛

(1838) علي الغرداك ، رسالة لنيل الماستر في التدبير الاستراتيجي للموارد البشرية في الإدارة والمقاولات،حقوق وواجبات الموظف العمومي على ضوء الاجتهاد القضائي،الموسم الجامعي:2010/2009،ص:59؛

- يتعين على الموظف أيضا احترام واجب الدستور والتقيد بالقانون- انظر ميثاق حسن سلوك الموظف العمومي في الملحق-
- كما يلتزم المرؤوس بضرورة الاحتفاظ بإسرار الإدارة داخلها واجب كتمان السر المهني يعد من الضروريات الأساسية التي يقوم عليها،فهو بحكم وضعه الوظيفي يطلع على الكثير من الأسرار التي تخص المرفق والتي قد يؤدي الإفصاح عنها إلى اضطرابات في السير العادي لهاته المرافق؛ و إن كان الأمر لم يعد كذلك مع دستور 2011 الذي نص على الحق في الحصول على المعلومة ؛
- للمزيد راجع مشروع قانون رقم 13-31 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات كما وافق عليه مجلس المستشارين بتاريخ : 2018/01/09 مع مراعاة الاستثناءات الواردة في مقتضيات المادة 2 منه (المشمولة بطابع السرية) ؛

أ- المقصود بالرئيس:

إن تحديد من هو الرئيس قد يبدو للوهلة الأولى أمرا يسيرا،لكن الواقع أن هذا التحديد تكتنفه مجموعة من الصعوبات،فغالبا ما يكون هناك رؤساء عديدون لذات المرؤوسين علاوة على أجهزة رقابية خارجية،ناهيك عن الاختصاصات وتداخلها فيما بين الأجهزة الإدارية؛

وإذا كان التشريع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة قد امتنع عن إعطاء تعريف للرئيس فقد ذهب بعض الفقه إلى تعريفه اعتمادا على كيفية انجاز الرئيس للعمل،فعرفه بأنه كل شخص يشرف إداريا على مجموعة معينة من الأفراد في مجال الوظيفة العامة لتحقيق هدف معين ويستخدم الأسلوب الإنساني أو السلطة الرسمية عند الاقتضاء أو الضرورة في الحدود؛ في الهامش:طارق حسن الزيات ص:249 و مايليها؛

كما عرفه البعض الآخر بأنه يعد رئيسا كل موظف يجوز له إصدار أوامر وتعليمات ملزمة لمن هو دونه من الموظفين(1839) .

بيد انه إذا كان الرئيس هو الذي يملك سلطة إصدار أوامر ملزمة لمرؤوسيه،فانه في ظل تشعب السلطات وتوزيعها بين أكثر من رئيس داخل المصلحة الواحدة وفي ظل تعدد التخصصات الوظيفية فان الأمر الذي يثور هنا يتعلق بمن هو الرئيس الذي يجب طاعته؛

بخصوص هذا الإشكال،فإذا تعلق الأمر بقوانين ولوائح تسند لعدة رؤساء سلطة إصدار هذه التعليمات إلى موظف واحد أو عدة موظفين،فالأمر لا يكون محل شك في ضرورة طاعتهم جميعا،لكن ماذا عن الرؤساء الذين هم في درجات الموظف المرؤوس،وفي حالة ما إذا كانوا يعملون في اختصاص آخر خلاف هذا الرئيس هل يجب على الموظف طاعته مثلا:رئيس جماعة ورئيس قسم الموارد البشرية من داخل نفس الجماعة،ورئيس مصلحة متفرعة عن هذا الأخير أعطوا تعليمات تختلف في مضمونها وشكلها للموظف من اجل القيام بمهمة من داخل نفس الجماعة،فمن هو الأجدر بالطاعة في هذه الحالة (1840)

في هذا الصدد،نعتقد أن المرؤوس لا يلتزم بالطاعة إلا اتجاه رئيس الجماعة ليس الا،أما سوى هؤلاء من الرؤساء فهو يلتزم اتجاههم فقط بواجب الاحترام والتقدير؛

وعموما يمكن القول أن الطاعة الرئاسية هي الواجب الذي يقع على عاتق المرؤوس ويفرض عليه الامتثال والخضوع لتعليمات وأوامر رؤسائه وفق المقتضيات القانونية الجاري بها العمل؛

ب- صور الامتثال للأوامر الرئاسية:

الصورة الايجابية للامتثال تتضمن الالتزام بتنفيذ عمل معين ذي طبيعة إدارية كان يقوم الموظف بالنيابة عن الإدارة بإجراء صفقة ما أو بتحرير عقد أو بنقل مستندات بين فروع الإدارة،أما الصورة السلبية فتتضمن الامتناع عن القيام بعمل معين كالالتزام بعدم التدخين في أماكن معينة من العمل،كما يعد من الصور السلبية الالتزام بالكف عن إقامة عراقيل التي تشل فعالية أوامر رؤسائه وتحبط من مجهوداتهم التي بذلت في إعدادها أو أن يتخذ موقفا معارضا لها صراحة أو ضمنا يكون هدفه عرقلة التنفيذ (1841)

.

(1839)فالموظف لايتصرف لحسابه الخاص وانما لحساب الادارة،وهنا تطرح مسالة الخطا الشخصي ام الخطا المرفقي،وماينبغي الاشارة اليه اساسا فالقاضي على سبيل المثال،فهو وان خوله المشرع سلطة تقديرية في بعض المواد القانونية،الا انه ملزم بتطبيق القانون والا احيل على المجلس في حالة ارتكابه لاخطاء جسيمة تبعا لمقتضيات المادة:97 من القانون الاساسي للقضاة؛

- طارق حسين الزيات،حرية الرأي لدى الموظف العام- دراسة مقارنة مصر-فرنسا،الطبعة الثانية السنة 1998،ص:249 وما يليها؛

(1840) علي غرداك،المرجع السابق ص:63؛

في هذا الصدد نعتقد ان المرؤوس لا يلتزم بالطاعة الا اتجاه رؤسائه في ذات المصلحة او الفرع الذين يملكون سلطة أوامر ملزمة له لا لغيره،أما سوى هؤلاء من الرؤساء فهو يلتزم اتجاههم فقط بواجب الاحترام والتقدير؛

(1841) انظر قانون رقم:06-54 المتعلق بإحداث التصريح الإجباري لبعض منتخبي المجالس المحلية والغرف المهنية وبعض فئات الموظفين أو الأعوان العموميين بممتلكاتهم الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم:202-07-1 بتاريخ:20 شوال 1429 الموافق ل 20 أكتوبر 2008؛

وتتنوع الأوامر الرئاسية إلى التعليمات والمنشورات ومذكرات الخدمة والأعمال ذات النماذج(1842) ؛

ويشترط في هذه الأوامر الوضوح أي أن يتخذ الرئيس عند اصداره للأوامر والتعليمات أسلوبا معبرا وبسيطا،حتى تأتي صياغتها على درجة من الوضوح لتجنب التأويل وتحقيق الهدف المرجو منه،ويعتبر من قبيل الوضوح على سبيل المثال ولا الحصر-:إعطاء أمر من طرف الرئيس لمرؤوسيه من اجل القيام بمهمة مسك السجلات المتعلقة بالحالة المدنية وتضمين جميع الرسوم فيه مع ضرورة المراجعة هذا الأمر فيه نوع من الوضوح،وعلى خلاف ما إذا تلقى الموظف أمرا بضرورة الإخبار عن الموظفين فهذا الأمر ليست بمهمة قانونية ولم يؤطرها القانون جملة وتفصيلا،والأدهى من ذلك انه إذا كان ذات المسؤول يؤسس تقييمه للموظفين على أساس المذكور ؛

وعليه حتى لا تسقط الجهة المصدرة للأوامر في هذا الإشكال وجب خضوع طاعة الرؤساء إلى مجموعة من الضوابط القانونية ، فما هي إذن ؟

لكي يكون الرئيس مختصا بإصدار الأوامر ينبغي أن يكون قد عهد إليه بهذه السلطة من الجهة المختصة على نحو سليم،وذلك عن طريق القوانين أو اللوائح،وهذا الاختصاص قد يتحدد بنطاق مكان معين،لا يمكن له أن يتجاوزها وهذه الأوامر لا تكون ملزمة إلا من تاريخ تولي الرئيس لعمله بصفة قانونية؛

الفقرة الثانية : التبعية المرفقية:

تعني التبعية المرفقية أن الأوامر والتعليمات التي يصدرها الرئيس ينبغي أن تخص نشاط المرفق بطريق مباشر أو غير مباشر،اذ يجوز للرئيس مهما سمت مكانته أن يكلف أحدا من مرؤوسيه مهما دنا شانه بالدعاية له مثلا في الانتخابات،إلا أن هذه التصرفات تتنافى مع نشاطات المرفق العام (1843)؛

مما سبق يمكن القول بان الموظف العمومي مطالب بطاعة الأوامر الرئاسية باعتبارها الشكل التي يعبر فيها الرئيس عن رغباته وإدارته بالعمل متى صدرت وفق ضوابط قانونية سابقة،هذا بطبيعة الحال إذا تعلق الأمر بأوامر شرعية،أما إذا تعلق الأمر بخلاف ذلك فان التساؤل لا يثور حول مدى التزام المرؤوس بتنفيذ هذه الأخيرة أو بعبارة أخرى هل يلتزم الموظف بواجب الطاعة بشكل مطلق ولو تعلق بأمر غير مشروع أم انه يحق له الامتناع عن تنفيذها لمخالفتها للمشروعية أم يلتزم بتنفيذها بعد تنبيه الرئيس لعدم مشروعيتها حتى تنتفي مسؤوليته عما يترتب عنها (1844)؛

بخصوص هذا الإشكال،ذهب بعض الفقه إلى القول بان الموظف يلتزم بتنفيذ الأوامر الصادرة إليه من رئيسه ولو كانت غير مشروعة،طالما أنها لم تصل إلى حد ارتكاب الجريمة،لأنه ليس من اختصاص الموظف المرؤوس رقابة مشروعية الأوامر الصادرة إليه من رئيسه وحتى لا يثور جدل بين الرئيس والمرؤوس حول شرعية الأمر الصادر إليه مما يعرقل سير العمل وارتكابه في المرفق العام(1845) ؛

وهذا الرأي يعطي الأولوية لمبدأ الطاعة مغلبا إياه على مبدأ الشرعية بيد أن الرأي الأخير وان كان يذهب إلى ذلك عملا على مصلحة سير العمل بالمرافق العامة إلا انه يجعل المرؤوس مجرد آلة تنفيذ أوامر الرؤساء ويقضي على حريته في إبداء الرأي في مناقشة رؤسائه،ويقتل فيه ملكة البحث عن الصواب، بالإضافة إلى إصداره لمبدأ المشروعية باعتباره الطابع المميز للدولة الحديثة وعلى هذا الأساس ذهب رأي آخر إلى إعطاء الأولوية لهذا المبدأ الأخير،حيث أن الموظف يكون في حل من تنفيذ الأمر الصادر إليه إذا كان هذا الأخير غير مشروع لمخالفته القانون(1846)؛

(1842) مليكة الصروخ ،النظام القانوني للموظف العمومي المغربي،ص 263 وما يليها؛

(1843) عاصم احمد عجيلة:طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة،عالم الكتاب الطبعة الرابعة:1992 ص،52 الطبعة الأولى مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء،سنة 1984 ص:263 وما يليها؛

(1844) علي الغرداك،المرجع السابق ص:64؛

(1845) عبد الفتاح حسن،التأديب في الوظيفة العامة،مطبعة القاهرة:2000 ص:391 منه؛

(1846) علي عبد الفتاح محمد خليل،الموظف العام وممارسة الحرية السياسية،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية،القاهرة 2002 ص:185؛

بيد أن هذا الرأي وبالرغم من وجاهة الحجج التي قدمها،فانه يترتب على الأخذ به ارتباك العمل في المرافق العامة نتيجة للتضارب بين الرئيس والمرؤوس للخلاف على مشروعية الأوامر من عدمها كما أن ذلك قد يكون ذريعة للتطاول على الرؤساء والتمرد على أوامرهم،وهذا ما جعل الاتجاه الغالب يأخذ بحل وسط في هذا الإطار مؤداه انه كقاعدة عامة يلزم المرؤوس بتنفيذ أوامر الرئيس أيا كانت بشرط تنبيه الرئيس بعدم مشروعيتها وعدم قانونيتها وفي حالة التنفيذ يكون الرئيس هو الوحيد المسؤول عن تنفيذ الأوامر ولذلك يوفق هذا الرأي بين مبدأ حسن سير المرافق العامة وتحديد مسؤولية تنفيذ هذه الأوامر؛

وفي هذا الصدد نعتقد أن هذا الرأي الأخير حري بالتأييد إذ يترتب على الأخذ به بلا شك ضمان حسن سير العمل بالمرفق العام،إذ يجنب التضارب بين الرئيس والمرؤوس،فهو يلزم هذا الأخير بطاعة أوامر رئيسه في جميع الحالات مع منح المرؤوس حق لفت نظر رئيسه إلى عدم مشروعية الأمر الصادر عنه،وإذا أصر على تنفيذه فانه يتحمل مسؤولية هذا التنفيذ وبالتالي تنتفي المسؤولية عن المرؤوس هذا بالنسبة لموقف الفقه فماذا عن التشريعات المقارنة(1847)؛

كانت المادة 13 من قانون الموظفين الفرنسي الصادر في 14-12-1948 تلزم الموظفين بطاعة الرؤساء طاعة عامة،إلا انه إذا تبين للمرؤوس أن الأمر الرئاسي الذي صدر إليه مشوبا بعدم المشروعية ا وان تنفيذه قد يؤدي إلى إحداث أضرار جسيمة،فانه في مثل هذه الحالة ينبه الرؤساء إلى ذلك،فإذا أصر الرؤساء على تنفيذ الأوامر وجب على المرؤوس تنفيذها مع مسؤولية الرئيس عن هذا التنفيذ(1848)؛

غير أن القوانين اللاحقة على هذا التشريع التزمت الصمت اتجاه هذه المسالة إلى أن صدر قانون 13-07-1983 الذي نص في المادة 28 منه على أن كل موظف أي كانت درجته في السلم الإداري هو مسؤول عن تنفيذ المهام الموكولة إليه ويجب أن يخضع لتعليمات رؤسائه إلا في حالة كون الأوامر والمعطيات ظاهرة غير مشروعة ومن طبيعتها أن تضر بخطورة إحدى المصالح العامة؛

فقد قضى مجلس الدولة بأنه إذا كان الأمر مشوبا بعدم مشروعية صارخة وكان من شان تنفيذه أن يهدد بشكل خطير المصلحة العامة،فان طاعة الأمر في هذه الحالة يكون خطا تأديبيا يستوجب العقاب؛ **في الهامش:علي عبد الفتاح محمد خليل،م س ص :357**؛

وبخصوص موقف المشرع المصري،فقد جاء في المادة:78 من القانون رقم:47 لسنة 1978 ما يلي: لا يعفى العامل من الجزاء استنادا إلى أمر صادر إليه إلا إذا اثبت أن ارتكاب المخالفة كان تنفيذا لأمر مكتوب بذلك وصادر من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة إلى المخالفة،وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على من اصدر الأمر وحده(1849) ؛

من خلال نص هذه المادة يتضح أن الوضع في القانون المصري يختلف عن نظيره الفرنسي الذي يعطي الأولوية لمبدأ الطاعة إلا إذا كانت عدم المشروعية ظاهرة وواضحة يترتب عليها ضرر خطير بالمصالح العامة،في حين يعطي المشرع المصري الأولوية لمبدأ المشروعية حيث انه قد أعفى الموظف من واجب الطاعة الرئاسية إذا كان الأمر غير مشروع بطبيعته،ولم يتضمن القانون المصري الإشارة إلى كون هذا الأمر يعرض المصالح العامة للخطر مكتفيا بان عدم المشروعية بحد ذاته يجعل المرؤوس يتحلل من المسؤولية،فطبقا لنص المادة يعفى المرؤوس من تنفيذ الأمر الغير مشروع إذا توفر شرطان؛

- تنبيه المرؤوس إلى رئيس كتابة على أن الأمر مخالف للقانون؛
- أن يكون الأمر صادر من الرئيس إلى المرؤوس مكتوبا؛

وإذا كان هذا موقف بعض التشريعات المقارنة فماذا عن موقف المشرع المغربي من إشكالية التوفيق بين واجب الطاعة واحترام مبدأ المشروعية(1850) ؛

(1847) علي الغرداك،المرجع السابق ص 67؛

(1848) علي الغرداك،المرجع السابق ص 67؛

(1849) علي الغرداك،المرجع السابق،ص:68؛

(1850) علي الغرداك،المرجع السابق،ص:68؛

ISSN:2509-0291

إن أول ملاحظة يمكن تسجيلها في هذا الصدد هو سكوت النظام الأساسي للوظيفة العمومية عن هذه المسالة،بيد انه بالرجوع للفصل 60 من ظهير 14 شتنبر 1979 الذي ينص على أن تبرا ساحة مرتكبي المخالفات المشار إليها في الفصل 56 بتقديم أمر كتابي صادر عن رئيسهم الإداري أو عن أي شخص مؤهل لإصدار هذا الأمر وفي هذه الحالة تحل مسؤولية الشخص الصادر عنه الأمر محل مسؤولية الذي قام بتنفيذه(1851) ؛

من خلال مقتضيات هذا الفصل يتضح أن المشرع المغربي يعفي الموظف من مسؤولية تنفيذ أمر رئاسي الغير مشروع متى صدر له هذا الأمر بالصيغة الكتابية دون أن يلزمه واجب تنبيه الرئيس بعدم مشروعية الأمر الصادر عن هذا الأخير،غير أن هذا النص يتعلق بحالات محددة حصرا الأمر الذي يقودنا إلى التساؤل حول ما إذا كان الموظف ملزما بتنفيذ الأمر الصادر عن رئيسه إذا كان يتسم بعدم المشروعية،مادام انه يتقاضى أجرا مقابل تنفيذ الأوامر؛

المطلب الثاني: التأديب والتنقيل والإعفاء (1852) :

يعد موضوع التأديب من المواضيع الأساسية التي حظيت باهتمام الباحثين،باعتباره من المؤثرات الأساسية،الأمر الذي جعل الاهتمام بدراسته تفرضه الرغبة في عدم إخلال الموظفين بواجباتهم والخروج عن مقتضياتها،قصد رفع كفاءتهم ومردوديتهم،بما يكفل تحقيق الانضباط والفعالية داخل المؤسسة أو الجماعة التي ينتمون إليها،وعلى هذا الأساس،فان النظام التأديبي يشكل مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف إلى تحقيق توازن عملي بين متطلبات الصالح العام،المتمثلة في حرص الإدارة على تنظيم المرافق العمومية،وبين حق الموظف في توفير الضمانات والإجراءات التي تؤكد له الاستقرار وتدفعه الى التفاني في العمل بكل عدل وإخلاص(1853) ؛

لذلك فان الموظف الذي يخل بواجباته المهنية يتعرض للعقوبة التأديبية،فهذه الأخيرة توقع من طرف السلطة التي لها حق التأديب،إذ تلتزم باختيار العقوبة الموجودة ضمن اللائحة التي وضعها المشرع وحددها في مجموعة من الجزاءات المترتبة ترتيبا تصاعديا،لكن قبل ذلك لا بد من التطرق إلى تحديد الخطأ المهني أو التأديبي وكذا تعريف العقوبة التأديبية؛

تجدر الإشارة أن التأديب أو السلطة التأديبية دور أساسي،إذ يعتبر لبحق سلاح فعال في يد الإدارة،تسخره لتحقيق اعتبارات المصلحة العامة ويتأتى ذلك عبر وظيفته المتمثلة في فرض الانضباط الذي يحافظ على تماسك مجتمع الوظيفة العمومية،وبانتفاء ذلك تعم الفوضى والتسيب بشكل يتعذر معه الحديث عن أي عمل إداري،وتكتسي هذه الأهمية دلالات عميقة،خاصة بعد صدور تقرير البنك الدولي عن الإدارة المغربية،وهي أمراض لم تكن طائفة منها لو كان التأديب يؤدي دوره في ضبط التصرفات والسلوكات داخل الإدارة (1854)؛

وبخصوص النقل،فبموجب القانون رقم 50.05 الصادر بتاريخ 19 ماي 2011،والمعدل للفصل:38 المكرر من الظهير الشريف رقم:1-58-008 الصادر بتاريخ:24-02-1958 ينص على أنه :" يوجد الموظفون المنتمون للهيئات والأطر المشتركة بين الإدارات في وضعية عادية للقيام بالوظيفة في إدارات الدولة وفي الجماعات المحلية المعينين بها. ويمكن نقلهم من إدارة عمومية إلى أخرى أو من جماعة محلية إلى أخرى أومن إدارة عمومية إلى جماعة محلية أو من جماعة محلية إلى إدارة عمومية.

يتم نقل الموظفين وفق الشروط التالية:

(1851) علي الغرداك،المرجع السابق،ص:69؛

(1852) ينص الفصل 80 من قانون الوظيفة العمومية على انه:لا يعفى الموظفون نتيجة عن حذف مناصب قارة يشغلونها إلا بمقتضى ظهائر شريفة خاصة بالتخفيض من عد موظفي الأسلاك وناصة على الشروط المتعلقة بالإعلام السابق ومنح التعويضات؛

-تنص مقتضيات الفقرة 2 من الفصل:81 من القانون أعلاه على انه:يمكن للموظف المعفى لعدم كفاءته المهنية أن يمنح تعويضا طبق شروط يحددها مرسوم؛

(1853) مجلة المنبر القانوني،جميلة عباوي،المسؤولية التاديبية للموظف،ص 167 وما يليها؛

(1854) جميلة عباوي،المرجع السابق،ص:168؛

وقد اكتفى المشرع المغربي بوصف المخالفة التاديبية بمصطلح –هفوة- للتعبير عن الخطأ وأكد هذا المصطلح في الفصل:73 من قانون الوظيفة العمومية،حيث نص على انه:اذا ارتكب احد الموظفين هفوة خطيرة سواء كان الامر يتعلق باخلال في التزاماته المهنية ام بجنحة...فانه يوقف حالا من طرف السلطة التي لها حق التأديب- وقد استعمل المشرع المصري في هذا الصدد مصطلح الذنب الإداري،اما القضاء المغربي،فقد استعمل مجموعة من المصطلحات لتعريف الخطا الذي يحدد المسؤولية الإدارية للموظف منها:وحيث انه من الثابت....بناء على اقتر افها عدد من المخالفات للضو ابط المهنية-..وحيث يستنتج مما ذكر...بانها مخالفات مهنية- ومنها ايضا :..ان المخالفة التأديبية..

- بناء على طلبهم؛

- تلقائيا بمبادرة من الإدارة العمومية أو الجماعة المحلية عندما تقتضي حاجيات المصلحة ذلك، وفي هذه الحالة تتم استشارة اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة، وإذا كان هذا النقل سيؤدي إلى تغيير محل إقامة الموظف، يمكن تخويله تعويضا خاصا؛

تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذا الفصل بموجب مرسوم"؛

وهكذا، ففي رأينا أن القانون المشار إليه أعلاه لتنزيل هذه المقتضيات القانونية،إلا أنه زاغ في جل أحكامه عن الضمانات الأساسية التي يتعين أن يتمتع بها الموظف في مواجهة أي تجاوز محتمل في استعمال السلطة من قبل الإدارة،حيث تميز هذا المرسوم بالعمومية المفرطة التي تتيح للمسؤول الإداري هامشا واسعا في تقدير نقل الموظفين الموضوعين رهن إشارة الإدارة،وبالتالي خلق أسلوب جديد في إخضاع فئة الهيئات المشتركة بين الإدارات لمزايدات غير محسوبة،وهي التي تشكل ثقلا كبيرا داخل الإدارات العمومية والجماعات الترابية، لا يستقيم التعامل معها كأملاك منقولة لفائدة الإدارة يمكن نقلها من مكان لآخر في أي وقت وحين تحت ذريعة "ضرورات المصلحة"؛

أما الإعفاء فيقصد منه استغناء الإدارة عن الموظف العمومي بصفة نهائية،وإجمالا فإنه يمكن إعفاء الموظفين من وظائفهم في الحالات التالية:

- بسبب تخفيض المناصب المالية بموجب ظهائر خاصة تنص على تخفيض من عدد موظفي الإدارات العمومية، وللإشارة فهذه الحالة لم تتحقق لحد الآن؛
- بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يمكن تسريح موظفين إلا بعد إعلامهم مسبقا بذلك ومنحهم تعويضات عن هذا الإعفاء؛
- يمكن إصدار قرار الإعفاء في حق الموظفين الموجودين في وضعية الاستيداع الذين لم يطالبوا بإعادة إدماجهم بأسلاك إدارتهم في الأجل القانوني المحدد لهم، أو عند رفضهم المنصب المسند إليهم بعد إعادة إدماجهم، وذلك بعد استشارة اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة؛
- في حالة ثبوت فقدان الكفاءة المهنية لموظف وتعذر إدراجه في أسلاك الإدارة أخرى، فإما بعض من مهامه إذا لم يكن الحق في التقاعد أو يتم إحالته على التقاعد إذا كان يتوفر على الشروط النظامية؛
- إذا ثبت عدم توفر الكفاءة المهنية لموظف متمرن عند نهاية السنة الثانية من التمرين، فإنه يتم إعفاؤه من وظيفته بصفة تلقائية؛
- في حالة ترك الوظيفة بدون عذر مقبول أو إذن مسبق، يوجه رئيس الإدارة إنذار إلى الموظف المتغيب قصد استئناف عمله يحيطه فيه بالإجراءات التي يمكن أن يتعرض لها في حالة رفضه التحاقه بعمله؛

وعليه،فإننا سنقتصر في تحليلنا في هذا المطلب على معنى التأديب والنقل بين القانون المغربي والتشريع المقارن، لأهميتها من الناحية العملية في الوظيفة العمومية؛

الفقرة الأولى: الإطار المفاهيمي للعقوبة التأديبية والتنقيل و أنواع العقوبات التأديبية في القانون المغربي:

ا- يقصد بالعقوبة التأديبية مخالفة الموظف للواجبات التي تنص عليها القوانين والقواعد التنظيمية العامة التي تحكم نشاطه،فكل موظف أخل بواجب من واجباته التي تدخل في أعمال وظيفته أو يظهر بمظهر من شانه أن يخل بكرامة الوظيفة يسال تأديبيا ويتخذ في حقه قرار إداري يعرف بقرار العقوبة،ومن المعلوم أن المسؤولية التأديبية تتصف بعدة مميزات كان تقرر هذه المسؤولية من طرف السلطة الرئاسية للموظفين،ذلك أن المسؤول عن تبعات انجاز المهام المنوطة بمرؤوسيه ومراقبتها لضبط الأخطاء التي يرتكبونها خلال مزاولة نشاطهم*** الفصلين 65 و 73 من قانون الوظيفة العمومية- ثم ترمي هذه المسؤولية إلى جزاء المخالفات المرتكبة في حق الواجبات المهنية بحيث يمكن أن تؤدي به إلى حرمانه من بعض الفرص في مساره الإداري كترقيته بالاختيار أو شغله لمنصب رئاسي؛

هذا ولا يمكن أن تترتب المسؤولية التأديبية إلا بارتكاب خطا له طابع إداري لأن أي خطا تأديبي يسال عنه الموظف في نطاق مسطرة تأديبية مخالفة في مضمونها عن المسطرة الجنائية تؤدي إلى إقرار عقوبة إدارية لها طابع مهني(1855) ؛

لذلك فالتأديب هو الضمانة الأساسية لاحترام الموظف العمومي لواجبات وظيفته، فإذا كان الأصل هو مكافأة الموظف المجد بالترقية وغيرها،فانه وعلى العكس من ذلك فالموظف المهمل ينبغي ان يعاقب على تقصيره وعدم مبالاته تبعا لما جاء به القانون في هذا الصدد؛(1856) ؛

ومما تجدر الإشارة إليه،أن المشرع المغربي **لم يقنن المخالفات التأديبية** وإنما جعل فكرة المخالفة التأديبية غامضة،لذلك فانه من العدالة السرعة في تحديدها بنصوص واضحة،وذلك لكي يعرف الموظف ما هو مباح عمله فيمارسه دون خشية، وما هو محضور عليه،فيجنبه عن وعي وإدراك (1857)؛

أما نقل الموظفين فيعد من المواضيع الأكثر إثارة للجدل لكون الموظف يتأثر تأثيرا بالغا بقرار الإدارة،ففي قضية رشيد خير،فبعدما قضى المجلس الأعلى سابقا- محكمة النقض حاليا - برفض طعن المذكور يمنته،بعلة أن الانتقال المطعون فيه تم في ظروف استثنائية ناتجة عن إحداث نيابات جديدة للوزارة بعد أن كانت مجتمعة في نيابة واحدة فكان من حق الإدارة أن تعيد توزيع أطرها لسد الفراغ الناشئ عن التقسيم الجديد سيما انه بنفس المنطقة،أما مبدأ اعتبار الموظف الذي لم يلتحق إلا مؤخرا بمؤسسة تعليمية هو الأولى بالنقل لسد الفراغ فيمكن التمسك به فيما يخص مهام التدريس وليس في مهام التفتيش التي تعتبر متوقفة على كفاءة خاصة وان عدم نقل أستاذ لا يتوفر على صفة مفتش ولم يلتحق إلا مؤخرا بالإقليم كما يتمسك به المدعي المستأنف عليه لا يكفي لاستخلاص ان هناك أية رغبة في تفضيل أي مفتش على آخر باعتبار الظروف المحيطة والنازلة ...ولا وجود لأي شطط في استعمال السلطة(1858) ؛

ثم إن اعتماد معيار آخر الذي مفاده انه من التحق لتوزيع الأساتذة الفائضين عن الحاجة بمؤسساتهم،بصرف النظر عن كونهم يتوفرون على جدول كامل أو ناقص،وذلك عن طريق تكليفهم بمهمة التدريس بمؤسسات أخرى تحقيقا لمبدأ المساواة بين المدرسين،وحفاظا على الصالح العام،وليس في ذلك أي تعارض مع مقتضيات الفصل:64 من قانون الوظيفة العمومية الذي أورد أحكاما عامة في حل المشاكل المطروحة في نقل الموظفين(1859) ؛

ورغم أن الإدارة تضع بعض القواعد والضوابط التي يجب الاسترشاد بها في نقل الموظفين كاعتماد مبدأ آخر تبعا لسلطتها،فان ذلك لا يحول دون رفع الطعون إلى القضاء الإداري من اجل وضع حد للجدل القائم بين الموظفين من جهة،وبين الإدارة من جهة أخرى،ويجد القاضي الإداري في مبدأ المساواة حلا عادلا ومنصفا لكل الأطراف:-...والحال أن قرار النقل المحتج به من طرف

(1855) علي غرداك ، المرجع السابق،ص:87 و 88 منه؛

انظر قرار الغرفة الإدارية عدد:126 الصادر بتاريخ:13-04-1961،ملف عدد:2807،جاء فيه:السلطات الإدارية لها الحق بان تعاقب تأديبيا الموظفين العامين الذين تكون سيرتهم مخالفة،سواء داخل الوظيفة او خارجها؛

وبهذا قيل بان الأفعال المكونة للمخالفة التأديبية حصرت تحت هذا الوصف الذي يشمل جميع الأفعال التي تمس بواجبات الوظيفة العمومية ومقتضياتها،وللتوسع أكثر انظر:ممدوح طنطاوي الجرائم التأديبية،الولاية والاختصاص،مرجع سابق،صفحة:332؛

1856 () انظر الباب الخامس من قانون الوظيفة العمومية للتوسع أكثر؛

(1857) عبد القادر الشيخلي،الساسة السليمة في تأديب العاملين بالدولة،ص24؛

انظر:محمد مختار عثمان،الجريمة التأديبية بين قانون الإدارة وعلم الإدارة،الطبعة الأولى 1973 دار الفكر العربي،ص230،231؛

يقصد بالمخالفات التأديبية في التشريعين الأمريكي والايطالي على سبيل المثال: تزوير المستندات،السكر أثناء الخدمة،عدم أداء العمل بالعناية المطلوبة،مخالفة اوامر السلطة الرئاسية...رفض إعادة التدريب...الخ؛

يقصد بالمخالفة التأديبية في نظر كل من الفقيه البصري واحمد بلحاج وميشال روسي بان المخالفة التأديبية تشكل كل خرق أو خروج عن التزامات الموظفين؛

(1858) المجلس الأعلى،الغرفة الإدارية،قرار عدد:863،الصادر بتاريخ:1999/07/08،الوكيل القضائي للمملكة ضد رشيد خير،الاجتهادات القضائية في مجال التربية والتكوين،ص:331؛

1859 () المحكمة الإدارية بمراكش،حكم عدد:67،الصادر بتاريخ:30-05-2001،منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية،عدد:42 ص 175،أورده البوعيسي الحسن كرونولجيا الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية،ص:312؛

الطاعنة لا يتضمن ذلك وان هذه الأخيرة تنفي تقديمها لأي طلب الشيء الذي يستوجب إعمال وثيقة النقل الرسمية المذكورة وترتيب النتائج عليها [1860]...

بالإضافة إلى سلبيات أخرى تتعلق بتباين الرواتب في الوظيفة العمومية،والإعفاءات التي تعد مقصلة الموظف،والزبونية في التقييم،وتغليب عنصر الثقة على الكفاءة[1861]؛

ب- أنواع العقوبة التأديبية :

تعتبر العقوبة التأديبية من الوسائل الإدارية الرادعة،تطبقها الجهة المختصة بناء على نص خاص بهدف المحافظة على النظام العام،وتختلف العقوبات باختلاف الأنظمة الأساسية الخاصة بكل إدارة على حدة إما عن لائحة العقوبات في التشريع المغربي طبقا للفصل:66 من ظهير قانون الوظيفة العمومية، فهي تشمل:

- الإنذار؛
- التوبيخ؛
- الحذف من لائحة الترقي؛
- الانحدار من الطبقة؛
- القهقرى من الرتبة؛
- العزل من غير توقيف حق التقاعد؛
- العزل المصحوب بتوقيف حق التقاعد(1862) ؛

بالإضافة إلى عقوبة الحرمان المؤقت من كل أجرة باستثناء التعويضات العائلية لمدة لا تتجاوز ستة أشهر؛

- **السلطة المختصة بالتأديب:**لقد أوكل المشرع المغربي بموجب قانون الوظيفة العمومية مهمة تطبيق العقوبات التأديبية إلى جهة خصها المشرع بذلك ولا يجوز لها التفويض في التأديب تطبيقا لمبدأ الشرعية؛
- **ضمانات التأديب** [1863] :

1860 () م.اد،مراكش،حكم عدد:56 بتاريخ:09-05-2001،نادية البوزيدي ضد وزير التربية الوطنية،مجلة المحامي،عدد:40،يناير 2002،ص:175؛

(1861)ففي ظل ظهير:1958: حصلت عدة تجاوزات حيث سلبت حقوق بعض المرشحين وأهديت لمرشحين آخرين لاعتبارات خاصة،ذلك كله بسبب حرية الاختيار المطلقة المعترف بها لرجل الإدارة والتي كانت تمتع سوى من تجد فيهم الطاعة والولاء ومن يحققون أغراضها الذاتية، أي تغليب عنصر الثقة على الكفاءة. وفي نطاق الترقيات، على الرغم من وجود نصوص قانونية مقيدة ومعايير تقضي بمساواة الموظفين دون تفريق أو تمييز، إلا أن الوضع يختلف في الإدارة التقليدية الذي يقوم على العلاقات الشخصية دون الوظيفة والسلطة التقديرية وجانب المصاهرة و الوساطة؛

من جهة أخرى نجد مشكل تباين الرواتب في الوظيفة العمومية، سواء على مستوى الأطر الإدارية الصغرى أو العليا. كما أن هذه الرواتب لا تساير حاليا الحياة المعيشية التي أصبحت تعرف تصاعدا مستمرا، بالإضافة إلى نظام التعويضات المختلفة تتميز بعدم انسجامها حيث يصعب تحقيق وحدتها خصوصا وأنها تستند في استحقاقها على معايير معقدة لا تؤدي إلى الإنصاف بين شرائح الموظفين. الشيء الذي لا يساهم في دعم فكرة الاستقرار في الإدارة العمومية ويشجع على اللجوء إلى قطاعات أخرى خاصة القطاع الخاص،أو اللجوء إلى وسائل دعم غير مادية غير مشروعة كالرشوة والتزوير .

نضيف أيضا وجود بعض النصوص والتي تشكل خطرا وسلاحا في وجه الموظفين مثل الفصل 80 من قانون الوظيفة العمومية الذي يعترف للإدارة بالحق في إعفاء موظفها وذلك من أجل التخفيف من عددهم، فهذا القرار يعد من القرارات الخطيرة وذلك لما له من تأثيرات سلبية على الحياة الإدارية للموظف؛

(1862) محمد حسنين،نظام التقاعد على موظفي الدولة واعوان الجماعات المحلية،مطابع الهلال العربية،الطبعة الأولى،1992 ص:149؛

1863) للتوسع أكثر يراجع في ذلك :

الرقابة الإدارية في قانون الوظيفة العمومية:

تقوم الرقابة الإدارية على نوعين من الرقابة الأولى داخلية هي التي تقوم بها الإدارة والثانية خارجية يقوم بها المجلس الأعلى للوظيفة العمومية؛

- الرقابة الداخلية:

هي وسيلة ذاتية بحيث تقوم بها الإدارة بنفسها لمراجعة أعمال اللاشرعية وذلك قبل أن تتدخل العدالة في شؤونها،وفي هذا السياق يقوم الموظف بطعن إداري سواء أمام موقع قرار العقوبة ويسمى تظلما استعطافيا أو أمام السلطة الرئاسية التي لها الصلاحية في مراقبة أعمال المرؤوس ويسمى تظلما رئاسيا

- رقابة المجلس الأعلى للوظيفة العمومية:

تتخذ رقابة المجلس الأعلى للوظيفة العمومية شكل طعن يقدم لهذا المجلس،وبعد هذا الطعن أمام هذه الهيئة وسيلة إدارية أخرى رهن إشارة الموظف مكنه منها المشرع للدفاع عن حقوقه(1863) ؛

تتمثل ضمانات التأديب التي كفلها المشرع المغربي فيما يلي:

- ضرورة اتخاذ إجراءات معينة تجاه الموظف المتهم،كتمكينه من الاطلاع على ملفه الشخصي وعلى جميع الوثائق الملفاة بالملف؛
- يجب على السلطة التأديبية أن تأخذ بعين الاعتبار تصريحات الموظف المنسوب إليه المخالفة التأديبية؛
- ضرورة استشارة السلطة التأديبية للمجلس التأديبي في تطبيق العقوبات؛
- عدم تطبيق السلطة التأديبية لعقوبة اشد من العقوبة المقترحة من المجلس التأديبي؛
- عدم معاقبة الموظف عن الفعل الواحد مرتين؛
- ضرورة إثبات ما تدعيه الإدارة في مواجهة الموظف المخطئ؛

- **محو الجزاءات الجنائية:**

لقد نص المشرع في قانون الوظيفة العمومية على حق الموظف في محو العقوبة التأديبية بعد انقضاء مدة معينة من توقيعها،وذلك تشجيعا له على عدم تكرار الوقوع في الخطأ؛

الفقرة الثانية : التأديب والتنقيل في القانون المقارن:

أ- **التأديـــب:**

عمدت بعض التشريعات المقارنة إلى تقنين المخالفات التأديبية دون ربطها بالجزاءات المناسبة كالولايات المتحدة الأمريكية التي اصدر رئيس لجنة الخدمة المدنية بولاية نيويورك سنة:1952 قائمة بالمخالفات التأديبية التي يسال عنها الموظف تاديبيا،فيما ذهبت بعض التجارب الأخرى إلى تطبيق مبدأ الشرعية كاملا،والتنصيص على مبدأ لا مخالفة تأديبية إلا بنص،كالتشريع الايطالي،الذي يعتبر نموذجا لتحديد المخالفات التأديبية بصورة واضحة،وبما أن المشرع الأردني جاء بتجربة جديرة بالدراسة،أطلق عليها مدونة السلوك الوظيفي،وجب الوقوف عند هذه التجربة،واخذ منها ما يلاءم الوضع بالمغرب،لتطوير الترسانة القانونية المنظمة للوظيفة العمومية،وتجاوز السائد المتمثل في تتبع التشريع الفرنسي؛

المقصود بالمخالفات التأديبية في التشريعات الأمريكية والايطالية والأردنية :

****في التجربة الأمريكية:** اصدر رئيس لجنة الخدمة المدنية بولاية نيويورك سنة:1952 قائمة بالمخالفات التأديبية التي يتابع عنها الموظف تأديبيا منها:- تزوير المستندات،السكر أثناء الخدمة،مخالفة أوامر السلطة الرئاسية،محاولة إضعاف السلطة الرئاسية،إتيان سلوك غير لائق مع الجمهور،عدم احترام قواعد ونظم العمل[1864]...

ويرفع هذا الطعن داخل اجل ثلاثين يوما ينطلق احتسابها ابتداء من يوم تبليغ قرار العقوبة للموظف المعني بالأمر من طرف الإدارة؛

وعلى المجلس أن يقوم ببحث في النزاع ليحدد رأيه الاستشاري فيما إذا كانت العقوبة غير مناسبة يجب تعديلها أو إلغاؤها بحيث انه مطالب بإرسال تقرير إلى الوزير المعني بالموظف الذي له القول في ذلك؛

الرقابة القضائية في مجال التأديب:

يحتل الطعن القضائي في مجال التأديب مكانة مهمة في المنازعات الإدارية بحيث يأخذ حصة الأسد في مجموع الأحكام التي تصدر عن المحاكم الإدارية،وذلك لما له من ضمانة وحماية حقوق الموظفين،فالقضاء المغربي شانه شان القضاء الفرنسي يبيح للموظف المعاقب تأديبيا أن يلجا إليه لمحو العقوبة والحصول على التعويضات المترتبة عن الأضرار التي لحقته من جراء تعسف الإدارة؛

وقد نظم المشرع المغربي الرقابة القضائية في صورتين:

*دعوى الإلغاء: تتسم دعوى الإلغاء بأنها دعوى القانون العام تهدف إلى إبطال القرارات الإدارية ومنها قرارات التأديب إذا كانت عديمة الشرعية بحيث يمكن القول أن القضاء الإداري المغربي أصبحت بابه مفتوحة في وجه أي قرار إداري صادر عن سلطة إدارية دونما حاجة إلى نص صريح منها على بسيل المثال:-....وحيث انه كان بإمكان الإدارة ان تستغني عن الطاعن في أي وقت بدافع المصلحة طبقا للنظام الذي تخضع له كما تدعي،فانها عندما تنسب إليه مخالفات تأديبية أصبحت مقيدة بضوابط مسطرة التأديب.

لكن حيث ثبت للمحكمة من خلال الوثائق المدلى بها ان الطاعن قد عمد الى التغيب عن العمل بصورة غير مبررة وقام بمغادرة التراب الوطني لمرافقة زوجته الى الديار المقدسة،رغم منحه رخصة بذلك من طرف الإدارة وهي الأفعال التي تشكل مخالفات تأديبية تبرر مؤاخذة الطاعن بالعقوبة المتخذة.

*دعوى التعويض: أو دعوى المسؤولية:تروم هذه الدعوى إلى الحصول على التعويضات اللازمة من طرف الموظف الذي له أضرار نتيجة العقوبة التأديبية غير شرعية ألغاها القضاء وخاصة العقوبة الجسيمة كالطرد،فمن العدل والإنصاف أن يعوض الموظف على الأفعال الضارة الناجمة على قرار العقوبة الملغى تعويضا ماديا ومعنويا؛

[1864] في الهامش يراجع في ذلك مجلة العلوم القانونية،المنازعات الإدارية على ضوء أهم الاجتهادات القضائية،المخالفات التأديبية وسؤال الشرعية،خالد الزهري،ص:156؛

ويلاحظ إذن أن بعض المخالفات الواردة في اللائحة جاءت محددة ودقيقة الوصف،ما لا يترك مجالا واسعا لتقدير السلطة التأديبية،إلا انه ما يعاب عليها أنها لم تربط الفعل بالعقوبة المناسبة والمستحقة؛

**في التجربة الايطالية: تعتبر التجربة الايطالية في تقنين المخالفات التأديبية من بين التجارب الرائدة على مستوى ربط المخالفة بالعقوبة المناسبة لها،حيث قيد المشرع الايطالي السلطة التأديبية بنصوص محددة تصف المخالفات التأديبية وأركانها،وتقسم المخالفات التأديبية في نظام الوظيفة العمومية الايطالي إلى أربع مجموعات،ويخصص لكل مجموعة منها طائفة من العقوبات،ويمكن تبيان بعضها على الشكل التالي:

1- التوبيخ؛

2- تخفيض المرتب الشهري...،توقع هذه العقوبة على المخالفات التالية:

- الإهمال الخطير في الخدمة،السلوك المعيب اتجاه الرؤساء أو الزملاء،السلوك الذي لا يتفق مع كرامة الوظيفة...

3- الوقف عن العمل دون مرتب مع الاحتفاظ بالتعويضات العائلية لمدة تتراوح بين شهر وستة أشهر،وتوقع على المخالفات:استغلال الوظيفة لمصالح خاصة،اهانة أو تحقير الإدارة أو الرؤساء،إتيان سلوك يؤدي إلى اضطراب العمل أو عدم انتظامه،ترك العمل إراديا في غير الحالات المنصوص عليها في القانون...4- العزل بالطريق التأديبي في حالة:الأعمال التي تتنافى والشرف،الأفعال التي تمثل مخالفة خطيرة لواجب الأمانة[1865]...

**في التجربة الأردنية: أقدم المشرع الأردني على تجربة فريدة من نوعها،حيث اصدر مجلس الوزراء قرار رقم:3413 بتاريخ:02-03-2014 المتضمن الموافقة على مدونة قواعد السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة،حيث يجب على كل موظف ولج الوظيفة العمومية أن يوقع إقرارا يعترف من خلاله بأنه اطلع على أحكام المدونة كاملة ويلتزم بتطبيقها بشكل كامل،ويتابع الموظف تأديبيا إذا خالف أحكام المدونة،وتتضمن الأخيرة ما يجب على الموظف الالتزام به وما يجب الامتناع عنه،بشكل دقيق يوضح حدود سلوكيات الموظف داخل وخارج الإدارة ومعاملاته اتجاه الرؤساء والمرتفقين،منها على سبيل المثال:المادة:5 واجبات الموظف ومسؤولياته العامة،المادة 6 التعامل مع الآخرين،المادة:7 الحفاظ على السرية واليات الإفصاح عن المعلومات[1866]؛...

ليس من الغريب أن تتعسف الإدارة في استعمال سلطتها التأديبية وتتخطى المشروعية إلى اتخاذ قرارات العقوبات ضد موظفيها،لذا فان الرقابة على إجرائها أصبحت اليوم تشكل وسيلة لحماية أعوان الدولة كيفما كانت وضعيتهم الإدارية،وقد حدد المشرع المغربي ثلاثة أنواع من الرقابة تتخذ الأولى طبيعة إدارية والثانية متمثلة في رقابة المجلس الأعلى للوظيفة العمومية - الفقرة الأولى -،أما النوع الثاني من الرقابة فقد اتخذ صبغة قضائية –الفقرة الثانية-؛

ب- التنقـــيل:

**في التشريع الجزائري: يقصد بالنقل في القانون الجزائري أن تستبدل بالوظيفة المسندة إلى وظيفة خالية من نفس النوع والدرجة إلى إدارة أخرى،ويهدف النقل في الغالب إلى تحقيق مصلحة العمل بحسن توزيع الموظفين على الإدارات المختلفة وهو ما قضت به المادة:156 من الأمر:06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية:...تكون حركات نقل الموظفين ..في حدود ضرورة المصلحة،وتضيف المادة:157 من نفس الأمر:يمكن نقل الموظف...مع مراعاة ضرورة المصلحة وقد يهدف النقل أحيانا إلى تلبية الموظف نفسه،إذا لم يكن في النقل إضرار لصالح العمل،وعليه يفترض في الإدارة العامة أن تمارس صلاحية نقل الموظفين لتحقيق مصلحة العمل أو الصالح العام،فإذا ثبت أن قرار النقل الذي اتخذته الإدارة استهدف غاية أخرى بعيدة عن المصلحة العامة كالانتقام أو التنكيل بالموظف فان القرار يكون معيبا جديرا بالإلغاء [1867] ؛

[1865] يراجع في ذلك مجلة العلوم القانونية،المنازعات الإدارية على ضوء أهم الاجتهادات القضائية،المرجع السابق،خالد الزهري،ص:159؛

[1866] يراجع في ذلك مجلة العلوم القانونية،المنازعات الإدارية على ضوء أهم الاجتهادات القضائية،المرجع السابق،خالد الزهري،ص:162 وما يليها؛

[1867] انظر صديقي نبيلة،نقل الموظف بين العقوبة التأديبية والإجراء التنظيمي عبر موقع غوغل؛تاريخ الولوج إلى الموقع:26-01-2018 على الساعة:10:25 دقيقة؛

** **في التشريع المصري**: فان نقل الموظفين من الجهات الإدارية المختلفة حسب اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الجديد لسنة: 2015 يتم تبعا لقرار من السلطة المختصة،بحيث يسمح بنقل الموظف من وظيفة إلى أخرى بذات الوحدة أو خارجها ، ويستثنى من أحكام الفقرة الأولى، نقل شاغلي وظائف الإدارة العليا من وحدة إلى أخرى بقرار من رئيس مجلس الوزراء.

أما عن شروط نقل الموظف من جهة إدارية إلي أخري حسب قانون الخدمة المدنية فهي كالتالي-:

- أن يكون الوظيفة المنقول إليها الموظف شاغرة وممولة في موازنة الوحدة.
- أو أن يُنقل الموظف بالمستوى الوظيفي.
- أو يُنقل على أحد الوظائف التي يوفرها الجهاز بالتنسيق مع وزارة المالية وأن يستوفى الموظف اشتراطات شغل الوظيفة المنقول إليها وأن يكون النقل بناءً على طلب الموظف.
- أو بناءً على طلب الوحدة المنقول منها أو الوحدة المنقول إليها، تحقيقًا لمصلحة العمل أو المصلحة العامة أو لحسن الاستفادة من خدمات المواطنين وأن تسمح حاجة العمل بالوحدة المطلوب النقل منها، بالنقل؛

خاتمــة:

إن الموظف العمومي هو ذلك الشخص الذي تربطه علاقة نظامية بالإدارة ويعمل تحت إمرتها بالتبعية القانونية والاقتصادية بأبهى صورها،لذلك ينبغي أن تكون هذه التبعية طبقا لروح القانون وليس على أساس الطاعة العمياء الخارجة عنه،إذ أن أي سلوك مخل بالقواعد القانونية من شانه أن يمس بالإدارة وبالمرفق العام ككل،لذا يتعين على المتبوع أن يكون أهلا وذو دراية بفنون التدبير والتسيير تبعا للقانون ولمبدأ الشرعية،حتى تستطيع الإدارة القيام بمهامها على أحسن وجه،وان كل ما من شانه المساس بالموظف التابع خارج إطار القانون سيكون له اثر على المواطن إلا أم اقل الإدارة بشكل عام خصوصا ما يسمى بمسطرة التأديب عندما تكون غير مؤسسة قانونا ولم تلتزم بمبدأ الشرعية الإدارية؛

لذلك آن الأوان لكي يتدخل المشرع من اجل تقنين المخالفات التأديبية عبر إدراج مبدأ المشروعية فيها لاستكمال النضوج في القانون التأديبي دعما لحركية الإصلاح الإداري،ويمكن أن يكون لدى الموظف دليل العمل في شكل كتيب لضم كافة الترتيبات،وإجراء العمل وقوائم الواجبات والمسؤوليات،وإعادة النظر في ما يسمى بالتنقيل والإعفاء والتكوين المستمر تبعا للتطور الذي تعرفه المنظومة؛

أما على الصعيد النفسي للموظف،فالتقنين يحقق استقرار للموظفين،حيث يعرف الموظف ما هو مباح له وما هو مؤثم،لا أن يلتزم بنص غامض مفاده الامتناع عن الاختلال بأعباء الوظيفة أو بكرامتها،أو نص المشرع،كل هفوة أو هفوة خطيرة،حيث سيجعل هذا السياق الموظف فريسة القلق،لأنه يجهل ما هو مباح وما هو غير ذلك[1868]؛

ومن رأينا،انه آن الأوان لإعادة النظر في طريقة تقييم التابعين –الموظفين- من طرف المتبوع،استنادا إلى معيار الكفاءة والإبداع في المردودية، وبذل المجهودات من اجل الرقي بالإدارة و السير قدما من اجل تطوير أساليبها بالمفهوم الحديث عبر نكران الذات خدمة للوطن والمواطن معا،وليس على أساس منطق الولاءات ولو على حساب باقي المرؤوسين بغية تصفية حسابات شخصية أو سياسوية ولو خارج القانون؛

لائحة المراجع:

النصوص القانونية:

1- الدستور:

(1868) مجلة سلسلة فقه القضاء الإداري،خالد الزاهري،المخالفات التأديبية وسؤال الشرعية،مطبعة الأمنية،طبعة 2016،عدد مزدوج4/3 الجزء الثاني،صفحة:169؛

- الدستور المغربي لسنة:2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم:91-11-1 في 27 شعبان 1432 الموافق ل 29 يوليوز 2011 الصادر بالجريدة الرسمية عدد:5964 مكرر الصادر في:28 شعبان 1432 الموافق ل 30 يوليوز؛

2- الظهائر:

- ظهير شريف رقم:008-58-1 الخاص بالنظام الأساسي للوظيفة العمومية الصادر بتاريخ:04 شعبان 1377 – 24-02-1958 –جريدة عدد:2372 بتاريخ:21 رمضان 1377 -11-04-1958؛

- ظهير شريف رقم:008-58-1 بتاريخ:4 شعبان 1377 – 24-02-1958 يحتوي على القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية،جريدة رسمية عدد:2372 بتاريخ:21 رمضان 11،1377 ابريل 1958

الكـتب

- عبد القادر باينة،الموظفون العموميون في المغرب ، دار توبقال للنشر ، طبعة 2002
- محمد الكشبور،عناصر عقد الشغل في التشريع الاجتماعي المغربي،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء طبعة:1998؛
- مليكة الصروخ،القانون الإداري،دراسة مقارنة،مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء طبعة:2010؛
- جميلة عباوي،المسؤولية التأديبية للموظف،مجلة المنبر القانوني،العدد:9 اكتوبر 2015؛
- عبد الوهاب رافع:نزاعات الوضعية الفردية للموظفين والعاملين بالإدارة العمومية من خلال العمل القضائي،الطبعة الأولى المطبعة الوراقة الوطنية،مراكش،السنة 2006؛
- موقع وزارة الوظيفة العمومية،الإصلاح الإداري،النصوص المتعلقة بالمجلس الإداري للوظيفة العمومية الطبعة الثانية أكتوبر 2002؛
- طارق حسنين الزيات،حرية الرأي لدى الموظف العام دراسة مقارنة مصر،فرنسا،الطبعة الثانية السنة 1998 ؛ د مليكة الصروخ،النظام القانوني للموظف العمومي المغربي،الطبعة الاولى،مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء سنة 1984؛
- عبد الفتاح حسن:التأديب في الوظيفة العامة،مطبعة القاهرة 2000 ؛
- علي عبد الفتاح محمد خليل،الموظف العام وممارسة الحرية السياسية،الطبعة الاولى،دار النهضة العربية القاهرة 2002؛
- رضوان بوجمعة،الوظيفة العمومية ، النظام التأديبي للموظفين وموقف المجلس الأعلى – منشور بالمجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية ، الدار البيضاء ، العدد : 17 ، السنة 1988 ؛
- محمد سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن ، دار الفكر العربي،الطبعة الثانية،1999؛

الأطاريح والرسائل:

الأطاريح:

1- محمد بن التهامي،الوظيفة العمومية المغربية بين وحدة الدور والهدف وتعدد الأنظمة،أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام،جامعة محمد الخامس اكدال الرباط،السنة الجامعية 2000 ؛

2- محمد جودت الملط،المسؤولية التأديبية للموظف العام،رسالة لنيل الدكتوراه،جامعة القاهرة:1967؛

3- عتيق الزيادي ، المسؤولية الشخصية للموظف العمومي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق بالدار البيضاء ، طبعة 200، ص 25 .

الرسائل:

1- علي غرداك،حقوق وواجبات الموظف العمومي في ضوء الاجتهاد القضائي،رسالة لنيل شهادة الماستر،جامعة محمد الاول وجدة،السنة الجامعية:2009-2010؛

2- عبد الرحمان المكادمي،حرية الرأي لدى الموظف العمومي بالمغرب،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة،جامعة محمد الخامس السويسي،السنة الجامعية:2008-2009؛

3- سليمان محمد إبراهيم أبو حسان،الموظف العمومي وتأديبه في القانون المغربي،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام،كلية الحقوق اكدال الرباط،السنة الجامعية:1985؛

المقـالات:

1- جميلة عباوي،المسؤولية التأديبية للموظف،المنبر القانوني سنة:2015؛

2- خالد الزهراوي،المخالفات التأديبية وسؤال الشرعية،منشورات مجلة العلوم القانونية،مطبعة الأمنية الرباط،2016؛

3- محمد بوكطيب،المبادئ العامة للقانون على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري المغربي،الوظيفة العمومية نموذجا،مطبعة الأمنية الرباط:2016؛

4- عبد الحكيم الحسناوي،التكوين المستمر بالوظيفة العمومية من التنصيص القانوني الى رهان المقترب التدبيري،مطبعة الأمنية الرباط:2016؛

5- محمد الأعرج،القانون الإداري المغربي،المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد:94 مطبعة:2015؛

دور الوكالة المغربية للدم ومشتقاته في تطوير حوكمة الموارد الدموية: تحديات وآفاق"دراسة مقارنة

The Role of the Moroccan Agency for Blood and Blood Derivatives in Developing Blood Resource Governance: Challenges and Prospects" A Comparative Study

الباحثة : فدوى كنداوي

باحثة في سلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس السويسي

ملخص:

يتناول هذا المقال تحديات حوكمة الموارد الدموية في المغرب، مسلطًا الضوء على الصعوبات القانونية والتنظيمية والتشغيلية التي تواجه الوكالة المغربية للدم ومشتقاته. يستعرض المقال القانون رقم 11.22 الذي ينظم عمل الوكالة ويقارن أداءها بتجارب دولية ناجحة مثل تلك في فرنسا، ألمانيا، والولايات المتحدة. يعاني النظام المغربي من ضعف في البنية التحتية اللوجستية ونقص في التنسيق بين الجهات الصحية، مما يعيق توزيع الدم بشكل فعال وعادل. كما يعرض المقال استراتيجيات مقترحة لتحسين هذه الحوكمة، تشمل تعزيز المركزية في التخطيط، تحسين التكنولوجيا، وتعزيز التعاون الدولي. في النهاية، يؤكد المقال على ضرورة تبني المغرب لرؤية شاملة ومستدامة لتعزيز نظامه الصحي وضمان توافر الدم ومشتقاته في جميع الظروف.

الكلمات المفاتحية: حوكمة الموارد الدموية، الوكالة المغربية للدم ومشتقاته، لقانون رقم 11.2

ABSTRAIT :

Cet article aborde les défis de la gouvernance des ressources sanguines au Maroc, en mettant en lumière les difficultés juridiques, organisationnelles et opérationnelles auxquelles est confrontée l'Agence Marocaine du Sang et de ses Dérivés. L'article examine la loi n° 11.22 qui régit le fonctionnement de l'agence et compare ses performances à des expériences internationales réussies comme celles de la France, de l'Allemagne et des États-Unis. Le système marocain souffre d'une infrastructure logistique insuffisante et d'un manque de coordination entre les acteurs de la santé, ce qui entrave une distribution efficace et équitable du sang. L'article propose des stratégies pour améliorer cette gouvernance, notamment en renforçant la centralisation de la planification, en améliorant la technologie et en renforçant la coopération internationale. En conclusion, il souligne la nécessité pour le Maroc d'adopter une vision globale et durable pour renforcer son système de santé et garantir la disponibilité du sang et de ses dérivés en toutes circonstances.

المقدمة

تعتبر حوكمة الموارد الدموية من الركائز الأساسية لضمان استدامة النظام الصحي في أي دولة، نظرًا لأهمية الدم ومشتقاته في إنقاذ الأرواح ودعم العمليات الطبية المختلفة. في المغرب، تتولى الوكالة المغربية للدم ومشتقاته هذه المهمة المحورية بموجب القانون رقم 11.22، الذي يشكل الإطار القانوني والتنظيمي لعملها. ومع ذلك، تواجه الوكالة تحديات متعددة تتراوح بين الصعوبات القانونية والتنظيمية والتحديات التشغيلية واللوجستية، مما يعرقل قدرتها على تحقيق الأهداف المرجوة بكفاءة وفعالية.

في السياق المغربي، يتضح أن القانون رقم 11.22، رغم كونه حجر الأساس في تنظيم عمل الوكالة، يواجه عقبات تحول دون تحقيق حوكمة شاملة وفعالة للموارد الدموية. من هذه العقبات، نذكر القضايا المتعلقة بمدى توافق هذا القانون مع المعايير الدولية والتحديات المرتبطة بمرونته في مواجهة التغيرات السريعة التي يشهدها القطاع الصحي. تتضح هذه التحديات بشكل جلي عند مقارنة الوضع المغربي بنماذج دولية ناجحة مثل النموذج الفرنسي، الذي يتميز بمركزية واضحة في إدارة الموارد الدموية من خلال "Établissement Français du Sang". هذه المركزية، التي تضمن التوزيع العادل للموارد والسيطرة على جودة الخدمات، تأتي مع تحدياتها الخاصة، مثل المخاطر المرتبطة بغياب المرونة في أوقات الطوارئ. هذه التجربة تقدم دروسًا مهمة يمكن أن يستفيد منها المغرب لتحسين إطار عمل الوكالة الوطنية.

من ناحية أخرى، تعاني الوكالة المغربية من تحديات تشغيلية بارزة تتعلق بتأمين المخزون الكافي من الدم ومشتقاته وضمان توزيعه بشكل عادل عبر مختلف المناطق. تبرز هذه التحديات بشكل خاص في الأوقات الحرجة، مثل الأزمات الصحية الكبرى التي تتطلب استجابة سريعة ومنظمة. هنا، يمكن أن يستفيد المغرب من التجارب الدولية الأخرى مثل تلك الموجودة في ألمانيا والولايات المتحدة. ففي ألمانيا، يعزز النظام الصحي البنية التحتية اللوجستية من خلال شبكة متكاملة تضمن فعالية نقل وتوزيع الدم، بينما في الولايات المتحدة، يساعد التنوع في الجهات الفاعلة والاعتماد على التكنولوجيا المتقدمة في تحسين كفاءة إدارة الموارد الدموية وتوزيعها.

بالإضافة إلى التحديات التنظيمية والتشغيلية، تواجه الوكالة المغربية للدم ومشتقاته تحديات لوجستية تعيق من قدرتها على نقل وتخزين الدم بشكل آمن وفعال. مع التنوع الجغرافي في المغرب، تصبح الحاجة إلى بنية تحتية لوجستية متطورة أكثر إلحاحًا. يُمكن تعزيز هذه البنية من خلال استلهام الدروس من التجربة الألمانية في إدارة اللوجستيات الصحية وتكييفها مع الخصوصيات المغربية. وفي الوقت ذاته، يمكن تحسين التنسيق بين الجهات الصحية المختلفة من خلال اعتماد أنظمة معلومات متكاملة كما هو الحال في الولايات المتحدة، مما يعزز من القدرة على الاستجابة للاحتياجات المتغيرة وتوزيع الموارد بشكل أكثر فعالية.

أمام هذه التحديات، تظهر الحاجة الملحة لتطوير استراتيجيات شاملة تهدف إلى تحسين حوكمة الموارد الدموية في المغرب. من خلال تبني نهج متعدد الأبعاد، يشمل تعزيز المركزية في التخطيط، تحسين البنية التحتية، وتبني التكنولوجيا الحديثة، يمكن للمغرب أن يحقق تحسينات ملموسة في هذا المجال. علاوة على ذلك، يعد تعزيز التعاون الدولي والإقليمي عنصرًا حاسمًا لضمان استدامة هذه التحسينات على المدى الطويل. إن رؤية مستقبلية تعتمد على أفضل الممارسات الدولية وتتكيف مع السياق المحلي، قادرة على تعزيز كفاءة النظام الصحي وضمان توافر الدم ومشتقاته لجميع المواطنين في كل الأوقات.

الإشكالية الرئيسية:

في ظل التحديات التي تواجه القطاع الصحي المغربي، وخاصة في إدارة الموارد الدموية التي تشكل عنصراً حيوياً في إنقاذ الأرواح، يبرز دور الوكالة المغربية للدم ومشتقاته كفاعل رئيسي في تحسين حوكمة هذه الموارد. إلا أن تحقيق هذا الهدف يواجه عقبات قانونية، تنظيمية، وتشغيلية. فكيف يمكن للوكالة المغربية للدم ومشتقاته أن تتجاوز هذه التحديات لتطوير حوكمة فعالة ومستدامة للموارد الدموية في المغرب؟ وما هي الاستراتيجيات الممكنة لاستشراف آفاق جديدة تعزز من فعالية هذه الحوكمة؟

لتفكيك الإشكالية الرئيسية وتحليلها بشكل شامل، يمكننا تحديد الأسئلة الفرعية التالية:

- ✓ ما هو الإطار القانوني والتنظيمي الذي يحكم عمل الوكالة المغربية للدم ومشتقاته؟
- ✓ ما هي التحديات القانونية والتنظيمية التي تواجه الوكالة في تطوير حوكمة الموارد الدموية؟
- ✓ كيف تسهم الوكالة في ضمان جودة وسلامة الموارد الدموية في إطار الحوكمة؟
- ✓ ما هي التحديات التشغيلية واللوجستية التي تواجه الوكالة في إدارة وتوزيع الموارد الدموية؟
- ✓ ما هي الاستراتيجيات الممكنة لتعزيز دور الوكالة في تطوير حوكمة الموارد الدموية؟
- ✓ ما هي الآفاق المستقبلية لحوكمة الموارد الدموية في المغرب في ظل دور الوكالة؟

المطلب الأول: الإطار القانوني والتنظيمي والتحديات في حوكمة الموارد الدموية

في سياق السعي لتحسين النظام الصحي في المغرب، تبرز قضية حوكمة الموارد الدموية كإحدى الأولويات الرئيسية التي تحتاج إلى إطار قانوني وتنظيمي محكم. يلعب هذا الإطار دورًا حاسمًا في تنظيم عمليات جمع وتوزيع الدم وضمان جودة وسلامة المشتقات الدموية. مع ذلك، يواجه تطبيق هذه القوانين تحديات كبيرة تحول دون تحقيق الأهداف المرجوة. دراسة هذا المطلب تسلط الضوء على الإطار القانوني والتنظيمي الذي يحكم عمل الوكالة المغربية للدم ومشتقاته، بالإضافة إلى التحديات التي تعترض طريقها نحو تحقيق حوكمة فعالة ومستدامة للموارد الدموية.

الفرع الأول: الإطار القانوني والتنظيمي للوكالة المغربية للدم ومشتقاته

يشكل الإطار القانوني والتنظيمي العمود الفقري الذي تعتمد عليه الوكالة المغربية للدم ومشتقاته في تنظيم عملها وإدارة مواردها. بموجب القانون رقم 11.22، تم تحديد دور الوكالة وصلاحياتها بشكل دقيق لضمان تنظيم عملية جمع وتوزيع الدم وفقًا للمعايير الوطنية والدولية. يتطلب هذا الإطار القانوني مراجعة مستمرة للتأكد من أنه يواكب التحديات المتجددة في مجال الصحة العامة، ويضمن توافر الموارد الدموية في جميع الظروف. في هذا الفرع، سنستعرض بشكل مفصل هذا الإطار القانوني والتنظيمي، ونقيّمه في ضوء متطلبات الحوكمة الرشيدة.

الفقرة الأولى: الأسس القانونية التي تحكم عمل الوكالة المغربية للدم ومشتقاته

تُعد حوكمة الموارد الدموية أحد المحاور الأساسية لضمان استدامة وفعالية الأنظمة الصحية في الدول، خاصة في ضوء الأزمات الصحية والاحتياجات المتزايدة للدم ومشتقاته. في المغرب، تم إنشاء الوكالة المغربية للدم ومشتقاته بموجب القانون رقم 11.22، الذي يسعى إلى تنظيم هذا القطاع الحيوي وتأطير عمل الوكالة ضمن إطار قانوني واضح ومحدد. ويعتمد هذا القانون على مجموعة من الأسس القانونية التي تهدف إلى تعزيز الشفافية، الكفاءة، والجودة في إدارة الموارد الدموية.

يتضمن القانون رقم 11.22 عدة مواد تحدد دور الوكالة وصلاحياتها، بما في ذلك جمع الدم، وتحويله، وتوزيعه، وضمان جودة وسلامة المشتقات الدموية. وفقًا للمادة 3 من هذا القانون، تتولى الوكالة مسؤولية إعداد السياسة الوطنية المتعلقة بالدم ومشتقاته، والإشراف على تنفيذها[1869]. هذا الإطار القانوني يضع الوكالة في موقع مركزي لضمان حوكمة فعالة لهذا المورد الحيوي، لكنه يواجه تحديات كبيرة تتعلق بالتنظيم والهيكلة، مما يستدعي الاستفادة من التجارب الدولية لمقارنتها وتحسين الأداء.

على الصعيد الدولي، يمكن مقارنة التجربة المغربية بتجارب دول أخرى مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، حيث تتبنى هذه الدول نماذج متقدمة في حوكمة الموارد الدموية. في فرنسا، يتم تنظيم عمل الوكالة الوطنية للدم **(Établissement Français du Sang)** بموجب قانون 4 يناير 2002 الذي يحدد بدقة مسؤولياتها في جمع الدم وتوزيعه وضمان سلامته. يتميز النظام الفرنسي بتركيز كبير على المركزية في إدارة الموارد الدموية، مما يتيح لها التحكم بفعالية في مخزون الدم وتوزيعه بشكل عادل على كافة المناطق[1870]. أما في الولايات المتحدة، فإن إدارة الموارد الدموية تتم من خلال عدد من الهيئات المستقلة مثل الصليب الأحمر الأمريكي ووكالات فدرالية مثل إدارة الغذاء والدواء **(FDA)**. يعتمد النظام الأمريكي على لامركزية أكبر، مما يعزز الابتكار والكفاءة في تأمين المخزون الضروري من الدم، لكنه يفرض تحديات في التنسيق بين مختلف الجهات الفاعلة[1871].

بالعودة إلى المغرب، يمكن ملاحظة أن الوكالة المغربية للدم ومشتقاته تواجه تحديات مماثلة لتلك التي تم رصدها في التجارب الدولية، لكنها تعاني من مشكلات تتعلق بالبنية التحتية القانونية والتنظيمية. أحد التحديات الرئيسية يكمن في نقص التنسيق

1869 المادة الثالثة من القانون رقم 11.22 يتعلق بإحداث الوكالة المغربية للدم ومشتقاته ، الجريدة الرسمية، عدد 7213- 28 ذو الحجة 1444(17 يوليو 2023).

1870 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé," Journal officiel de la République française, n°54, 5 mars 2002, p. 4115.

1871 Guidance for Industry: Implementation of Acceptable Full-Length Donor History Questionnaire and Accompanying Materials for Use in Screening Donors of Blood and Blood Components," U.S. Food and Drug Administration, 25 août 2020, p. 23.

بين الوكالة والمؤسسات الصحية الأخرى، وهو ما يعوق تحقيق حوكمة فعالة. هذا التحدي يعزز الحاجة إلى مراجعة وتعديل الإطار القانوني الحالي للاستفادة من التجارب الدولية التي أثبتت نجاحها في هذا المجال.

إضافة إلى ذلك، تواجه الوكالة تحديات تشغيلية مرتبطة بتأمين مخزون الدم وتوزيعه بشكل يضمن الوصول المتساوي إلى الموارد الدموية عبر مختلف المناطق. يمكن القول إن الوكالة بحاجة إلى تبني نموذج هجين يجمع بين المركزية في التخطيط والاستراتيجية واللامركزية في التنفيذ، على غرار النموذج الفرنسي، مع تعزيز الشراكات والتعاون بين القطاعات الحكومية والخاصة، كما هو الحال في النظام الأمريكي.

في الختام، يعد تطوير حوكمة الموارد الدموية في المغرب ضرورة ملحة لضمان الاستدامة والفعالية في إدارة هذا القطاع. يتطلب ذلك مراجعة شاملة للإطار القانوني والتنظيمي الحالي، مع الاستفادة من التجارب الدولية الناجحة لتحديد أفضل الممارسات التي يمكن تبنيها محلياً. إن تعزيز التنسيق بين الوكالة وبقية المؤسسات الصحية، إضافة إلى تحسين القدرات التشغيلية، سيكون مفتاحاً لتحقيق حوكمة مستدامة وفعالة للموارد الدموية في المغرب.

الفقرة الثانية: دور الوكالة في تطوير سياسات حوكمة الموارد الدموية

تمثل الوكالة المغربية للدم ومشتقاته محورًا رئيسيًا في تطوير سياسات حوكمة الموارد الدموية في المغرب، وذلك وفقًا للإطار القانوني الذي يحدد مسؤولياتها وصلاحياتها. تأسست الوكالة بموجب القانون رقم 11.22، الذي يهدف إلى تنظيم قطاع الدم ومشتقاته بشكل يضمن تحقيق الجودة والسلامة في جميع مراحل جمع الدم، وتوزيعه، واستخدامه. ورغم أن هذا القانون يوفر إطارًا قانونيًا واضحًا لإدارة هذه الموارد الحيوية، فإن الوكالة تواجه تحديات كبيرة في تفعيل هذه السياسات على أرض الواقع، مما يستدعي دراسة التجارب الدولية للاستفادة منها في تحسين فعالية الحوكمة في هذا القطاع.

يُكلف القانون رقم 11.22 الوكالة المغربية للدم ومشتقاته بوضع وتنفيذ السياسة الوطنية المتعلقة بتحاقن الدم، وضمان توفر جميع مشتقات الدم بشكل يلبي الحاجيات الوطنية في جميع الظروف. يتمثل دور الوكالة في الإشراف على كل الجوانب المتعلقة بالدم، بدءًا من التبرع وجمع الدم، مرورًا بتحويله وتوزيعه، وصولاً إلى ضمان جودة المشتقات الدموية. بيد أن هذا الدور يتطلب وجود إطار تنظيمي قوي يمكنه التغلب على التحديات المرتبطة بتنفيذ هذه السياسات، لا سيما في ظل وجود فجوات قانونية وتنظيمية قد تعيق تفعيل هذه الحوكمة بشكل فعال[1872].

على الصعيد الدولي، تقدم فرنسا نموذجًا متقدمًا في حوكمة الموارد الدموية من خلال الوكالة الوطنية للدم (**Établissement Français du Sang**). هذه الوكالة تُعتبر الجهة الوحيدة المسؤولة عن جمع الدم ومشتقاته وتوزيعها في جميع أنحاء فرنسا. وبموجب قانون 4 يناير 2002، تلتزم الوكالة بضمان توافر الدم ومشتقاته بطريقة آمنة وعادلة، مع التركيز على مركزية القرار والسيطرة الصارمة على جميع مراحل إدارة الدم. هذا النموذج المركزي أثبت فعاليته في تأمين مخزون كافٍ من الدم، وضمان توزيعه بشكل عادل، مما يقلل من التحديات اللوجستية والتشغيلية التي قد تواجهها الدول ذات الهياكل اللامركزية[1873].

من جهة أخرى، نجد في الولايات المتحدة نموذجًا مختلفًا يعتمد على لامركزية أكبر في إدارة الموارد الدموية. تتولى جهات متعددة مثل الصليب الأحمر الأمريكي وإدارة الغذاء والدواء (FDA) مسؤوليات متفرقة تتعلق بجمع الدم، تنظيمه، وضمان جودته. هذا النموذج، رغم ما يتيحه من مرونة وابتكار، يواجه تحديات أكبر فيما يتعلق بالتنسيق بين مختلف الجهات الفاعلة وضمان توزيع

1872 المادة الثالثة من القانون رقم 11.22 يتعلق بإحداث الوكالة المغربية للدم ومشتقاته ، الجريدة الرسمية، عدد 7213- 28 ذو الحجة 1444(17 يوليو 2023).

1873 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé," Journal officiel de la République française, n°54, 5 mars 2002, p. 4115.

عادل للموارد الدموية على الصعيد الوطني. ومع ذلك، فإن هذه اللامركزية تسمح بتطوير سياسات متخصصة تراعي الاحتياجات المحلية بشكل أدق، مما يفتح المجال أمام تحسينات مستمرة في طرق جمع الدم ومعالجة مشتقاته[1874].

بمقارنة هذه التجارب الدولية مع التجربة المغربية، يتضح أن التحديات التي تواجه الوكالة المغربية للدم ومشتقاته ليست فريدة من نوعها، بل تشترك مع العديد من الدول في صعوبات تتعلق بالتنسيق الفعال بين الجهات المختلفة وتوفير الموارد اللازمة لتنفيذ السياسات. ومع ذلك، يظل النظام المغربي بحاجة إلى تعزيز آليات الرقابة والتنظيم لتجاوز هذه التحديات. على سبيل المثال، يمكن للمغرب أن يستفيد من النموذج الفرنسي في توحيد الجهود تحت مظلة وكالة مركزية قوية، مع اعتماد أساليب اللامركزية في بعض المجالات لتلبية احتياجات المناطق المختلفة بشكل أفضل، كما هو الحال في النموذج الأمريكي.

في الختام، يعتبر دور الوكالة المغربية للدم ومشتقاته في تطوير سياسات حوكمة الموارد الدموية محوريًا لتحقيق فعالية واستدامة في إدارة هذا المورد الحيوي. يتطلب الأمر مواصلة تطوير الإطار القانوني والتنظيمي للاستفادة من التجارب الدولية الناجحة، مع التركيز على تجاوز التحديات الحالية التي تعيق تحقيق حوكمة فعالة وشاملة في المغرب.

الفرع الثاني: التحديات القانونية والتنظيمية التي تواجه الوكالة في حوكمة الموارد الدموية

رغم أهمية الإطار القانوني والتنظيمي الذي يحكم عمل الوكالة المغربية للدم ومشتقاته، إلا أن تطبيقه على أرض الواقع يواجه عقبات وتحديات لا يمكن التغاضي عنها. هذه التحديات تتعلق بالقدرة على تكييف القوانين مع التطورات السريعة في القطاع الصحي، وتنسيق الأدوار بين مختلف الجهات الفاعلة في النظام الصحي، وضمان الامتثال للمعايير الدولية. من خلال هذا الفرع، سنتناول أبرز هذه التحديات القانونية والتنظيمية، مع تحليل تأثيرها على فعالية حوكمة الموارد الدموية في المغرب.

الفقرة الأولى: التحديات القانونية المرتبطة بتطبيق قانون 11.22

تواجه الوكالة المغربية للدم ومشتقاته عدة تحديات قانونية وتنظيمية في سعيها لتحقيق حوكمة فعالة للموارد الدموية، وهي تحديات تتعلق بشكل رئيسي بتطبيق القانون رقم 11.22 الذي يحدد صلاحيات الوكالة وإطار عملها. على الرغم من أن القانون يوفر أساسًا قانونيًا قويًا لتنظيم إدارة الموارد الدموية في المغرب، فإن التحديات القانونية والتنظيمية المتعلقة بتطبيقه لا تزال تعيق تحقيق الحوكمة المنشودة. هذه التحديات لا تقتصر على المغرب وحده، بل تشترك فيها العديد من الدول، ما يدفع إلى ضرورة المقارنة والاستفادة من التجارب الدولية.

أحد أبرز التحديات القانونية التي تواجه الوكالة يتعلق بمدى قدرة القانون رقم 11.22 على التكيف مع المتغيرات السريعة في المجال الصحي. إذ أن القانون قد يفتقر إلى المرونة اللازمة لمواكبة التطورات المستمرة في تقنيات تحاقن الدم، مما يخلق فجوة بين النصوص القانونية والتطبيق الفعلي. على سبيل المثال، في فرنسا، يخضع تنظيم الموارد الدموية لقانون صارم ومركزي بموجب قانون 4 يناير 2002، الذي ينظم كل جوانب إدارة الدم من جمعه إلى توزيعه. ومع ذلك، يواجه النظام الفرنسي أيضًا تحديات قانونية في تحديث تشريعاته لتواكب الابتكارات الطبية والتغيرات الاجتماعية، مما يخلق تحديات في التطبيق العملي[1875].

بالإضافة إلى ذلك، يُعتبر التنسيق بين الوكالات الصحية والمؤسسات الطبية تحديًا قانونيًا وتنظيميًا كبيرًا في المغرب. القانون رقم 11.22 يمنح الوكالة المغربية للدم ومشتقاته سلطات واسعة، لكن غياب آليات تنسيق فعالة مع الجهات الفاعلة الأخرى في القطاع الصحي قد يؤدي إلى تداخل في الصلاحيات وإلى صعوبات في التنفيذ. في هذا الصدد، تقدم الولايات المتحدة نموذجًا مختلفًا حيث يعتمد النظام على تعددية الجهات المنظمة مثل إدارة الغذاء والدواء (FDA) والصليب الأحمر الأمريكي. هذا التعدد في الجهات

1874 Guidance for Industry: Implementation of Acceptable Full-Length Donor History Questionnaire and Accompanying Materials for Use in Screening Donors of Blood and Blood Components," U.S. Food and Drug Administration, 25 août 2020, p. 23.

1875 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé," Journal officiel de la République française, n°54, 5 mars 2002, p. 4115.

المنظمة يمكن أن يؤدي إلى تعقيدات قانونية، إلا أن وجود أطر تنسيق فعالة يضمن تنفيذ السياسات بشكل منسق وفعال، رغم التحديات القانونية المرتبطة بتعدد الجهات التنظيمية[1876].

ومن التحديات الأخرى التي تواجه الوكالة المغربية في تطبيق قانون 11.22 هو ضمان الامتثال لمعايير الجودة والسلامة الدولية. يتطلب القانون من الوكالة أن تلتزم بالمعايير الوطنية والدولية في جمع وتحويل وتوزيع الدم، إلا أن تطبيق هذه المعايير بشكل صارم يمكن أن يصطدم بعوائق قانونية وإجرائية في السياق المغربي. على سبيل المثال، تتبنى فرنسا نهجًا صارمًا في تطبيق المعايير الأوروبية المتعلقة بجودة وسلامة الدم، مما يضع على عاتق الوكالة الوطنية للدم **(Établissement Français du Sang)** مسؤولية كبيرة في ضمان الامتثال، لكن هذا النظام يواجه تحديات في التكيف مع المعايير الجديدة التي تفرضها التطورات العلمية المستمرة[1877].

في السياق المغربي، تظل التحديات التنظيمية المرتبطة بتطبيق القانون 11.22 مرتبطة بالهيكلية القانونية والمؤسسية التي تحكم عمل الوكالة. فالتعقيدات القانونية المتعلقة بإجراءات جمع الدم ونقله وتخزينه، إلى جانب العقبات التنظيمية التي تبرز في التنسيق بين الوكالة والمؤسسات الصحية الأخرى، تشكل عقبات رئيسية في طريق تحقيق حوكمة فعالة للموارد الدموية. لذلك، فإن الاستفادة من التجارب الدولية مثل تلك الموجودة في فرنسا والولايات المتحدة يمكن أن تسهم في تحسين الإطار القانوني والتنظيمي للوكالة المغربية، من خلال تبني أفضل الممارسات وتكييفها مع السياق المحلي.

إجمالاً، تُظهر التجارب الدولية أن التحديات القانونية والتنظيمية في حوكمة الموارد الدموية ليست خاصة بالمغرب وحده، بل هي جزء من التحديات العامة التي تواجه الدول في هذا المجال. لذلك، يتطلب التغلب على هذه التحديات في المغرب مراجعة شاملة للإطار القانوني الحالي، مع التركيز على تعزيز التنسيق بين الجهات الفاعلة المختلفة وضمان التحديث المستمر للتشريعات بما يتناسب مع التطورات العلمية والتقنية.

الفقرة الثانية: التحديات التنظيمية والهيكلية في إدارة الموارد الدموية

تواجه الوكالة المغربية للدم ومشتقاته تحديات تنظيمية وهيكلية معقدة تؤثر على فعاليتها في حوكمة وإدارة الموارد الدموية في المغرب. هذه التحديات تتعلق بشكل أساسي بالهيكل التنظيمي للوكالة وبقدرتها على التنسيق بين مختلف الجهات الفاعلة في النظام الصحي المغربي، مما يؤثر على قدرتها على تحقيق الأهداف المنصوص عليها في القانون رقم 11.22. في هذا السياق، يصبح من الضروري دراسة ومقارنة هذه التحديات بالتجارب الدولية لاستلهام أفضل الممارسات.

من أبرز التحديات التنظيمية التي تواجه الوكالة المغربية للدم ومشتقاته هو عدم وجود هيكل تنظيمي مرن يسمح بالتكيف مع الاحتياجات المتغيرة والطارئة في قطاع الموارد الدموية. في النظام المغربي، تعاني الوكالة من تعدد الأطراف المعنية وضعف التنسيق بين مختلف المؤسسات الصحية، وهو ما يعيق تنفيذ استراتيجيات فعالة لإدارة الدم ومشتقاته. هذه المشاكل التنظيمية لا تقتصر على المغرب وحده، بل تظهر بشكل مختلف في دول أخرى مثل فرنسا، التي تعتمد على هيكل مركزي منظم يديره **"Établissement Français du Sang"**، وهو الكيان الوحيد المسؤول عن جمع الدم وتوزيعه. هذا النظام المركزي يُمكن فرنسا من إدارة الموارد بشكل أكثر فاعلية، لكنه يواجه تحديات في الاستجابة السريعة لحالات الطوارئ بسبب مركزية القرار[1878].

على الصعيد الآخر، تعتمد الولايات المتحدة على نظام لامركزي حيث تشارك العديد من الهيئات في إدارة الموارد الدموية، بما في ذلك الصليب الأحمر الأمريكي والعديد من البنوك الخاصة للدم. على الرغم من أن هذا النظام اللامركزي يسمح بمرونة أكبر في إدارة الموارد الدموية وتوزيعها، إلا أنه يواجه تحديات تنظيمية تتعلق بتوحيد المعايير وضمان الجودة عبر مختلف الولايات

1876 Guidance for Industry: Implementation of Acceptable Full-Length Donor History Questionnaire and Accompanying Materials for Use in Screening Donors of Blood and Blood Components," U.S. Food and Drug Administration, 25 août 2020, p. 23.

1877 Directives européennes relatives à la qualité et à la sécurité du sang et des composants sanguins," Journal officiel de l'Union européenne, L 91, 30 mars 2004, p. 25.

1878 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé," Journal officiel de la République française, n°54, 5 mars 2002, p. 4115.

والمؤسسات. هذا التباين في الهيكل التنظيمي يؤدي إلى اختلاف في جودة الخدمات الصحية المقدمة، ويعقد من مهمة التنسيق بين الجهات الفاعلة المختلفة، مما قد ينعكس سلبًا على فعالية حوكمة الموارد الدموية[1879].

في المغرب، تعتبر مسألة التنسيق بين الوكالة المغربية للدم ومشتقاته وبين باقي المؤسسات الصحية تحديًا كبيرًا. فضعف التنسيق يؤدي إلى تداخل الصلاحيات وغياب استراتيجية واضحة لإدارة الأزمات أو التكيف مع التغيرات السريعة في احتياجات الدم. على سبيل المثال، في أوقات الطوارئ أو خلال الأزمات الصحية، مثل جائحة كوفيد-19، برزت الحاجة إلى استجابة سريعة ومنظمة لتلبية الطلب المتزايد على الدم ومشتقاته. ومع ذلك، فقد أظهرت التجربة المغربية أن نقص التنسيق الفعال بين الوكالة والمؤسسات الصحية الأخرى أثر سلبًا على قدرة النظام الصحي على الاستجابة بفاعلية لهذه التحديات[1880].

بمقارنة هذه التحديات مع التجربة الفرنسية، نجد أن "Établissement Français du Sang" يتمتع بقدرة أكبر على تنسيق الجهود بين مختلف القطاعات الصحية بسبب هيكله المركزي الموحد. هذا التنسيق الفعال يُمكّن فرنسا من توفير استجابة سريعة وفعالة لحالات الطوارئ الصحية، لكن هذا لا يعني غياب التحديات، حيث إن المركزية المفرطة قد تعيق الابتكار والتكيف السريع مع التغيرات الطارئة، كما يتطلب هذا الهيكل تمويلًا مستدامًا ودعمًا سياسيًا قويًا لضمان استمراريته[1881].

في النهاية، تُظهر التجارب الدولية أن التحديات التنظيمية والهيكلية في إدارة الموارد الدموية ليست فريدة من نوعها بالنسبة للمغرب، بل هي جزء من التحديات العامة التي تواجه العديد من الدول في هذا المجال. ومع ذلك، فإن تطوير هيكل تنظيمي مرن وفعال يتطلب مراجعة شاملة للإطار التنظيمي الحالي، مع الاستفادة من التجارب الدولية في تبني أفضل الممارسات. يجب على المغرب أن يسعى إلى تعزيز التنسيق بين الوكالة المغربية للدم ومشتقاته وبين المؤسسات الصحية الأخرى، من خلال إنشاء آليات تنسيق واضحة وتطوير هيكل تنظيمي يمكنه التكيف مع الاحتياجات المتغيرة.

المطلب الثاني: التحديات التشغيلية وآفاق تطوير حوكمة الموارد الدموية

إلى جانب التحديات القانونية والتنظيمية، تواجه الوكالة المغربية للدم ومشتقاته تحديات تشغيلية كبيرة تعرقل تحقيق حوكمة فعالة للموارد الدموية. تتعلق هذه التحديات بالقدرة على تأمين مخزون كافٍ من الدم، وتوزيعه بشكل عادل وفعال عبر مختلف مناطق المملكة، بالإضافة إلى التحديات المرتبطة بالبنية التحتية والتنسيق بين الجهات الصحية. يُعد تحليل هذه التحديات وتشخيصها خطوة أساسية نحو تطوير استراتيجيات فعالة لتعزيز حوكمة الموارد الدموية في المستقبل.

الفرع الأول: التحديات التشغيلية في إدارة وتوزيع الموارد الدموية

تمثل التحديات التشغيلية عائقًا رئيسيًا أمام تحقيق أهداف حوكمة الموارد الدموية في المغرب. إذ تشمل هذه التحديات ضمان استمرارية التبرعات، تأمين مخزون كافٍ من الدم، وتوزيع هذه الموارد بشكل يتماشى مع الاحتياجات الصحية المتزايدة في جميع أنحاء البلاد. كما تشمل أيضًا الصعوبات المرتبطة بتطوير شبكة لوجستية فعالة تمكن من نقل وتخزين الدم في ظروف آمنة. في هذا الفرع، سنلقي الضوء على هذه التحديات التشغيلية، ونستعرض مدى تأثيرها على الأداء العام للوكالة المغربية للدم ومشتقاته.

الفقرة الأولى: تحديات تأمين المخزون الكافي وتوزيع الموارد الدموية

تعتبر التحديات التشغيلية المتعلقة بتأمين المخزون الكافي من الدم ومشتقاته وتوزيعها بشكل عادل وفعال من أهم المعوقات التي تواجه نظم إدارة الموارد الدموية في مختلف البلدان. في المغرب، تتجلى هذه التحديات في صعوبات تأمين مخزون مستدام من الدم، وتوزيعه بصورة متساوية عبر جميع المناطق، بما يضمن تلبية الاحتياجات الوطنية في الظروف العادية وأثناء الأزمات. تتطلب هذه

1879 Blood Donation: Opportunities for a National System," National Academies Press, 2020, p. 102.

1880 Stratégie de gestion des ressources en sang pendant la pandémie COVID-19," Ministère de la Santé du Maroc, 2020, p. 14.

1881 Le modèle français de l'Établissement Français du Sang : Une gestion centralisée et ses défis," Revue Française de Santé Publique, vol. 68, no. 3, 2021, p. 145.

العملية التنسيق المستمر بين الوكالة المغربية للدم ومشتقاته وباقي المؤسسات الصحية، ولكنها تعاني من عقبات متعددة تعرقل تحقيق أهداف الحوكمة الرشيدة في هذا القطاع.

في التجربة المغربية، يظهر تحدي تأمين المخزون الكافي من الدم بوضوح خلال فترات الأزمات، مثل جائحة كوفيد-19، حيث شهدت البلاد نقصًا حادًا في التبرعات بالدم نتيجة القيود الصحية المفروضة والزيادة في الطلب على الرعاية الصحية. هذا النقص كان له تأثير سلبي على قدرة النظام الصحي على الاستجابة للاحتياجات الطبية العاجلة، مما أبرز الحاجة الملحة لتحسين الاستراتيجيات التشغيلية المتعلقة بتأمين المخزون الدائم من الدم[1882]. تُعتبر هذه المشكلة نموذجية في العديد من الدول التي تعتمد على التبرعات الطوعية، حيث يمكن أن تؤدي الأزمات الصحية أو الاقتصادية إلى تراجع كبير في التبرعات، مما يضع الأنظمة الصحية تحت ضغط شديد.

في هذا السياق، تقدم فرنسا نموذجًا جديرًا بالاهتمام، حيث يتولى **"Établissement Français du Sang"** مسؤولية تأمين وتوزيع الدم على المستوى الوطني. يعتمد النظام الفرنسي على شبكة مركزية من مراكز تحاقن الدم التي تتعاون معًا لضمان توازن المخزون بين المناطق المختلفة، بما يتيح تحويل الفائض من منطقة إلى أخرى عند الحاجة. هذا النظام يسمح بتأمين مخزون كافٍ لمواجهة الطلب، إلا أنه يواجه تحديات تتعلق بتكلفة التخزين والنقل، بالإضافة إلى التحديات اللوجستية في ضمان سلامة الدم أثناء نقله وتوزيعه[1883].

في الولايات المتحدة، يختلف الوضع حيث يعتمد النظام على تعدد الجهات الفاعلة في مجال تحاقن الدم، مثل الصليب الأحمر الأمريكي والعديد من البنوك المحلية والخاصة. هذه اللامركزية تسمح بمرونة أكبر في تأمين المخزون وتوزيعه، لكنها تواجه تحديات كبيرة في التنسيق وضمان توحيد معايير الجودة والسلامة عبر مختلف الولايات. من أبرز هذه التحديات هو تأمين إمدادات كافية في المناطق الريفية أو الأقل كثافة سكانية، حيث يمكن أن يكون تأمين المخزون وتوزيعه أكثر تعقيدًا بسبب البعد الجغرافي وقلة الموارد[1884]. ومع ذلك، تستفيد الولايات المتحدة من قدراتها التكنولوجية العالية في تطوير أنظمة معلومات متقدمة تتيح تتبع المخزون وتحليله بشكل مستمر، مما يساعد على إدارة الأزمات بشكل أكثر فعالية.

في المغرب، يمكن الاستفادة من هذه التجارب الدولية من خلال تبني نهج هجين يجمع بين المركزية في التخطيط والاستراتيجية واللامركزية في التنفيذ، كما هو الحال في النموذج الفرنسي. يتطلب ذلك تطوير شبكة متكاملة من مراكز تحاقن الدم تعمل بالتنسيق مع الوكالة المغربية للدم ومشتقاته، وتزويدها بالموارد التكنولوجية اللازمة لتحسين إدارة المخزون. كما يمكن الاستفادة من التجربة الأمريكية في تطوير أنظمة معلوماتية متقدمة لتتبع المخزون وتحليل البيانات بشكل دوري، مما يعزز القدرة على الاستجابة السريعة للاحتياجات المتغيرة.

بناءً على ما سبق، يظهر أن التحديات التشغيلية في تأمين المخزون الكافي وتوزيع الموارد الدموية في المغرب تتطلب تطوير استراتيجيات شاملة تتبنى أفضل الممارسات الدولية مع مراعاة الخصوصيات المحلية. تحسين التنسيق بين مختلف الجهات الفاعلة وتطوير البنية التحتية التقنية واللوجستية سيكونان مفتاحين أساسيين لتحقيق نظام حوكمة فعال ومستدام للموارد الدموية في المغرب.

الفقرة الثانية: التحديات اللوجستية والتنسيق بين الجهات الصحية

تواجه الوكالة المغربية للدم ومشتقاته تحديات تشغيلية كبيرة تتعلق باللوجستيات والتنسيق بين الجهات الصحية المختلفة، وهي تحديات تؤثر بشكل مباشر على قدرتها على تأمين وتوزيع الموارد الدموية بشكل فعال. هذه التحديات اللوجستية ليست فريدة من

1882 Stratégie de gestion des ressources en sang pendant la pandémie COVID-19," Ministère de la Santé du Maroc, 2020, p. 14.

1883 Le modèle français de l'Établissement Français du Sang : Une gestion centralisée et ses défis," Revue Française de Santé Publique, vol. 68, no. 3, 2021, p. 145.

1884 Blood Donation: Opportunities for a National System," National Academies Press, 2020, p. 102.

نوعها، بل تعاني منها العديد من الدول، ولكن تختلف في حدتها وتأثيرها بناءً على الأنظمة الصحية والبنى التحتية المتاحة. من خلال استعراض هذه التحديات في المغرب ومقارنتها بالتجارب الدولية، يمكن استخلاص الدروس التي قد تساعد في تحسين أداء النظام الصحي المغربي.

أحد التحديات الرئيسية التي تواجه الوكالة المغربية هو ضعف البنية التحتية اللوجستية اللازمة لنقل وتخزين الدم ومشتقاته. تتطلب عملية نقل الدم ظروفًا خاصة، بما في ذلك التحكم في درجات الحرارة وتوفير وسائط نقل مجهزة بشكل جيد، وهو ما يمثل تحديًا كبيرًا في المغرب، خاصة في المناطق النائية التي تفتقر إلى هذه الخدمات المتخصصة. بالإضافة إلى ذلك، تفتقر البلاد إلى شبكة لوجستية متكاملة تدعم عملية توزيع الموارد الدموية بشكل فعال على مستوى وطني، مما يؤدي إلى تفاوت في الوصول إلى هذه الموارد الحيوية بين مختلف المناطق[1885].

على الصعيد الدولي، تعتبر التجربة الألمانية نموذجًا يمكن الاستفادة منه، حيث يتمتع النظام الصحي الألماني بشبكة لوجستية قوية تدعم عملية جمع وتوزيع الدم على مستوى البلاد. يتم تنظيم عمليات تحاقن الدم في ألمانيا من خلال الصليب الأحمر الألماني بالتعاون مع البنوك المحلية للدم والمستشفيات. يعتمد النظام على التنسيق الفعال بين هذه الجهات لضمان توزيع الدم بطريقة عادلة وفعالة. يتم تحقيق ذلك من خلال استخدام أنظمة تكنولوجية متقدمة تساعد في تتبع الإمدادات والتحكم في عمليات النقل، مما يضمن الحفاظ على جودة الدم أثناء نقله وتوزيعه[1886].

بالمقارنة، نجد أن التحديات التي تواجه الولايات المتحدة في هذا السياق تتعلق بشكل أساسي بالتنسيق بين الجهات الفاعلة المختلفة، حيث يتسم النظام الصحي الأمريكي باللامركزية. هذه اللامركزية تتيح مرونة في التعامل مع الاحتياجات المحلية، لكنها في الوقت ذاته تعقد عملية التنسيق اللوجستي، خاصة خلال فترات الأزمات أو الكوارث الطبيعية. على سبيل المثال، خلال جائحة كوفيد-19، واجهت الولايات المتحدة تحديات كبيرة في توزيع الدم بسبب تراجع التبرعات في بعض المناطق، ما اضطر الجهات الصحية إلى إعادة توزيع الموارد بين الولايات بطرق معقدة وغير فعالة في بعض الأحيان[1887]. ومع ذلك، تسعى الولايات المتحدة للتغلب على هذه التحديات من خلال تحسين أنظمة المعلومات والاعتماد على التكنولوجيا لتنسيق الجهود بين مختلف الجهات.

في المغرب، يمكن الاستفادة من هذه التجارب الدولية لتطوير استراتيجيات جديدة لتحسين اللوجستيات والتنسيق في إدارة الموارد الدموية. قد يكون الحل في تعزيز المركزية في عملية التخطيط والتوزيع، مع تطوير شبكة لوجستية متكاملة تربط بين مختلف مراكز تحاقن الدم والمؤسسات الصحية، وذلك لضمان توزيع الموارد بشكل عادل وفعال. علاوة على ذلك، يمكن للمغرب الاستفادة من التكنولوجيا المتقدمة، كما هو الحال في ألمانيا والولايات المتحدة، لتحسين تتبع وتوزيع الموارد الدموية، مما يعزز من فعالية النظام الصحي الوطني.

في الختام، يتطلب التعامل مع التحديات اللوجستية والتنسيقية في المغرب نهجًا شاملاً يجمع بين تحسين البنية التحتية، تعزيز التنسيق بين الجهات الفاعلة المختلفة، وتبني التكنولوجيا الحديثة. من خلال استلهام أفضل الممارسات الدولية وتكييفها مع السياق المغربي، يمكن للوكالة المغربية للدم ومشتقاته تحسين أدائها وضمان توفير إمدادات دموية آمنة ومستدامة لجميع المواطنين.

الفرع الثاني: استراتيجيات وآفاق تعزيز دور الوكالة في حوكمة الموارد الدموية

لتجاوز التحديات التشغيلية والتنظيمية التي تواجه الوكالة المغربية للدم ومشتقاته، تتطلب حوكمة الموارد الدموية تبني استراتيجيات مبتكرة وفعالة. تعتمد هذه الاستراتيجيات على تعزيز البنية التحتية، تحسين التنسيق بين مختلف الجهات الصحية،

1885 Amélioration des infrastructures de la chaîne logistique en santé," Organisation mondiale de la santé, 2018, p. 45.

1886 Blutspendedienst des Deutschen Roten Kreuzes: Organisation und Herausforderungen," Deutsches Ärzteblatt, vol. 116, no. 23, 2019, p. 1423.

1887 Impact of COVID-19 on Blood Supply in the United States: Challenges and Mitigation Strategies," Transfusion Medicine Reviews, vol. 35, no. 3, 2021, p. 175.

وتبني التكنولوجيا الحديثة لضمان إدارة فعالة للموارد الدموية. في هذا الفرع، سنستعرض مجموعة من الاستراتيجيات المقترحة التي يمكن أن تسهم في تعزيز دور الوكالة في تحقيق حوكمة رشيدة للموارد الدموية، مع استشراف الآفاق المستقبلية لتحسين النظام الصحي في المغرب.

الفقرة الأولى: استراتيجيات مقترحة لتجاوز التحديات وتحسين الأداء

لمواجهة التحديات التشغيلية والتنظيمية التي تعترض إدارة الموارد الدموية في المغرب، من الضروري تبني استراتيجيات فعالة تستفيد من التجارب الدولية الناجحة. هذه الاستراتيجيات يجب أن تركز على تحسين البنية التحتية، تعزيز التنسيق بين الجهات الفاعلة، وتبني التكنولوجيا الحديثة لضمان توزيع عادل وفعال للدم ومشتقاته عبر البلاد.

أحد الحلول الممكنة هو تعزيز مركزية التخطيط مع المحافظة على مرونة التنفيذ، كما هو الحال في النظام الصحي الفرنسي. يعمل "Établissement Français du Sang"كجهة مركزية تدير جميع جوانب إدارة الدم في فرنسا، مما يتيح لها التحكم في التوزيع بشكل متساوٍ وضمان الاستجابة السريعة لحالات الطوارئ. من خلال مركزية التخطيط، يمكن توحيد المعايير وتحسين التنسيق بين مختلف الجهات الصحية، مما يعزز من كفاءة توزيع الموارد الدموية[1888]. ولضمان مرونة التنفيذ، يمكن للمغرب أن يعتمد نهجًا يسمح للمناطق بتنظيم عمليات التوزيع وفقًا لاحتياجاتها المحلية مع الالتزام بالإرشادات المركزية، مما يعزز من قدرة النظام على التكيف مع الظروف المتغيرة.

بالإضافة إلى المركزية، يجب على المغرب الاستثمار في تحسين البنية التحتية اللوجستية. تُعد تجربة ألمانيا في إدارة نقل وتوزيع الدم نموذجًا يحتذى به، حيث تعتمد على شبكة لوجستية متكاملة تدعمها تقنيات حديثة لتتبع المخزون وضمان نقله بأمان. هذه البنية التحتية لا تقتصر على وسائل النقل فقط، بل تشمل أيضًا تطوير مرافق التخزين التي تضمن الحفاظ على جودة الدم طوال عملية التوزيع. يمكن للمغرب الاستفادة من هذه التجربة من خلال إنشاء مراكز لوجستية إقليمية مجهزة بالكامل لدعم عمليات نقل وتخزين الدم بشكل يتماشى مع المعايير الدولية[1889].

التكنولوجيا تلعب أيضًا دورًا حاسمًا في تحسين إدارة الموارد الدموية. في الولايات المتحدة، تسهم أنظمة المعلومات المتقدمة في تحسين تتبع المخزون وتوزيع الدم بشكل أكثر كفاءة. على سبيل المثال، يُستخدم نظام "Blood Establishment Computer System" (BECS)لتنسيق توزيع الدم بين مختلف الولايات وضمان الحفاظ على معايير الجودة. يمكن للمغرب أن يتبنى حلولاً مماثلة من خلال تطوير نظام معلومات متكامل يتيح تتبع المخزون وإدارة التوزيع بشكل فعال. هذا النظام يمكن أن يكون منصة موحدة تربط بين جميع مراكز تحاقن الدم والمستشفيات، مما يضمن تدفق المعلومات بسلاسة ويسهل عملية اتخاذ القرار[1890].

علاوة على ذلك، يُعتبر تعزيز الشراكات بين القطاعين العام والخاص استراتيجية مهمة لتحسين أداء الوكالة المغربية للدم ومشتقاته. يمكن الاستفادة من النموذج الهولندي، حيث تشارك المؤسسات الصحية الخاصة في إدارة عمليات التبرع بالدم وتوزيعه، مما يزيد من قدرة النظام على تلبية الطلب المتزايد على الدم ومشتقاته. في المغرب، يمكن تعزيز التعاون مع القطاع الخاص لتوسيع شبكة التبرعات، تحسين إدارة المخزون، وتوفير حلول مبتكرة للتحديات اللوجستية[1891].

ختامًا، يتطلب تحسين أداء الوكالة المغربية للدم ومشتقاته تبني نهج متعدد الأبعاد يستفيد من التجارب الدولية الناجحة. من خلال تعزيز مركزية التخطيط، تحسين البنية التحتية اللوجستية، تبني التكنولوجيا الحديثة، وتعزيز الشراكات بين القطاعين

1888 La centralisation de la gestion des ressources sanguines en France : Bilan et perspectives," Revue Française de Transfusion Sanguine, vol. 65, no. 2, 2020, p. 112.

1889 Logistik in der Blutversorgung: Ein integriertes Netzwerk für Deutschland," Deutsche Gesundheitswirtschaft, vol. 47, no. 5, 2019, p. 58.

1890 Implementation of the Blood Establishment Computer System (BECS) in the United States: Enhancing Blood Supply Management," Journal of Clinical Apheresis, vol. 34, no. 4, 2019, p. 314.

1891 Public-Private Partnerships in Blood Donation: The Dutch Experience," Transfusion, vol. 59, no. 9, 2019, p. 2781.

العام والخاص، يمكن للمغرب تحقيق تحسينات ملموسة في إدارة الموارد الدموية، مما يضمن توفير هذه الموارد الحيوية بشكل عادل ومستدام لجميع المواطنين.

الفقرة الثانية: الآفاق المستقبلية لحوكمة الموارد الدموية في المغرب

في ظل التحولات المتسارعة في قطاع الصحة على المستوى العالمي، تبدو حوكمة الموارد الدموية في المغرب بحاجة إلى استراتيجيات متجددة تضمن استدامة وكفاءة إدارة هذه الموارد الحيوية. بالنظر إلى التجارب الدولية المقارنة، يمكن للمغرب استشراف آفاق مستقبلية لحوكمة الموارد الدموية تعتمد على تبني ممارسات أفضل وتعزيز الأطر التنظيمية والتكنولوجية القائمة.

أحد الآفاق الرئيسية لحوكمة الموارد الدموية في المغرب هو التحول نحو نموذج مركزي أكثر تنظيماً، مستفيداً من التجربة الفرنسية. في فرنسا، يلعب **"Établissement Français du Sang"** دورًا حاسمًا في إدارة شاملة للموارد الدموية، حيث تمثل المركزية في اتخاذ القرارات وتنفيذها عاملًا رئيسيًا في ضمان فعالية النظام. إن تبني نموذج مشابه في المغرب يمكن أن يعزز من القدرة على مواجهة التحديات المتعلقة بالتوزيع العادل للموارد وتحسين الاستجابة للأزمات الصحية. هذا النموذج يمكن أن يُعزز من خلال إنشاء وكالة مركزية قوية تمتلك السلطة الكاملة على عمليات جمع وتوزيع الدم، مع التأكد من تطبيق معايير موحدة على الصعيد الوطني[1892].

علاوة على ذلك، فإن تطوير البنية التحتية التكنولوجية يشكل أفقاً مهماً لتحقيق حوكمة متقدمة للموارد الدموية. تُظهر التجربة الأمريكية كيف يمكن للتكنولوجيا أن تلعب دوراً محورياً في تحسين إدارة الدم من خلال أنظمة المعلومات المتقدمة. نظام **"Blood Establishment Computer System" (BECS)** المستخدم في الولايات المتحدة يوفر منصة متكاملة لإدارة المخزون، تتبع التبرعات، وضمان الجودة عبر جميع المستويات. يمكن للمغرب الاستفادة من هذه التجربة عبر تطوير نظام مشابه يتيح تتبع وتحليل بيانات التبرعات والاحتياجات في الوقت الفعلي، مما يعزز من كفاءة إدارة الموارد ويقلل من الفاقد[1893].

كما أن تعزيز التعاون الدولي والإقليمي يمكن أن يشكل جزءاً من الآفاق المستقبلية لحوكمة الموارد الدموية في المغرب. يمكن للمغرب أن يستفيد من التجربة الأوروبية في هذا المجال، حيث يتميز النظام الأوروبي بتعاون واسع بين الدول الأعضاء لتبادل المعلومات والموارد في أوقات الحاجة. إنشاء شبكات تعاون إقليمي بين الدول الأفريقية قد يعزز من قدرة المغرب على مواجهة أي نقص محتمل في الدم أو مشتقاته، مع إمكانية تطوير آليات للتعاون الفني وتبادل الخبرات بين الدول المجاورة[1894]. هذا التعاون يمكن أن يشمل أيضاً برامج تدريبية مشتركة وتطوير معايير موحدة لجودة الدم على مستوى القارة الأفريقية.

إلى جانب ذلك، يجب أن تولي حوكمة الموارد الدموية في المغرب اهتماماً أكبر لتطوير حملات توعية وبرامج تبرع مستدامة. تستفيد هولندا، على سبيل المثال، من برامج توعية متقدمة تحفز المواطنين على التبرع بالدم بشكل دوري، مما يضمن توفير مخزون كافٍ لمواجهة الطلب المتزايد. اعتماد مثل هذه البرامج في المغرب، مع الأخذ في الاعتبار الثقافة المحلية والحساسيات الاجتماعية، يمكن أن يسهم في تعزيز ثقافة التبرع بالدم، وبالتالي تحسين المخزون الوطني من الموارد الدموية[1895].

في الختام، فإن الآفاق المستقبلية لحوكمة الموارد الدموية في المغرب تعتمد على عدة عوامل، منها تعزيز المركزية في الإدارة، تطوير التكنولوجيا، تعزيز التعاون الدولي، وتكثيف حملات التوعية. من خلال استلهام أفضل الممارسات الدولية وتكييفها مع السياق

1892 L'organisation centralisée du système de transfusion sanguine en France: Leçons et perspectives," Transfusion Clinique et Biologique, vol. 25, no. 3, 2018, p. 211.

1893 Advancements in Blood Supply Chain Management Using BECS in the USA," Journal of Healthcare Engineering, vol. 2019, Article ID 6842374, 2019, p. 6.

1894 Cross-Border Collaboration in Blood Supply Across Europe: Challenges and Opportunities," European Journal of Public Health, vol. 29, no. 4, 2019, p. 721.

1895 Public Awareness and Voluntary Blood Donation: Lessons from the Dutch Experience," Vox Sanguinis, vol. 113, no. 7, 2018, p. 634.

المحلي، يمكن للمغرب بناء نظام حوكمة مستدام وفعال للموارد الدموية، يلبي احتياجات المواطنين ويضمن استدامة النظام الصحي.

خاتمة

في ختام يتضح أن الوكالة المغربية للدم ومشتقاته تواجه تحديات كبيرة ومعقدة تعرقل تحقيق أهدافها في إدارة فعالة ومستدامة لهذه الموارد الحيوية. إن التحديات القانونية والتنظيمية المتعلقة بتطبيق القانون رقم 11.22، بالإضافة إلى الصعوبات التشغيلية واللوجستية، تشكل عقبات حقيقية تتطلب حلولًا مبتكرة ومستدامة.

من خلال مقارنة التجربة المغربية بالتجارب الدولية الناجحة، مثل تلك التي نجدها في فرنسا، ألمانيا، والولايات المتحدة، يتبين أن تحسين حوكمة الموارد الدموية يتطلب تبني استراتيجية شاملة تجمع بين المركزية في التخطيط والمرونة في التنفيذ. بالإضافة إلى ذلك، يمثل تعزيز البنية التحتية اللوجستية وتطوير التكنولوجيا المتقدمة أدوات حاسمة لضمان توزيع عادل وفعال للدم ومشتقاته، وتحقيق استجابة سريعة ومرنة في أوقات الأزمات.

أمام المغرب فرصة سانحة لاستفادة من هذه التجارب الدولية وتكييفها مع السياق المحلي لتعزيز فعالية نظامه الصحي. من خلال تحسين التنسيق بين الجهات الفاعلة، تبني تقنيات حديثة لتتبع وإدارة المخزون، وتعزيز التعاون الإقليمي والدولي، يمكن للوكالة المغربية للدم ومشتقاته أن تتغلب على التحديات الحالية وتؤسس لنظام حوكمة قوي ومستدام.

في النهاية، تظل حوكمة الموارد الدموية في المغرب مجالًا حيويًا يحتاج إلى دعم مستمر من الحكومة، المجتمع المدني، والمؤسسات الصحية. إن تحقيق هذه الغاية يتطلب رؤية استراتيجية واضحة، التزامًا قويًا، وموارد كافية لضمان تلبية احتياجات المواطنين الصحية بشكل فعال وعادل. ومن خلال هذه الجهود المشتركة، يمكن للمغرب أن يعزز نظامه الصحي ويضمن استدامة موارد دموية قادرة على تلبية احتياجات الحاضر والتكيف مع تحديات المستقبل.

الهوامش

1. المادة الثالثة من القانون رقم 11.22 يتعلق بإحداث الوكالة المغربية للدم ومشتقاته ، الجريدة الرسمية، عدد 7213- 28 ذو الحجة 1444(17 يوليو 2023).

2. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé," Journal officiel de la République française, n°54, 5 mars 2002, p. 4115.

3. Guidance for Industry: Implementation of Acceptable Full-Length Donor History Questionnaire and Accompanying Materials for Use in Screening Donors of Blood and Blood Components," U.S. Food and Drug Administration, 25 août 2020, p. 23.

4. المادة الثالثة من القانون رقم 11.22 يتعلق بإحداث الوكالة المغربية للدم ومشتقاته ، الجريدة الرسمية، عدد 7213- 28 ذو الحجة 1444(17 يوليو 2023).

5. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé," Journal officiel de la République française, n°54, 5 mars 2002, p. 4115.

6. Guidance for Industry: Implementation of Acceptable Full-Length Donor History Questionnaire and Accompanying Materials for Use in Screening Donors of Blood and Blood Components," U.S. Food and Drug Administration, 25 août 2020, p. 23.

7. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé," Journal officiel de la République française, n°54, 5 mars 2002, p. 4115.

8. Guidance for Industry: Implementation of Acceptable Full-Length Donor History Questionnaire and Accompanying Materials for Use in Screening Donors of Blood and Blood Components," U.S. Food and Drug Administration, 25 août 2020, p. 23.

9. Directives européennes relatives à la qualité et à la sécurité du sang et des composants sanguins," Journal officiel de l'Union européenne, L 91, 30 mars 2004, p. 25.

10. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé," Journal officiel de la République française, n°54, 5 mars 2002, p. 4115.

11. Blood Donation: Opportunities for a National System," National Academies Press, 2020, p. 102.

12. Stratégie de gestion des ressources en sang pendant la pandémie COVID-19," Ministère de la Santé du Maroc, 2020, p. 14.

13. Le modèle français de l'Établissement Français du Sang : Une gestion centralisée et ses défis," Revue Française de Santé Publique, vol. 68, no. 3, 2021, p. 145.

14. Stratégie de gestion des ressources en sang pendant la pandémie COVID-19," Ministère de la Santé du Maroc, 2020, p. 14.

15. Le modèle français de l'Établissement Français du Sang : Une gestion centralisée et ses défis," Revue Française de Santé Publique, vol. 68, no. 3, 2021, p. 145.

16. Blood Donation: Opportunities for a National System," National Academies Press, 2020, p. 102.

17. Amélioration des infrastructures de la chaîne logistique en santé," Organisation mondiale de la santé, 2018, p. 45.

18. Blutspendedienst des Deutschen Roten Kreuzes: Organisation und Herausforderungen," Deutsches Ärzteblatt, vol. 116, no. 23, 2019, p. 1423.

19. Impact of COVID-19 on Blood Supply in the United States: Challenges and Mitigation Strategies," Transfusion Medicine Reviews, vol. 35, no. 3, 2021, p. 175.

20. La centralisation de la gestion des ressources sanguines en France : Bilan et perspectives," Revue Française de Transfusion Sanguine, vol. 65, no. 2, 2020, p. 112.

21. Logistik in der Blutversorgung: Ein integriertes Netzwerk für Deutschland," Deutsche Gesundheitswirtschaft, vol. 47, no. 5, 2019, p. 58.

22. Implementation of the Blood Establishment Computer System (BECS) in the United States: Enhancing Blood Supply Management," Journal of Clinical Apheresis, vol. 34, no. 4, 2019, p. 314.

23. Public-Private Partnerships in Blood Donation: The Dutch Experience," Transfusion, vol. 59, no. 9, 2019, p. 2781.

24. L'organisation centralisée du système de transfusion sanguine en France: Leçons et perspectives," Transfusion Clinique et Biologique, vol. 25, no. 3, 2018, p. 211.

25. Advancements in Blood Supply Chain Management Using BECS in the USA," Journal of Healthcare Engineering, vol. 2019, Article ID 6842374, 2019, p. 6.

26. Cross-Border Collaboration in Blood Supply Across Europe: Challenges and Opportunities," European Journal of Public Health, vol. 29, no. 4, 2019, p. 721.

27. Public Awareness and Voluntary Blood Donation: Lessons from the Dutch Experience," Vox Sanguinis, vol. 113, no. 7, 2018, p. 634.

مسطرة الطعن في دعاوى الجماعات الترابية أمام القضاء الإداري

Challenge ruler in the lawsuits of earth groups before the administrative judiciary

الباحثة : أمال بلكاملة

باحثة بسلك الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية

ملخص:

تعد الجماعات الترابية طبقا للفصل 135: "الجماعات الترابية للمملكة هي الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات. الجماعات الترابية أشخاص اعتبارية، خاضعة للقانون العام، تسير شؤونها بكيفية ديمقراطية"، وبناء عليه تعتبر الجماعات الترابية هيئات منتخبة تناط بها مهام تدبير وتسيير مصالح وشؤون المواطنين على الصعيد الترابي وفق ضوابط قانونية وتنظيمية[1896].

وجدير بالبيان أن مسطرة التقاضي في مواجهة الجماعات الترابية تكتسي بعض الخصوصية مقارنة باقي مساطر التقاضي في إطار المنازعات الإدارية، فبغض النظر عن الحالة المنصوص عليها في ثنايا القانون 90.41 المتعلق بالمحاكم الإدارية بخصوص تطبيق قواعد المسطرة المدنية تمتاز هذه المنازعات بضوابط ناظمة لها .

على ضوء هذه المعطيات يمكن الانطلاق من أرضية أساسية كون أن إحاطة المشرع المنازعات القضائية المثارة ضد الجماعات الترابية يكتسي أهمية عملية وعلمية خاصة في ظل اتساع رقعة نشاط هذه الهيئات الترابية .

Summary:

According to Article 135: "The land committees of the Kingdom are the bodies, agencies, territories and groups. Or the management and management of the interests and affairs of citizens on the ground In accordance with legal and regulatory controls.

It is worth noting that the rule of litigation against land groups enjoys some privacy compared to the rest of the rules of litigation in the framework of administrative disputes. with its regulatory controls.

In the light of these data, it is possible to start from a basic premise that the legislator's briefing on the judicial disputes raised against the earth groups is of particular practical and scientific importance in view of the breadth of the activity of these earth bodies

مقدمة :

لقد شكل إحداث المحاكم الإدارية بالمغرب حدثا هاما و قفزة نوعية في مسلسل إصلاح الشأن القانوني والقضائي للبلاد، وذلك بالنظر للارتباط الوطيد بين مبادئ وأسس دولة الحق والقانون والقضاء الإداري. فهذا الأخير هو الكفيل بحماية الحقوق والحريات الدستورية للأفراد ضد تعسف السلطة العامة في استعمال صلاحيتها. لذلك يحصل الاتفاق على أنه من مقاييس ديمقراطية الدول من عدمها وجود قضاء إداري مستقل وقادر على تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للإدارة والأفراد. وعلى الرغم من القضاء الإداري ضمانة أساسية في سبيل تكريس دولة حق والقانون، فإن ذلك اللجوء لهذه الجهة القضائية يفرض احترام العديد من الشكليات والإجراءات الإدارية والقضائية.

1896 - سالم حداد، "مسطرة مقاضاة الجماعات الترابية"، مطبعة الأمنية، الرباط، 2020، ص11.

وتعد الجماعات الترابية طبقا للفصل 135: "الجماعات الترابية للمملكة هي الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات. الجماعات الترابية أشخاص اعتبارية، خاضعة للقانون العام، تسير شؤونها بكيفية ديمقراطية"، وبناء عليه تعتبر الجماعات الترابية هيئات منتخبة تناط بها مهام تدبير وتسيير مصالح وشؤون المواطنين على الصعيد الترابي وفق ضوابط قانونية وتنظيمية[1897].

وجدير بالبيان أن مسطرة التقاضي في مواجهة الجماعات الترابية تكتسي بعض الخصوصية مقارنة باقي مساطر التقاضي في إطار المنازعات الإدارية، فبغض النظر عن الحالة المنصوص عليها في ثنايا القانون 90.41 المتعلق بالمحاكم الإدارية بخصوص تطبيق قواعد المسطرة المدنية تمتاز هذه المنازعات بضوابط ناظمة لها .

على ضوء هذه المعطيات يمكن الانطلاق من أرضية أساسية كون أن إحاطة المشرع المنازعات القضائية المثارة ضد الجماعات الترابية يكتسي أهمية عملية وعلمية خاصة في ظل اتساع رقعة نشاط هذه الهيئات الترابية .

وبناء عليه يمكن صياغة إشكالية الموضوع في ضوء المعطيات الأساسية السالفة كما يلي : أي خصوصية إجرائية في مجال الطعون الموجهة ضد الجماعات الترابية أمام القضاء الإداري؟

تأسيسا على ما سبق ولمقاربة الموضوع بنوع من الانسجام والتناسق بين عناصره وأركانه يستحسن تبني التصميم المنهجي الآتي:

المطلب الأول: محددات مسطرة الطعن في الدعاوى الموجهة ضد الجماعات الترابية

•الفقرة الأولى: إلزامية احترام المسطرة القبلية للدعاوى ضد الجماعات الترابية

•الفقرة الثانية: ضرورة إدخال الوكيل القضائي للجماعات الترابية في الدعوى

المطلب الثاني: خصوصيات مسطرة الطعن في الدعاوى الخاصة بالجماعات الترابية

•الفقرة الأولى: تحضير دعاوى الطعون ضد الجماعات الترابية

•الفقرة الثانية: التحقيق في الدعوى الإدارية ضد الجماعات الترابية

المطلب الأول: محددات مسطرة الطعن في الدعاوى الخاصة بالجماعات الترابية

لمقاضاة الجماعات الترابية ألزم المشرع المغربي المدعي بسلوك المسطرة الإدارية القبلية التي تتمثل في إخبار رؤساء الجماعات الترابية[1898]، وتوجيه مذكرة تتضمن موضوع وأسباب شكايته حسب الحالة إما إلى وزير الداخلية أو إلى الوالي[1899] أو عامل[1900] العمالة أو الإقليم، وذلك قبل اللجوء إلى مسطرة القضائية تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا (الفقرة الأولى)، وضرورة إدخال الوكيل القضائي للجماعات الترابية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إلزامية احترام المسطرة القبلية لرفع الدعاوى ضد الجماعات الترابية

أوجب المشرع المغربي قبل اللجوء إلى القضاء الإداري سلوك مسطرة القبلية لمقاضاة الجماعات المنصوص عليها في القانون التنظيمي رقم 14-113 المتعلق بالجماعات[1901] وهي نفس الإجراءات المتبعة لمقاضاة العمالات والأقاليم والجهات، وأن مخالفات هذا المقتضى يؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلا .

قدم استلزم القانون التنظيمي للجماعات فيما يخص إقامة كل الدعاوى الخاصة بالجماعات – باستثناء الدعاوى الاستعجالية ودعاوى الحيازة – إشعار رئيس مجلس الجماعة، وتوجيه مذكرة إلى عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه تتضمن موضوع وأسباب شكايته، ويسلم على إثرها للمدعي فورا وصل بذلك، و طالما الأمر كذلك فإنه لا يسوغ تحت طائلة عدم قبول الدعوى

1897 - سالم حداد، "مسطرة مقاضاة الجماعات الترابية"، مطبعة الأمنية، الرباط، 2020، ص11.

1898 - رئيس الجهة بالنسبة للجهات، رئيس المجلس الإقليمي بالنسبة للعمالات والأقاليم، رئيس الجماعة بالنسبة للجماعات

1899 - بالنسبة للجهات

1900 - ذلك بالنسبة للعمالات والأقاليم، والجماعات

1901 - ظهير الشريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436(7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14.113 المتعلق بالجماعات

شكلا من لدن المحاكم المختصة، رفع دعوى تجاوز السلطة ضد الجماعة أو ضد قرارات جهازها التنفيذي إلا إذا كان المدعي قد احترم المقتضى القانوني المنصوص عليه في المادة 265 من القانون التنظيمي رقم 14.113 بالجماعات[1902] .

و قد ورد في حيثيات حكم المحكمة الإدارية بوجدة[1903] ما يلي:

"... وحيث إنه بالاطلاع على وثائق الملف يتضح أن الطاعن، و لئن أدلى بإخبار موجه إلى رئيس المجلس الجماعي بالناظور، وعامل عمالة الناظور، في إطار المسطرة المنصوص عليها في المادة 265 من ذات القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات ، فأن سلوكها جاء بتاريخ 05/02/2018 ، لاحقا على رفع الدعوى خالفا لمقتضيات المادة المذكورة التي نصت على كون المسطرة قبلية تباشر قبل رفع دعوى .

وحيث أنه و بغض النظر عن باقي الدفوع الأخرى يبقى الطعن قد قدم مختال شكلا من هذه الناحية و يتعين التصريح بعدم قبوله."

و قد ورد في حيثيات حكم أخر، صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة[1904] ما يلي:

"...وحيث تنص المادة 265 من القانون التنظيمي رقم 14.113 على أنها لا يمكن تحت طائلة عدم القبول رفع دعوى تجاوز السلطة ضد الجماعة أو ضد قرارات جهازها التنفيذي إلا إذا كان المدعي قد أخبر من قبل رئيس مجلس الجماعة، ووجه إلى عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه بمذكرة تتضمن موضوع وأسباب شكايته وسلم على إثرها للمدعي فورا وصلا بذلك .

وحيث إن المسطرة المذكورة مسطرة قبلية وملزمة، وأنه بغض النظر عن باقي الاختلالات الأخرى، المتمثلة في عدم إدخال المستفيدة من الرخصة المطعون فيها ومدى إمكانية وجود الدعوى الموازية، مما يبقى معه الطعن حليف عدم القبول."

كما أن المدعي يتحرر من الإجراء السابق المنصوص عليه في المادة 265 من القانون التنظيمي للجماعات، إذا لم يسلم له الوصل بعد مرور أجل 15 يوما الموالية للتوصل بالمذكرة، أو بعد انصرام أجل شهر الموالي لتاريخ تسليم الوصل، إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق بالتراضي بين طرفي النزاع حسب ما هو منصوص عليه في المادة 266[1905] من القانون التنظيمي بالجماعات. أما بالنسبة لشروط رفع دعوى مطالبة الجماعة بأداء دين أو تعويض، فلقد نصت المادة 267 على أن إذا كانت الشكاية تتعلق بمطالبة الجماعة بأداء دين أو تعويض، لا يمكن رفع أي دعوى تحت طائلة عدم القبول من لدن المحاكم المختصة، إلا بعد إحالة الأمر مسبقا إلى عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه الذي يبت في الشكاية في أجل أقصاه 30 يوما من تاريخ تسليم الوصل.

إذا لم يتوصل المشتكي برد على شكايته في الآجال المذكورة، أو إذا لم يقبل المشتكي هذا الرد، يمكنه إما رفع الشكاية إلى وزير الداخلية الذي يبث فيها داخل أجل أقصاه 30 يوما ابتداء من تاريخ توصله بالشكاية، أو رفع الدعوى مباشرة أمام المحاكم المختصة .

ويترتب على تقديم مذكرة المدعي وقف كل تقادم أو سقوط حق، إذا رفعت بعده دعوى في أجل ثالثة أشهر .

ويتضح مما سبق أنه ليس من العدل أن يتم عدم قبول طلب الإلغاء بسبب إهمال هذه الشكلية البسيطة والمعقدة على مستوى الممارسة[1906]، فإن القوانين التنظيمية للجماعات الترابية نصت على تعدد الإجراءات والمساطر واختلاف الآجال المتطلبة، وتعدد

1902 - تنص المادة على أنه: " لا يمكن تحت طائلة عدم قبول من لدن المحاكم المختصة، رفع دعوى تجاوز السلطة ضد الجماعة، أو قرارات الجهاز التنفيذي إلا إذا كان المدعي قد أخبر من قبل مجلس الجماعة ووجه إلى عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه مذكرة تتضمن موضوع وأسباب شكايته. ويسلم على إثرها للمدعي فورا وصل بذلك.
تستثنى من هذا المقتضى دعاوى الحيازة والدعاوى المرفوعة أمام القضاء الاستعجالي.

1903 - حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 511 ، بتاريخ 2018/03/07 ، في الملف الإداري عدد 2017/7110/225 ، قضية اهبري محمد بن احدو، ضد جماعة الناظور، منشور بمؤلف سالم حداد، مسطرة مقاضاة الجماعات الترابية، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية- الرباط 2020 ، ص54

1904- حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 510 ، بتاريخ 2018/03/07 ،في الملف الإداري رقم 2017/7110/224 ، قضية يحيى بنعمرو ومن معه، ضد الجماعة الحضرية لمدينة وجدة، منشور بمؤلف سالم حداد، مرجع سابق، ص54

1905 -- تنص المادة 265 على أنه: "يعفى من الإجراءات المشار إليها في المادة 265 أعاله إذا لم يسلم له الوصل بعد انصرام أجل (15) يوما الموالية للتوصل بالمذكرة، أو بعد انصرام ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ تسليم الوصل إذا لم يحصل اتفاق بالتراض بين الطرفين."

1906 - أحمد أجعون، تمثيل الجماعة أمام القضاء في ظل قانون التنظيم الجماعي الجديد، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 47 ص، 127.

الجهات الإدارية التي ينبغي اللجوء إليها أحيانا، قبل الوصول إلى القضاء، قد يؤدي لا محالة إلى إهدار وتفويت عدة حقوق على المواطنين، لذلك ينبغي أن يكون هنا تدخل تشريعي في هذا الصدد قصد توحيد كافة الإجراءات، وجعل اللجوء إلى جهات وأجهزة معينة قبل الوصول إلى القضاء مسألة اختيارية وغير إجبارية، ولا ينتج عن مخالفتها أي جزاء، وذلك حماية لحقوق الأفراد وصيانة لها وإعلاء لمبدأ حق اللجوء إلى القضاء و تيسيرا له[1907].

وعليه فإن هذه المسطرة تطرح عدة تساؤلات من طرف الممارسين والمهتمين حول جدواها، وتشكل قيدا على حرية ولوج المتقاضين إلى القضاء.

الفقرة الثانية: ضرورة إدخال الوكيل القضائي للجماعات الترابية في الدعاوى

لقد كان من وراء إحداث مؤسسة الوكيل القضائي للجماعات الترابية في إطار القوانين التنظيمية، والتنصيص على تدبير منازعات الجماعات الترابية في صلبها، مع تخصيص قسم للمنازعات، تكمن أساسا في الحد من التزايد المستمر لعدد من المنازعات القضائية ضد الجماعات الترابية، نتيجة الوعي المتزايد لدى المواطنين بمقاضاة الإدارة، فضال عن تزايد حجم الدعاوى القضائية الموجهة ضدها و تصاعدها، وعدم تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، مما يجعلها عرضة لدعاوى ومساطر أخرى، يصدر بشأنها أحكام بالغرامة التهديدية، أو أوامر بالحجز على أموالها .

وتتمثل أهمية إحداث الوكيل القضائي للجماعات الترابية، كونه يقوم بتتبع إجراءات الدعوى واطلاع رؤساء مجالس الجماعات الترابية بجميع مراحلها، فهو لا يقتصر على إدخاله في الدعاوى، والدفاع عن الجماعة أمام القضاء، بل دوره وقائي أيضا في حماية مالية الجماعات الترابية.

إن القوانين التنظيمية للجماعات الترابية تشير إلى أنه يعين بقرار لوزير[1908] الداخلية وكيل قضائي للجماعات الترابية، يتولى تقديم المساعدة القانونية للجماعات، ويؤهل للترافع أمام المحاكم المحال إليها الأمر .

أصبح الوكيل القضائي للجماعات الترابية يتصرف لحساب الجماعات، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، لا سيما في الدعاوى المتعلقة باستحقاق تعويض أو ديون على الجماعة .

لقد نصت المواد 268 من القانون التنظيمي رقم 113.14 ، والمادة 242 من القانون التنظيمي رقم 111.14 ، والمادة 212 من القانون التنظيمي رقم 112.14 ،على وجوب إدخال الوكيل القضائي للجماعات الترابية، تحت طائلة عدم القبول في جميع الدعاوى التي تستهدف مطالبة الجماعات الترابية بأداء دين أو تعويض، وأن هذا الإجراء المسطري إلزامي، وبتخلفه تتعرض الدعوى المقدمة في مواجهة الجماعات الترابية لعدم القبول شكلا .

وقد ورد في حيثيات حكم[1909] صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة - قسم قضاء الشامل – ما يلي :

..."وحيث تنص المادة 268 من القانون التنظيمي رقم 14.113 المتعلق بالجماعات، على أنه يجب إدخال الوكيل القضائي للجماعات الترابية تحت طائلة عدم القبول، في جميع الدعاوى التي تستهدف مطالبة الجماعات و هيئاتها...بأداء دين أو تعويض.

وحيث إن عدم التزام المدعي بما جاء في هذا المقتضى القانوني، رغم إشعاره بإصلاح المقال، وإدراج الوكيل القضائي للجماعات، بدلا من المساعد القضائي الذي لم يعد له وجود، يجعل الدعوى حليف عدم القبول...".

صحيح أن ممارسة الدعوى القضائية ضد الجماعات الترابية، يتطلب استيفاء المتقاضي لجملة من الإجراءات الشكلية المعقدة، والتي يتمسك بها القاضي الإداري بشكل حرفي ومبالغ فيه، وهو ما من شأنه أن يجعل إجراءات التقاضي في القضايا الإدارية عقبة للمتقاضين في مواجهة الجماعات الترابية، تحول دون الوصول إلى الحق بشكل كبير يسير دون قيد ولا شرط[1910] .

1907 - سالم حداد، مسطرة مقاضاة الجماعات الترابية، الطبعة الأولى مطبعة الأمنية، الرباط، 2020 ، ص62

1908 - قرار لوزير الداخلية رقم 20.1555 صادر في 25 من شوال 1441(17 يونيو 2020) يقض ي بتعيين الوكيل القضائي للجماعات الترابية .

1909 - حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 978 ، بتاريخ 23 /2018/05 ،ملف عدد 271 /2017/7112،منشور بمؤلف، سالم حداد، مرجع سابق، ص. 69

1910 - سالم حداد، مرجع سابق، ص73.

ISSN:2509-0291

المطلب الثاني: خصوصيات مسطرة الطعن في الدعاوى الخاصة بالجماعات الترابية

من خلال هذا المطلب سنحاول أن نسلط الضوء على مكامن الخصوصية من عدمها في مسطرة[1911] الطعون الموجهة ضد الجماعات الترابية باعتبارها أشخاص عامة وليست كالأشخاص الطبيعية، بحيث وبمجرد أن يتم تقييد الدعوى بكتابة ضبط المحكمة الإدارية فهذه الأخيرة ملزمة باحترام بعض الضوابط الإجرائية في سبيل النظر في القضية. ومن خلال تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين اثنتين سنعالج فيهما على التوالي مسألة تحضير الدعوى (الفقرة الأولى) من تم نتعرض في (الفقرة الثانية) لإجراءات التحقيق المتبعة فيها هذا النطاق .

الفقرة الأولى: تحضير دعاوى الطعون ضد الجماعات الترابية

إنه لمن الأمور المتفق عليها في إطار مساطر التقاضي أن المحكمة بمجرد أن تضع يدها على ملف المنازعة فهي مطالبة بأن تقوم بتحضير القضية حتى يمكن النظر فيها وذلك طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في إطار المسكرة المدنية. وتمتاز الدعاوى الموجهة ضد الجماعات الترابية بعد تقييدها في سجل كتابة الضبط بكونها ذات طابع تحقيقي وحضوري من جهة (أولا) وكذلك لها طابع خاص من حيث الأجهزة المتدخلة (ثانيا)

أولا: الطابع التحقيقي والحضوري للدعوى الإدارية ضد الجماعات الترابية

يقوم القاضي المقرر بفحص مقال دعوى الإلغاء والقرار المطعون فيه، ويملك سلطة تقديرية عند القيام بإجراءات التحقيق في نقطة معينة(أ) كما أن المسطرة تعتبر حضورية بالنسبة لجميع الأطراف(ب).

أ-الطابع التحقيقي للدعوى :

معلوم أن الأطراف في المنازعات المدنية والتجارية يبسطون سيطرتهم على اتجاه النزاع من الناحية الإجرائية، إلا أن هذا المقتضى لا يوجد في نطاق الدعوى الإدارية. فالقاضي الإداري هو من يتحكم في مسار النزاع من خلال التحقق منها والتحقيق فيها[1912] ولما كانت الدعوى الإدارية قد أضحت أداة فعالة للبحث عن الحقيقة، فإن القاضي المقرر يملك صلاحية اتخاذ جميع إجراءات التحقيق[1913] اللازمة في الدعوى لجعلها جاهزة، كما يأمر بتقديم الأجوبة والمستنتجات الضرورية، فضلا عن ذلك قد يستعين بالخبرة كذلك .

ب-الطابع الحضوري للدعوى:

بالنظر لكون المنازعات الإدارية تمتاز في عموميتها بخصوصيات عدة، فإن الطابع الحضوري لا يشذ عن هذه القاعدة إذ لا يجوز إعمال الأثر الذي رتبه القانون على عدم حضور الخصوم أمام المحاكم المدنية - خصوصا الشطب - في مجال الدعاوى الإدارية، وذلك لكون النظام القضائي الإداري يتميز كما سلف الذكر بخصوصيات إجرائية تميزه عن باقي المنازعات. لهذا يتم اعتماد الطابع الحضوري في الدعوى الإدارية لكونها بصريح العبارة في المادة 7 من القانون 90.41 تستند للقواعد الإجرائية العامة في المسطرة المدنية ولذلك فإنه لا يمكن تصور صدور حكم دون منح الخصوم مكنة الدفاع والتعقيب عن مصالحهم أمام الهيئات القضائية[1914].

ثانيا: إحالة القضية على القاضي المقرروتعيين المفوض الملكي

إن القاضي أو المستشار المقرر هو الذي يقوم بتوجيه القضية من خلال صلاحياته في تبني الإجراءات التي يراها مناسبة، فهو الجهة التي تحال عليها القضية من طرف رئيس المحكمة الإدارية، بحيث تعتبر هذه المهمة جد أساسية وحاسمة في مسار النزاع وذلك بالنظر لما يقوم به القاضي المقرر. وطبقا لما جاء في النصوص العامة خاصة 329 و333 ق.م.م التي أحالت عليها المادة 4 من القانون

1911 - حسن (صحيب)،"القضاء الإداري المغربي"، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الثانية، ماي 2019 ،ص: 505 وما بعدها.

1912 - سالم (حداد)، م.س، ص16 78 :

1913 - ورد النص على المقتضيات المتعلقة بتحقيق الدعوى في الواد 328 إلى 349 ق.م.م

1914 - حسن (صحيب): م.س، ص514.

90.41 فإن القاضي المقرر من جملة الأوامر التي يصدرها هناك الأمر بتبليغ المقال للطرف المدعى عليه، ويحدد أجال للجواب من ثم يوجه هذا الجواب للطر ف المدعي قصد التعقيب عليه وهكذا، وبالتالي من خلال هذه المقتضيات نلاحظ أن القاضي المقرر يساهم بفعالية في مسار النزاع المرفوع ضد الجماعات الترابية بما له من سلطة في تقدير ما يراه صالحا لخدمة العدالة وسيرها الصحيح والفعال خاصة في الطور المرتبط بتحضير القضايا، كما يتمتع القاضي الإداري بسلطات واسعة وإمكانيات جد هامة في ميدان الإثبات وذلك انسجاما مع النظام القضائي في الإثبات الحر أو المطلق[1915].

أيضا في هذا الصدد يتم الحديث عن مؤسسة المفوض الملكي التي أناط بها المشرع في إطار تجربة المحاكم الإدارية مهمة الدفاع عن الحق والقانون، بل يهدف هذا الإطار إلى نصرة مبدأ الشرعية وسيادة القانون .

وجدير بالذكر أنه المادة الثانية من القانون 90.41 فإنه يتم تعيين مفوض ملكي من بين قضاة المحكمة سواء الإدارية أو الاستئناف الإدارية في الجمعية العمومية الأولى وذلك وفق ظهير ملكي وباقتراح من المجلس الأعلى للسلطة القضائية. و بذلك فإن إدخال الوكيل القضائي للجماعات الترابية إلزامي في جميع الدعاوى التي تستهدف مطالبة الجماعات الترابية و هيئاتها ومجموعات الجهات ومجموعات الجماعات الترابية بأداء دين أو تعويض أي كلما تعلق الأمر بدعوى مديونية أو أداء تعويض فإنه يستوجب إدخال الوكيل القضائي للجماعات الترابية بخلاف دعاوى الإلغاء التي تستوجب فقط رفع الدعوى ضد رئيس الجماعة بصفته هذه و هذا ما أكده حكم للمحكمة الإدارية بمكناس ملف عدد 61/7110/30 حكم رقم 16/7110/264 بتاريخ 08/06/2016 الذي جاء فيه: "و حيث إنه بخلاف دفع الجماعة المطلوبة في الطعن، فإن توجيه الطعن يجب أن يوجه ضد رئيس الجماعة باعتباره الممثل القانوني لها أمام المحاكم طبقا للمادة 263 من القانون رقم 14.113 وأنه من غير اللازم إدخال الوكيل القضائي للجماعات الترابية لكون الطلب يتعلق بتجاوز السلطة و ليس بدعوى أداء دين أو تعويض طبقا للمادتين 265 و268 من القانون المذكور، كما أن الدفع بعدم إدخال مؤسسة المساعد القضائي في الدعوى يبقى غير مؤسس قانونا لكون هاته المؤسسة المحدثة بقانون رقم 07.46 المتعلق بمالية الجماعات المحلية وبناء عليه فإدخال الوكيل القضائي للجماعات في الدعاوى الموجهة ضد الجماعات الترابية أمر لا مناص عليه تحت طائلة عدم قبول الدعوى أمام القضاء الإداري[1916].

الفقرة الثانية: التحقيق في الدعوى الإدارية ضد الجماعات الترابية

في هذه الفقرة سنحاول أن نعالج مسألة غاية في الأهمية وهي التحقيق في الدعاوى الإدارية الموجهة ضد الجماعات الترابية، وذلك لاعتبار هذه المرحلة جد حاسمة في إظهار الحقيقة للعدالة وإقرار حكم في النزاع من خلال بسط القضاء ليده على النزاع والبحث عن مكامن الحقيقة . ويحصل الاتفاق على كون أن الإثبات في المادة الإدارية له خصوصيته[1917] التي تنبع من تميز هذا النوع من المنازعات (أولا) وأيضا يمكن القول بأن حتى الواقع العملي أبان عن طبيعة خاصة لوسائل الإثبات في المنازعات الإدارية (ثانيا).

أولا: الإثبات

إن مسألة الإثبات في المادة الإدارية لها ما يميزها بالرغم من كونها تسير وفق الضوابط العامة للقانون الإجرائي ككل ببلادنا، فكون القاضي الإداري يراقب المشروعية ضد الإدارة في مواجهة الفرد فذلك يحتم عليه اللجوء إلى كافة الوسائل الممكنة التي تسعفه للوصول للحقيقة . ولهذا فبالرغم من كون أن الإثبات في عاميته يكون على المدعي تطبيقا للقول الشائع بأن من ادعى شيئا فعليه إثباته، ونظرا لقوة مركز الإدارة في مواجهة الفرد الذي غالبا ما يكون هو الطرف المدعي وبذلك سيتم إنهاك كاهل الأفراد بعبء الإثبات. فإنه يمكن للقاضي الإداري يملك الصلاحية الكاملة لتوزيع هذا العبء بين الأطراف الذين يغلب عليهم طابع الالتوازن .

1915 - سالم (حداد)، م.س، ص84.

1916 - محمد (بفقير)، العمل القضائي لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من سنة 2012 إلى سنة 2015 ، منشورات دراسات قضائية، سلسلة عمل قضاء المحاكم المغربية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2018 ،ص :984.

1917 - سالم حداد، م.س، ص87 :

أيضا في ظل هذا القول يمكن أن تؤدي حرية الإثبات التي تمنح للأطراف تحت رقابة القضاء إلى إهدار الجهد القضائي للوصول لحل للنزاع خاصة أنه بين فرد يتهم السلطة العامة بعدم احترامها للشرعية القانونية مما له من آثار على استمرار نشاط هذه الإدارة من جهة وطول المساطر القانونية من جهة أخرى .

ثانيا: وسائل الإثبات

من بين أكثر وسائل الإثبات حضورا في مجال المنازعات الإدارية هناك الخبرة من جهة (أ) والمعاينة (ب).

أ-الخبرة

تعد الخبرة وسيلة من وسائل تحقيق الدعوى المنصوص عليها في القواعد الإجرائية العامة وهو ما أكده المجلس الأعلى في قرار له صدر في 1995/03/07 عدد 459 ، ملف عدد 5117/90 ، (وارد لدى سالم حداد، م.س). ويجد القاضي الإداري بالنظر لطبيعة المنازعة الإدارية ضالته في الخبرة باعتبارها أكثر الوسائل إسعافا له في الوصول للحقيقة والادعاء الصحيح من عدمه، فواقعيا يستعين القاضي بخبير محلف ينتمي لدائرة المحكمة المختصة بالنزاع وذلك بغاية تكليفه بمهام سواء تقنية أو علمية أو محاسباتية إلخ ...

ب-المعاينة

تعتبر المعاينة أو زيارة الأماكن ميدانيا من أهم الطرق التي يمكن أن يستعين بها القاضي المقرر في سير مراحل التحقيق وفي منازعات الجماعات الترابية التي غالبا ما تتلكأ في الجواب أو لا تجيب الأمر الذي يفرض على القاضي اللجوء للمعاينة من أجل التثبت من صحة الادعاءات من عدمها، وال يسعفه في ذلك سوى إ جراء معاينة شخصية ميدانية .

خاتمة :

لقد شكل القضاء الإداري ببلادنا قفزة نوعية في المسار الديمقراطي وبناء دولة الحق والقانون، وذلك يعزى بالأساس للأدوار التي يقوم بها في حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد ضد تسلط الإدارة العامة في أحايين كثيرة. مما يمكن معه القول إن القاضي الإداري أصبح درعا في يد الأفراد لمحاربة اللامشروعية في الممارسة الإدارية. وتعتبر الجماعات الترابية باعتبارها أيضا من المؤسسات التي لحقتا عدة التغييرات التي دفعت بها لإلمام خاصة في ظل الوثيقة الدستورية الأخيرة لسنة 2011. ومعه أصبحت المنازعات التي أحد أطرافها هذه الأشخاص كثيرة وهامة في النسق القضائي مما فرض إحاطتها بقواعد قانونية سواء موضوعية أو إجرائية كفيلة حسن تنزيل حق التقاضي مع ضمان للخصوصية الإجرائية للدعاوى الموجهة ضد هذه الهيئات، سواء على المستوى الإداري أو القضائي.

توصيات

- ✓ ضرورة تقيد الجماعات الترابية بالأنظمة والقوانين المؤطرة المجالات تدخلها لتجنب نشوء منازعات مع الأغيار.
- ✓ وجوب حرص الجماعات الترابية على تأمين تصرفاتها من خلال طلب الرأي والاستشارة القانونية، ولا سيما من الوكيل القضائي للجماعات الترابية قبل الإقدام على اتخاذ المقررات أو القرارات.
- ✓ ضرورة اعتماد الجماعات الترابية على استراتيجية مبنية على التدبير الوقائي والاستباقي لمنازعاتها القضائية مع الحرص على تفعيل الوسائل البديلة لإنهاء المنازعات بالطرق الحبية.
- ✓ الحرص على التتبع الجيد للدعوة القضائية في جميع مراحلها.
- ✓ ضرورة إيلاء رؤساء الجماعات الترابية العناية اللازمة لملفات المنازعات القضائية، اعتبارا لكون مسؤولية التمثيل والدفاع عن جماعاتهم أمام القضاء تقع بالدرجة الأولى على عاتقه.
- ✓ اعتماد الجماعات الترابية على قواعد الحكامة الجيدة في مجال تدبير منازعاتها مع وضع آليات للمراقبة الداخلية والافتحاص في هذا المجال، والاستغلال الأمثل للتوصيات والاقتراحات الصادرة عن أجهزة الرقابة الإدارية كالمفتشية العامة للإدارة

التراتبية أو الرقابة القضائية الصادرة عن المجلس الأعلى للحسابات، وكذا المجالس الجهوية للحسابات والمضمنة في التقارير الصادرة عنها بمناسبة قيامها بمهام التفتيش والافتحاص في هذا المجال.

- ✓ وجوب تضمين الهياكل التنظيمية للجماعات الترابية أقساما أو مصالح مخصصة للمنازعات القضائية مع تزويدها بالأطر القانونية المتخصصة وذات التجربة في مجال تدبير المنازعات.
- ✓ تأهيل الموارد البشرية العاملة في مجال المنازعات القضائية وذلك بهدف الرفع من قدراتها التدبيرية في هذا المجال.
- ✓ تنظيم الوكيل القضائي للجماعات الترابية للقاءات تواصلية جهوية لفائدة المنتخبين، وكذا مدبري ملفات المنازعات القضائية للجماعات الترابية، وذلك في إطار مقاربة تشاركية تروم التدبير الأمثل والجيد للمنازعات القضائية للجماعات الترابية.
- ✓ وضع قاعدة بيانات للاجتهادات القضائية، خصوصا الصادرة في المادة الإدارية، إضافة إلى إصدار الوكيل القضائي للجماعات الترابية دلائل للمساطر تمكن العاملين في مجال المنازعات القضائية للجماعات الترابية من التدبير والتتبع الجيد للدعوة القضائية المرفوعة ضدها.
- ✓ وضع برنامج معلوماتي مندمج يمكن من التتبع الجيد للمنازعات ومعرفة مراحلها ومآلاتها والتدخل لاتخاذ الإجراء المناسب داخل الآجال القانونية، مع توفير قاعدة للإحصائيات تمكن متخذ القرار من التدبير الجيد واتخاذ القرار المناسب على ضوء هذه الإحصائيات.

لائحة المراجع المعتمدة

- سالم حداد، "مسطرة مقاضاة الجماعات الترابية"، مطبعة الأمنية، الرباط، 2020.
- أحمد أجعون، تمثيل الجماعة أمام القضاء في ظل قانون التنظيم الجماعي الجديد، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 47 .
- حسن (صحيب)،"القضاء الإداري المغربي"، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الثانية، ماي 2019 .
- محمد (بفقير)، العمل القضائي لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من سنة 2012 إلى سنة 2015 ، منشورات دراسات قضائية، سلسلة عمل قضاء المحاكم المغربية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2018 .
- ظهير الشريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436(7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14.113 المتعلق بالجماعات
- حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 511 ، بتاريخ 2018/03/07، في الملف الإداري عدد 2017/7110/225 ، قضية اهبري محمد بن احدو، ضد جماعة الناظور، منشور بمؤلف سالم حداد، مسطرة مقاضاة الجماعات الترابية، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية- الرباط 2020 .
- قرار لوزير الداخلية رقم 20.1555 صادر في 25 من شوال 1441(17 يونيو 2020) يقضي بتعيين الوكيل القضائي للجماعات الترابية .

ISSN:2509-0291

الإصـــــــدار رقم 55

دجنبر 2024

دور مؤسسة النيابة العامة في تخليق الحياة العامة - دراسة في ضوء تقارير رئاسة النيابة العامة

The Role of the Public Prosecution Service in Promoting Public Integrity: A Study Based on the Reports of the Public Prosecution Presidency

الباحث : محمد أمين الكادي

طالب باحث في سلك الدكتوراه مختبر البحث في السياسة الجنائية والقانون المقارن

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة القا ضي عياض مراكش- المغرب

ملخص:

تشكل مؤسسة النيابة العامة في المغرب ركيزة أساسية في النظام القانوني، حيث تلعب دورا أساسيا في ترسيخ سيادة القانون وتطبيق العدالة، مما يسهم بشكل مباشر في تخليق الحياة العامة. ولعل مهمتها الرئيسية تتمثل في حماية حقوق الأفراد والمجتمع من خلال التصدي للجرائم، مما يعزز النظام العام والثقة لدى المواطنين. وتتجاوز مسؤوليات النيابة العامة حدود الوظيفة القضائية التقليدية لتشمل جهودا فاعلة في تعزيز قيم النزاهة والشفافية، إذ يعد التزامها بمكافحة الفساد وتحسين الأداء المؤسساتي خطوة ضرورية نحو بناء بيئة قانونية تحترم الحقوق وتعزز المساءلة. وفي هذا السياق تشير التقارير الصادرة عن رئاسة النيابة العامة إلى أهمية تعزيز كفاءة هذه المؤسسة وتوفير الموارد والتدريب اللازمين، مما يعزز الثقة في النظام القضائي ويدعم حقوق الإنسان. إن التزام النيابة العامة بمبادئ العدالة والنزاهة يشكل حجر الزاوية لبناء مجتمع متماسك يسعى نحو التنمية المستدامة، حيث يتجاوز دورها ملاحقة الجرائم ليشمل تحسين بيئة العدالة وتعزيز ثقافة القانون، مما يسهم في تخليق الحياة العامة وتحقيق التقدم الاجتماعي.

Abstract:

The Public Prosecution Office in Morocco is regarded as a cornerstone of the legal system, playing a pivotal role in upholding the rule of law and ensuring justice, thus directly contributing to the ethical governance of public life. Its primary mission is to safeguard individual and societal rights by prosecuting crimes, thereby reinforcing public order and strengthening citizens' trust. The Public Prosecution's responsibilities extend beyond traditional judicial functions, encompassing active efforts to promote integrity and transparency. Its commitment to fighting corruption and improving institutional performance is a crucial step toward creating a legal environment that respects rights and fosters accountability. Reports from the Presidency of the Public Prosecution underscore the importance of enhancing this institution's capabilities through adequate resources and training, which bolsters confidence in the judicial system and supports human rights. By adhering to principles of justice and integrity, the Public Prosecution serves as a foundational force in building a cohesive society striving for sustainable development, where its role transcends mere prosecution to fostering a culture of law and advancing social progress.

مقدمة:

تعتبر مؤسسة النيابة العامة حجر الزاوية في السلطة القضائية، إذ تستمد مكانتها البارزة من دورها المحوري في تمثيل المجتمع وتعزيز مبادئ العدالة الجنائية. فأعضاء هذه المؤسسة لا يتوقف دورهم عند حدود تنفيذ القانون فحسب، بل يمتد ليشمل السعي الجاد لتحقيق العدالة كمبدئ أساسي، وهو ما يشكل جوهر مهمتهم المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمصلحة العامة.

شكلت التطورات المتلاحقة في المجال القانوني والحقوقي داخل المنتظم الدولي، قفزة نوعية انعكست على الأدوار المنوطة بجهاز النيابة العامة، حيث قرر المؤتمر الدولي لقانون العقوبات المنعقد في لاهاي سنة 1964 أن الوظيفة التي تتبناها النيابة العامة تنطوي على مسؤولية اجتماعية كبيرة وهي حماية النظام الاجتماعي والقانوني، وأن استقلالها سيكون دعامة أساسية لتحقيق هذه الغايات.

في خضم هذه الحركات الحقوقية والقانونية، انخرط المغرب في مسار إصلاح منظومة العدالة، وبعد نقاش عمر لسنوات صادقت المملكة المغربية على مجموعة من التعديلات المتعلقة بالسلطة القضائية بالبلاد، وتعتبر سنة 2017 محطة فاصلة في هذا الركب الإصلاحي، حيث تم تفعيل المقتضيات الدستورية المتعلقة بالاستقلال المؤسساتي للسلطة من خلال تنصيب أعضاء المجلس الأعلى للسلطة القضائية وفصل تبعية النيابة العامة عن وزارة العدل بتسلم الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض رئاستها.

وبمساهمة مؤسسة النيابة في تعزيز سيادة القانون وضمان تطبيق العدالة، فإنها بذلك تمثل إحدى الدعائم الأساسية في مسار تخليق الحياة العامة بالمغرب، وهو مفهوم يشير إلى تعزيز النزاهة والشفافية والعدالة في المجتمع. إذ يعتبر تخليق الحياة العامة ضرورة حتمية لمجتمع عادل ومستدام، حيث تلتزم المؤسسات والأفراد بالقوانين والقيم الأخلاقية، مما يعزز الثقة في مؤسسات الدولة ويحقق التنمية المستدامة.

لقد أكد جلالة الملك محمد السادس، حفظه الله، في خطابه بمناسبة الذكرى السابعة عشرة لعيد العرش المجيد، أن محاربة الفساد ليست مسؤولية الدولة وحدها، بل هي قضية تهم المجتمع بأسره. ودعا جلالته إلى تفعيل الآليات القانونية لمكافحة الفساد وتجريم كل مظاهره، مع التصدي بحزم للمفسدين. في هذا الإطار، تلعب النيابة العامة دورا جوهريا في تفعيل هذه الآليات من خلال التصدي للجرائم المرتبطة بسوء استغلال السلطة، والرشوة، وكافة أشكال الفساد.

لئن كانت قضية تخليق الحياة العامة تستند إلى ترسيخ قيم الشفافية والنزاهة وتكافؤ الفرص، مما يعزز من بناء مجتمع ديمقراطي يحترم حقوق الإنسان ويعمل على تعزيز ثقافة القانون، فإن دور النيابة العامة في هذا السياق يتمثل في ضمان تطبيق القانون بشكل صارم وفعال، مما يسهم في خلق بيئة تتسم بالنزاهة والشفافية.

في ضوء ما سبق تسطع في الأفق إشكالية مركزية تتمثل في: **إلى أي مدى يمكن للنيابة العامة في ظل الإطار القانوني والدستوري الحاليين، أن تسهم بفعالية في تخليق الحياة العامة وترسيخ قيم النزاهة والشفافية، محققة بذلك الأهداف السامية في مكافحة الفساد وتكريس مبادئ الحكامة الرشيدة؟**

إن مقومات المحاكمة العادلة تتجلى في التزام مؤسسة النيابة العامة بكافة مكوناتها من رئاسة وقضاة، بالأسس الدستورية والقانونية التي تحكم العدالة الجنائية، فبمجرد الشروع في مسطرة المتابعة، يصبح لزاما تفعيل الضمانات الممنوحة لها، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، فهذا الجهاز يمثل نقطة الانطلاق في مسار المحاكمة الجنائية، وهو يعد الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها لضمان تحقيق المحاكمة العادلة وفقا لكافة معاييرها وضوابطها، مما يرسخ الثقة في العدالة ويعزز مبادئ حقوق الإنسان. وبذلك سوف نتعرف على المسار التاريخي لهذه المؤسسة من خلال تطور دور ممارستها القضائية في تخليق الحياة العامة **(أولا)**، لنقف بعد ذلك عند النشاط الخاص بتدخلها في تخليق الحياة العامة **(ثانيا)**.

أولا: دور الممارسة القضائية للنيابة العامة في تخليق الحياة العامة.

لم يكن لجهاز النيابة العامة أن يصل الى ما وصل إليه من تنظيم محكم ومن اتساع للسلطات وجسامة المهام الموكولة اليه، دون مروره بمراحل تاريخية خاصة قبل صدور قانون 22.01 وهو الشيء الذي لامحالة سوف ينعكس على تخليق الحياة العامة، ومدى تقيد هذا الجهاز بضوابطها.

سوف نتطرق في هذه الفقرة إلى كل من مسار تدخل النيابة العامة في تخليق الحياة العامة قبل دستور 2011 (أ)، على أن نعرج بعد ذلك على آليات تخليق الحياة العامة بعد استقلال السلطة القضائية (ب)، وبعد ذلك سنحاول مقاربة مدى اشراف النيابة العامة على تنفيذ السياسة الجنائية وتخليق الحياة العامة (ج)، ثم المتغير في تخليق الحياة العامة بعد استقلال مؤسسة النيابة العامة (د).

أ: مسار تدخل النيابة العامة في تخليق الحياة العامة قبل دستور 2011.

في ظل تطور وسائل وسبل تخليق الحياة العامة في المنتظم الدولي الذي بات خاضعا لإكراهات التطور المتسارع للجريمة في أبعادها العالمية من جهة، وكذا على المستوى الوطني من جهة أخرى، تم الدفع بمختلف الفاعلين في الحقل القضائي والتشريعي المغربي الى التفكير في توفير الاليات الكفيلة لضمان تحقيق أمن قضائي وطني وذلك من خلال التأسيس لميلاد قيم جديدة في تدبير الشأن القضائي تتجلى في محاولة تطبيق مبادئ الحكامة الجيدة التي تم تكريسها في دستور 2011.

شكلت منظومة الاصلاح القضائي، ورشا من الأوراش الكبرى التي سعت من خلالها بلادنا إلى محاولة تخليق الحياة العامة، لا على مستوى المقررات القضائية فقط بل حتى في أبعادها الإدارية، ومن هذا المنطلق جاءت الرسالة الملكية الموجهة للمشاركين في فعاليات الملتقى الوطني حول الاصلاح الاداري يومي 30/29 اكتوبر 1999 والتي شدد من خلالها جلالته على ضرورة وضع استراتيجية مندمجة لدعم الأخلاقيات بالمرفق العام وترشيد التدبير العمومي ، هذا بالإضافة الى صدور قانون 03.01 بشأن الزام الادارات بتعليل قراراتها في إطار مسلسل الإصلاح الاداري الرامي إلى تعزيز الاخلاقيات بالمرفق العام و تعميم الاصلاح الاداري والمالي والقضائي بالمغرب في أفق تحقيق مقاربة نموذجية فاعلة.

ومن منظور آخر، لم يأتي تدخل النيابة العامة في تخليق الحياة العامة من عدم، وإنما عبر مسلسل إصلاحي -لازالت تعترضه بعض المعيقات التي تجهز على جودة نتائجه-، فجهاز النيابة العامة يعد من أبرز الآليات التي تم تأسيسها لتدعيم الإصلاحات القضائية التي تروم النهوض بقطاع العدالة؛ هذا الجهاز المجسد في إحداث وظيفة وكلاء الدولة بجميع المحاكم من أجل السهر على التطبيق السليم للقانون صونا وحفاظا على الحقوق فقد سطرت الكلمة الملكية بمناسبة توزيع ظهائر التولية على وكلاء الدولة الجدد ما يلي[1918]:

"الحمد لله وحده معشر وكلاء الدولة لدى المحاكم الإقليمية، كلكم على علم بأن أول ما أولياناه أكيد اهتمامنا في مستهل العهد الجديد هو تحقيق السيادة المغربية في جميع مظاهرها. ومن البديهي أن من أبرز مظاهر السيادة أن يصبح القضاء بأيد مغربية وكان في مقدمة ما هَدَفْنا إليه تنظيم القضاء تنظيما يلبسه حلة مغربية خالصة ويجعله في جميع فروعه يتلاءم ومقتضى تطور البلاد وازدهارها. وكان من جملة ما أقررناه ضمن هذا التنظيم الجديد وظيفة وكيل الدولة لدى المحاكم الذي هو من مستحدثات الوضع القديم، وأنتم تعلمون أن محتل هذا الوظيف الذي لم يُسمح للمغربي بتبوئه كان فيما سلف يتعدى نطاق مأموريته مما يخل باستقلال القضاء، إن إقرار وظيف وكيل الدولة ضرورة لا مناص عنها، ومن الضروري أن يصبح وكلاء الدولة بحكم الوضع الجديد ... وعليكم أن تحرصوا على أن يكون القضاء مطهرا من جميع الأدران موفور الكرامة..."[1919].

1918- منشور بموقع رئاسة النيابة العامة www.pmp.ma التطور-التاريخي-للنيابة-العامة.
تم الاطلاع عليه في 2024/09/10 على الساعة 12 صباحا.

1919 - مقتطف من الكلمة الملكية التي ألقيت بالرباط يوم الأربعاء 11 ذي القعدة 1375 – 20 يونيو 1956.

وبذلك تم وضع الخطوط العريضة لمؤسسة النيابة العامة التي حافظ المشرع المغربي عليها بعد الاستقلال، كما عمل على إحداث جهاز النيابة العامة بالمجلس الأعلى عندما تم تأسيسه بظهير 27 شتنبر 1957، وهو ما تم تكريسه في التنظيم القضائي المغربي الصادر في 15 يوليوز 1974.

وحسب قواعد المسطرة الجنائية لسنة 1959 في الجانب المتعلق بالوضع القانوني للنيابة العامة كانت هذه الأخيرة بالفعل من الناحية القانونية مستقلة عن السلطة التنفيذية.

وتبين ذلك الاستقلال القانوني في كون أعلى سلطة ترأس النيابة العامة كانت هي وكيل الملك بصفته ضابط سامي للشرطة القضائية.

وفي ذات القانون، لم يكن وكيل الملك، رغم تمتعه بصفة ضابط الشرطة القضائية، رئيسا تسلسليا لنوابه. فقد ظل هؤلاء النواب يحتفظون باستقلالهم القانوني الكامل، شأنهم في ذلك شأن قضاة الحكم، مما يعكس توازنا دقيقا بين السلطة والمسؤولية في منظومة العدالة.

وقد صدرت عدة ظهائر شريفة وقوانين ساهمت في تطور العدالة لعل أهمها قانون التوحيد والتعريب الذي أدمجت بمقتضاه المحاكم العادية ومحاكم الصلح في محاكم السدد والمحاكم الابتدائية في المحاكم الاقليمية ابتداء من فاتح يناير 1965 وكذلك ظهير التنظيم القضائي الجديد 15 يوليوز1974 وظهير الاجراءات الانتقالية بتاريخ 28 يوليوز 1974

ليعرف بعد ذلك قانون المسطرة الجنائية تعديلا بمقتضى ظهير 30 دجنبر 1991 على بعض المقتضيات يتلوه تعديل 10 شتنبر 1993.

وفي سنة 2003 صدر القانون الجديد رقم 22.01 الذي اعتبر محطة تاريخية هامة في مسار بناء دولة الحق والقانون.

ومن تم يمكن القول إن هناك اخلاقيات عامة للحياة تسعى النيابة العامة لضمان حسن سيرها وتوفرها من خلال منظومة تتشكل من الضوابط والمبادئ التي تضبط تسيير وتدبير الشأن الأمني العام وتوجيه الحياة والممارسة القضائية، وتقوية السلوكيات التي يقوم بها أعضاء النيابة العامة في إطار عرفي او قانوني.

وبناءا على ذلك نشدت مؤسسة النيابة العامة تخليق الحياة العامة عبر ترسيخ قيم الشفافية والنزاهة وتكافؤ الفرص والإخلاص في العمل مع محاربة الفساد والرشوة، والعمل على تطوير واحترام حقوق الإنسان، وذلك بإتباع مقاربة تشاركية تتحد فيها جهود الدولة وهيئات المجتمع المدني.

كل ذلك تبين بعد تعيين الوكيل العام لدى محكمة النقض ، بتاريخ 11 ابريل 2017 ،الذي أكد أنه سيسهر على تنفيذ التعليمات الملكية التي سيتخذها بمثابة خارطة طريق لتصريف أشغال النيابة العامة، مع تشديد حرصه على تكريس قيم العدالة ومبادئ الإنصاف، مع الأخذ بعين الاعتبار المصلحة العليا للوطن والمواطنين، بجعل مؤسسة النيابة العامة وسيلة ناجعة وفعالة في مكافحة الظاهرة الإجرامية، والدفاع عن كافة الضحايا والمظلومين دون تمييز، بما يساهم كفاية في تخليق الحياة العامة وشفافية التدبير الإداري، عن طريق ممارسة كل ما ينيطه القانون على هذا المستوى من صلاحيات [1920].

ب: آليات تخليق الحياة العامة بعد استقلال السلطة القضائية.

يعتبر مبدأ استقلال القضاء من الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة، ومعنى ذلك أن تصدر الأحكام عن سلطة قضائية مستقلة ومحايدة ومشكلة بحكم القانون، وبالتالي فهو يعتبر رهانا قويا لتوفير أمن قضائي بجودة عالية للمترفقين، واستقلال القضاء هو مبدأ دستوري وعالمي عملت جل الدساتير على تكريسه .

ويعد استقلال السلطة القضائية مبدئا عالميا نصت عليه مختلف الاتفاقيات والمواثيق الدولية، ووضعت له مبادئ، والمغرب بدوره تماشى مع السير العالمي لتكريس هذا المبدأ، حيث يقصد به - مبدأ استقلال السلطة القضائية -، استقلال القضاء عن

1920- تقرير رئاسة النيابة العامة لسنة 2018، ص :10- 11.

السلطتين التشريعية والتنفيذية، ويعتبر هذا المبدأ من النقط الفاصلة والمساهمة في إحساس الفرد والمجتمع بالثقة أثناء اللجوء إليه، لذلك جاء الدستور معبرا عن هذا المبدأ بقوة، من خلال الفصل 107.

وترسيخا لمبدأ الاستقلال تم إحداث مؤسسة المجلس الأعلى للسلطة القضائية بتركيبة ووظائف جديدة، مع فك ارتباطها إداريا وماليا عن وزارة العدل، انسجاما مع المعايير والمواثيق الدولية بخصوص استقلال السلطة القضائية التي تفرض على الدولة أن تكفل استقلال السلطة القضائية مؤسساتيا وماليا عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتلزم القضاء بالبت في القضايا المعروضة عليه وفقا للقانون دون تحيز وبعيدا عن أي قيود أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات .

والمقصود باستقلال السلطة القضائية ليس فقط قضاة الأحكام بل المقصود حتى قضاة النيابة العامة، بحيث أن المشرع الدستوري أوكل لقضاة النيابة العامة السهر على التطبيق السليم للقانون ترسيخا للعدالة وحقوق الإنسان والحريات الأساسية للأفراد.

علما أن إحساس المجتمع بالثقة في المؤسسة القضائية رهين بإصلاحها وبإبعادها عن أي تدخل خارجي يمكن أن يضر بحقوق الناس وحرياتهم، وبالتالي فإن ذلك لن يتأتى إلا بإرادة حقيقة وواعية بأن تخليق الحياة العامة هو المدخل الاساس، وهو من بين أهم الخطوات لبناء دولة الحق والقانون وتوفير الأمن القضائي .

في ضوء ذلك خص دستور 2011 آليات الحكامة الجيدة بباب كامل هو الباب الثاني عشر منه، الذي أسس من خلاله لمجموعة من المؤسسات والهيئات التي تشكل قفزة نوعية في مجال تكريس منطق الديمقراطية، والشفافية، والجودة، والمسؤولية في العمل العمومي. هذه المؤسسات بعضها كان منصوص عليه قبل دستور 2011، لكنها اليوم اكتسبت استقلاليتها وانتقلت من مجرد هيئات استشارية إلى هيئات تقريرية ضبطية، تساهم في تجويد التدبير العمومي، وتعطي عنوانا جديدا للمرفق العام، وللعلاقة بين المرتفق والإدارة، ولفعل التدبير العمومي، قوامه الشفافية والمناصفة والجودة في التدبير.

وقد عمل دستور 2011 على دسترة مجموعة من الهيئات والمؤسسات، نذكر منها الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، التي تكمن أهدافها في السهر على احترام التعبير التعددي لتيارات الرأي والفكر، والحق في المعلومة في الميدان السمعي البصري، وذلك في إطار احترام القيم الحضارية الأساسية وقوانين المملكة (الفصل 165 من الدستور). وكذلك دسترة مجلس المنافسة، الذي يعتبر إحدى الوسائل التي تعمل على تخليق الحياة الاقتصادية من كافة الأعمال الضارة بالعملية الاقتصادية، وضمان الشفافية والإنصاف في العلاقات الاقتصادية، خاصة من خلال تحليل وضبط وضعية المنافسة في الأسواق، ومراقبة الممارسات المنافية لها والممارسات التجارية غير المشروعة وعمليات التركيز الاقتصادي والاحتكار.

كذلك، من بين الهيئات التي نص عليها الدستور، الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها، والتي تشكل النواة المحورية من أجل تخليق الحياة العامة، والتي خصها المشرع بمهام المبادرة والتنسيق والإشراف وضمان تتبع تنفيذ سياسات محاربة الفساد، وتلقي ونشر المعلومات في هذا المجال، والمساهمة في تخليق الحياة العامة، وترسيخ مبادئ الحكامة الجيدة، وثقافة المرفق العام، وقيم المواطنة المسؤولة حسب الفصل 167 من الدستور.

وفي سياق استجابة المشرع المغربي لمقتضيات اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وبهدف ملاءمة السياسة الجنائية مع متطلبات مكافحة الفساد، تم إحداث الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة بمقتضى مرسوم13 مارس2007، إلا أنها ومنذ تأسيسها واجهت مجموعة من الاكراهات تتمثل في انعدام مقومات الشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، ومحدودية مجال تدخل الهيئة، علاوة على ذلك أبانت الممارسة أن مهام الاستشارة والاقتراح والتقييم والتنسيق والتعاون تصطدم إجمالا بصعوبة الحصول على المعلومات اللازمة وبمحدودية الانخراط الإرادي للإدارات والهيئات المعنية وبهشاشة موقع الهيئة في مسار تنفيذ المقترحات والتوصيات. وفي هذا الصدد تدخلت مؤسسة النيابة العامة عبر السعي إلى تطوير وسائل العمل من أجل ضمان ولوج سريع للعدالة وكفالة انجاح عملية ضبط الرشوة[1921].

1921 - تقرير مؤسسة النيابة العامة لسنة 2018، ص: 235.

ج: اشراف النيابة العامة على تنفيذ السياسة الجنائية وتخليق الحياة العامة.

كانت المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية تنص على إشراف وزير العدل على تنفيذ السياسة الجنائية وتبليغها إلى الوكلاء العامين للملك الذين يسهرون على تطبيقها[1922]، وعلى اعتبار أن السياسة الجنائية تلعب دورا مهما في تخليق الحياة العامة، فإنها تحتل مكانة مهمة لدى مؤسسة النيابة العامة نظرا للأدوار المنوطة بهذه المؤسسة بدل وزير العدل.

وعلى اعتبار أن السياسة الجنائية تطورت بتطور مؤسسة النيابة العامة التي واكبت تطور الظاهرة الاجرامية، فإن تفوق هذه المؤسسة يكمن في كيفية تدبيرها لآليات تنفيذ السياسة الجنائية في أفق تخليق الحياة العامة، ومن تم تحقيق نوع من الملاءمة والموازنة بين حق الدولة في العقاب ومنع الجرائم بهدف حماية مصالح المجتمع وبين حق المتهم في الاصلاح والتأهيل.

فانفصال النيابة العامة عن وزير العدل، مكنها من تنفيذ السياسة الجنائية كاختصاص أصيل ومن تم، فإن رهان الاشراف على تنفيذ السياسة الجنائية، أضحى ملقا على عاتق رئاسة النيابة العامة التي تعبأت له منذ فاتح أكتوبر 2017، وذلك بنقل سلطات وزير العدل الى الوكيل العام للملك بمحكمة النقض باعتباره رئيس النيابة العامة.

وقد تطرق تقرير رئاسة النيابة العامة لسنة 2017 للخطوط العريضة لتنفيذ السياسة الجنائية، لاسيما فيما يتعلق بمكافحة الجريمة، وتعبئة الجهود التي من شأنها حماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية.

وقد رصد التقرير الذي أعدته رئاسة النيابة العامة مجموعة من المظاهر باتت تشكل مخاطر ينبغي ذرؤها ، لما تتسم به من سلبيات تؤثر على مجال الحقوق والحريات ، وتساهم في تفشي بعض السلوكيات المنحرفة التي لم تكن معروفة من سابقا، مما يوضح التوجه الجديد لتنفيذ السياسة الجنائية، التي تتأطر من خلال القيام بعمليات التشخيص ابتداءا، والتفكير في إيجاد الحلول الملائمة للوقاية من الجريمة والحد منها التي تتيحها السياسة الجنائية في مرحلة موالية، ويمكن تحديد هذه المظاهر التي رصدها تقرير رئاسة النيابة العامة، التي تشكل تحديا للسياسة الجنائية في ما يلي :

- ✓ تفشي ظاهرة الاستهتار بالقوانين والتمرد عليها والاعتداء على الموظفين العاملين على تنفيذها؛
- ✓ تصاعد انتهاك الحقوق والحريات المكفولة للمواطنين؛
- ✓ توجس من طرف المواطنين خاصة تخوف من تغول النيابة العامة بعد استقلالها وعدم خضوع رئاستها للمساءلة والمحاسبة الدستورية.

د: المتغير في تخليق الحياة العامة بعد استقلال مؤسسة النيابة العامة.

قبل دستور 2011، كانت النيابة العامة كما سبقت الاشارة تخضع للإشراف المباشر لوزير العدل، الذي كان يتمتع بممارسة سلطات واسعة في تدبير وتسيير المهام القضائية المنوطة بهذه المؤسسة، بعد ذلك ضمن استقلال النيابة العامة عن السلط التنفيذية والتشريعية والقضائية إلى حد ما، هذا الاستقلال الذي تمت تزكيته من طرف المجلس الدستوري وفق قراره رقم 16/991 الصادر بتاريخ 15 مارس 2016، وحسب المادة الثانية من القانون التنظيمي رقم 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية.

وإذا كانت الوظائف الأساسية للنيابة العامة تتمثل في تحقيق الحماية الاجتماعية في أبعادها الجنائية، فإن السعي نحو تجسيد هذا الهدف السامي أفضى إلى استقلال النيابة العامة عن وزارة العدل، وإقامة مؤسسة مستقلة تحمل على عاتقها هذه المسؤولية الجليلة. وفي هذا الإطار، جرى إصدار قوانين تنظم بنيتها، وترسم معالم اختصاصاتها وسلطاتها، وتضبط آليات سير العمل في

1922 - لحسن بيهي، مفهوم السياسة الجنائية في ضوء المادة51 من قانون المسطرة الجنائية، السياسة الجنائية بالمغرب، واقع وأفاق المجلد2 عدد2005، منشور جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الطبعة الأولى، ص: 515.

رحابها. كما شرعت نصوص أخرى توضح المسالك والإجراءات الواجب اتباعها للجوء إلى المحاكم، بما يضمن تحقيق العدالة بأبهى صورها، ويرسخ مبدأ سيادة القانون في خدمة المجتمع.[1923]

في هذا الإطار، تتموقع النيابة العامة كفاعل اساسي في تحقيق العدالة الاجتماعية وتخليق الحياة العامة وذرؤها من كافة السلوكيات المنحرفة التي جرمها المشرع، بما يضمن استقرار المجتمع وحمايته من أي اضطراب قد يمس أمن وطمأنينة الأفراد.

وقد تغيرت بذلك طرق تخليق الحياة العامة بما يعزز دولة القانون والمؤسسات، ويدعمها بميلاد هذا الدور وتمكين رئاسة النيابة العامة من القيام به، كمبدئ أساسي يتمحور حول ربط المسؤولية بالمحاسبة.

وبذلك بادرت رئاسة النيابة العامة الى فتح قنوات التواصل مع المواطنين، وأولت ذلك أهمية كبيرة، عبر الانفتاح على الرأي العام وهو ما تداولته عدد من المنابر الاعلامية، حيث ثم بسط وجهة نظر هذا المولود الجديد حول حقيقة المنظور الدستوري لاستقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ناهيك عن خضوع ومساءلة النيابة العامة من طرف جلالة الملك بصفته رئيس المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

إضافة إلى ذلك، فإن رئاسة النيابة العامة التزمت بتقديم تقارير سنوية حول كيفية سيرها، وتنفيذها للسياسة الجنائية إلى المجلس الاعلى للسلطة القضائية بما في ذلك تخصيصها لجزء من تلك التقارير لمحور مستقل يتعلق بتخليق الحياة العامة وحماية المال العام.

ولعل السمة الأساسية التي تطبع المتغير في تخليق الحياة العامة بعد استقلال النيابة العامة، أنها قد وفرت هامشا كبيرا من الحرية في اتخاذ القرارات التي يرونها قضاة النيابة العامة مناسبة ومستساغة، ولا يحدهم في ذلك سوى التطبيق السليم للقانون، وحماية الحقوق والحريات.

فتخليق الحياة العامة من طرف رئاسة النيابة العامة، يستمد خصوصية كذلك من كونها الجهة الأصلية الممثلة للحق العام، وبالتالي فإنها تمارس هذا الاختصاص باسم المجتمع ولفائدته، مما يجعلها قريبة من توقعات المواطنين، بما تحققه من ولوجية للعدالة الجنائية، وما توفره من أسباب لخدمتهم وحماية حقوقهم وحرياتهم الفردية باعتبارها الوجه المضيء للأمن القضائي.

ثانيا: النشاط الخاص بتدخل النيابة العامة في تخليق الحياة العامة.

من المسلم به أن النيابة العامة تتولى إقامة وممارسة الدعوى العمومية ومراقبتها، وتطالب بتطبيق القانون، ولها كذلك أثناء ممارسة مهامها الحق في تسخير القوة العمومية مباشرة[1924]، وتسهر كذلك على تنفيذ المقررات القضائية[1925]، حيث تقوم بتتبع تنفيذ المقرر الصادر بالإدانة حسب الشروط المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية والذي يقع بطلب منها عندما يصبح المقرر غير قابل لأي طريقة من طرق الطعن العادية، أو لطعن بالنقض لمصلحة الأطراف[1926].

هذه القاعدة خولت كامل السلطة لمؤسسة النيابة العامة لمحاربة كل من الفساد والرشوة (أ)، والاجرام المالي في فقرة (ب)، والجرائم الارهابية (ج)، ثم حماية الملكية العقارية وفق المقاربات الموضوعية التي أطرتها مجموعة القانون الجنائي (د).

أ: محاربة الفساد والرشوة.

تعد الرشوة من أخطر أمراض العصر التي تهدد سلطات الدولة ونظامها، وتكمن خطورتها فيما تخلفه من آثار مشينة ضارة في المجتمع تتمثل في أنها سلوك يتنافى مع الثقة التي أولتها الدولة للموظف العام. والمشرع المغربي لم يعرف جريمة الرشوة، وإنما

1923 - ادريس العلوي العبدلاوي : التنظيم القضائي المغربي الجديد، مطبعة فضالة 1975 ص: 3.

1924 - المادة 36 من ق.م.ج.

1925 - المادة 37 من ق.م.ج.

1926 - المادة 597 من ق.م.ج.

اكتفى بالتنصيص عليها ضمن الفصول من 248 إلى 256 من مجموعة القانون الجنائي، وقد عرف بعض الفقه جريمة الرشوة بأنها عرض من جانب وقبول من جانب آخر لأي فائدة، أو منفعة كانت مقابل القيام أو الامتناع عن العمل من أعمال وظيفته.

وجريمة الرشوة بهذا التعريف تقتضي وجود طرفين هما: موظف يطلب أو يقبل أو يتسلم رشوة مقابل قيامه أو امتناعه عن عمل من أعمال وظيفته، أو الإخلال بواجباتها، وصاحب مصلحة يقدم أو يعرض رشوة، أو يعد بها موظفا.

ويمكن تعريفها بأنها اتجار الموظف العمومي بإعمال وظيفته أو استغلالها على نحو معين لفائدته الخاصة، بمعنى أن الموظف يتخذ من القيام بأعمال وظيفته أو الامتناع عن أدائها سببا للحصول على فائدة من أي نوع كانت.

في حين عرفها آخرون بأنها فعل يرتكبه موظف عام، أو شخص ذو صفة عامة يستغل السلطات المخولة له بمقتضى هذه الوظيفة، وذلك حين يطلب لنفسه أو لغيره، أو يقبل، أو يأخذ وعدا، أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته، أو يزعم أنه من أعمال وظيفته، أو للامتناع عن ذلك العمل، أو للإخلال بواجبات الوظيفة.

وتبنى المشرع المغربي الاتجاه الذي يعتبر أن الرشوة تتشكل من صورتين مستقلتين هما جريمة المرتشي المنصوص عليها في المادتين 248 و249 من القانون الجنائي وجريمة الراشي المنصوص عليها في المادة 251 من نفس القانون.

تنص المادة 248 من القانون الجنائي عل أن جريمة الرشوة قوامها أحد الأفعال المذكورة في الفصل بطلب أو قبول عرض أو وعد أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو أية فائدة أخرى من أجل أن يقوم بعمل من أعمال وظيفته بصفته قاضيا؛ أو موظفا عموميا؛ أو متوليا مركزا نيابيا؛ أو الامتناع عن هذا العمل، سواء كان عملا مشروعا أو غير مشروع، طالما أنه غير مشروط بأجر. أو القيام أو الامتناع عن أي عمل ولو أنه خارج عن اختصاصاته الشخصية، إلا أن وظيفته سهلته أو كان من الممكن أن تسهله، وتقوم كذلك بإصدار قرار أو إبداء رأي لمصلحة شخص أو ضده، وذلك بصفته حكما أو خبيرا عينته السلطة الإدارية أو القضائية أو اختاره الأطراف. كما والانحياز لصالح أحد الأطراف أو ضده، وذلك بصفته أحد رجال القضاء أو المحلفين أو أحد أعضاء هيئة المحكمة.

أما الفساد فهو يهدد استقرار المجتمعات بالنظر إلى ما ينجم عنه من عدم الثقة في المؤسسات، وما يؤدي إليه من إفراغ كل المخططات التنموية والإصلاحية من محتواها، نتيجة تراجع لسيادة القانون وهيبة الدولة.

ويبقى للنيابة العامة دور فعال ومحوري في كل ما تعلق بجرائم الفساد المتمثل أساسا في تطبيق القانون بكل حياد وتجرد، لذلك فإن دور النيابة العامة في محاربة هذا النوع من الاجرام هو الأمر الذي يمكن تحقيقه من خلال إقرار مجموعة من المبادئ والآليات القانونية لتفعيل العدالة الجنائية [1927] في مجال مكافحة جرائم الفساد أولا، فضلا عن خلق مجموعة من الآليات المؤسساتية والإجرائية المساعدة للنيابة العامة خاصة فيما يتعلق بالكشف عن الجريمة وتشجيع الإبلاغ عنها، ومن خلال ذلك محاربة الرشوة.

ولتحقيق هذه الغاية المرجوة يتطلب الأمر قيام النيابة العامة بدورها المتمثل في مكافحة جرائم الفساد والرشوة وإقرار سيادة القانون وصون مبدأ استقلال النيابة العامة علاوة عن توسيع دائرة التجريم وتشديد العقاب.

فقد أكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أهمية استقلال القضاء لما له من دور حاسم في مكافحة الفساد، كما حثت الدول على ضرورة اتخاذ تدابير لدعم النزاهة، ومحاربة الفساد بين أعضاء الجهاز القضائي[1928]، وعليه فقد جعل المغرب استقلال القضاء مبدئا دستوريا وخاصة بعد دستور2011، وذلك من خلال الفصل 107 الذي نص على استقلال السلطة القضائية، ولم يجعل الدستور الجديد استقلال القضاء حق للقاضي بل واجب عليه، حيث نص الفصل 109 على إلزام

1927 - عبد الرحمن اللمثوني، دور النيابة العامة في حماية المال العام، المجلة الدولية للأبحاث الجنائية والحكامة الأمنية، العدد الأول والثاني الجزء الأول خاص بموضوع حماية المال العام مقاربات متعددة السنة 2019 ص: 58.

1928 - حيث نصت في مادتها 1 من الاتفاقية المذكورة على أنه "نظرا الأهمية استقلالية القضاء وما له من دور حاسم في مكافحة الفساد، تتخذ كل دولة طرف ن وفق للمبادئ الأساسية لنظامها القانونية ودون مساس استقلالية القضاء، تدابير لتدعيم النزاهة، ودرع فرص الفساد بين أعضاء الجهاز القضائي، كما يجوز أن تشمل تلك التدابير قواعد بشأن سلوك أعضاء الجهاز القضائي، كما يجوز استحداث وتطبيق تدابير ذات مفعول مماثل للتدابير المتخذة عملا بالفقرة 1 من هذه المادة داخل جهاز النيابة العامة في الدول الأطراف التي لا يشكل فيها ذلك الجهاز جزءا من الجهاز القضائي، ولكن يتمتع باستقلالية مماثلة لاستقلاليته.

القاضي بإحالة كل أمر يهدد استقلاله على المجلس الأعلى للسلطة القضائية، ويعد كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهينا جسيما، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة[1929].

مع العلم أن القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية 100.13 قد نص عل تولي الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض الاضطلاع بمهامها[1930] وبصدور القانون رقم 33-17 المتعلق بنقل اختصاصات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، والذي بموجبه انفصلت النيابة العامة بشكل تام عن السلطة التنفيذية وأصبحت خاضعة لسلطة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض باعتباره رئيسا للنيابة العامة ومسؤولة عن تنفيذ السياسة الجنائية.

ولعل أبرز الآليات الإجرائية التي تفعلها النيابة العامة بغية كشف جرائم الفساد والرشوة وتشجيع الإبلاغ عن مرتكبيها، ما يتعلق بحماية الشهود والمبلغين، ورفع السر البنكي في إطار ما تأمر به من تحقيقات مالية، وذلك بالنظر إلى ما يصاحب جرائم الفساد من كتمان واستغلال الموظفين لسلطاتهم من أجل إخفاء أفعالهم، خاصة عندما ترتبط جرائم الفساد باستخدام التقنيات الحديثة في المجالات الاقتصادية والمعرفية.

ب: محاربة الجرائم المالية.

تنص المادة الثالثة من قانون المسطرة الجنائية على أنه:

" تمارس الدعوى العمومية ضد الفاعل الأصلي للجريمة والمساهمين والمشاركين في ارتكابها يقيم الدعوى العمومية ويمارسها قضاة النيابة العامة، كما يمكن أن يقيمها الموظفون المكلفون بذلك قانونا.

يمكن أن يقيمها الطرف المتضرر طبقا للشروط المحددة في هذا القانون إذا أقيمت الدعوى العمومية في حق قاض أو موظف عمومي أو عون أو مأمور للسلطة أو القوة العمومية، فتبلغ إقامتها إلى الوكيل القضائي للمملكة المغربية".

وتعتبر الدعوى العمومية[1931] في القانون هي تلك الوسيلة القانونية التي تمكن من اللجوء إلى السلطة القضائية لاستيفاء الحقوق، عند إحداث ضرر ما، أما إذا كان الضرر عاما هنا نكون بصدد دعوى عمومية وهي حق ينشأ للمجتمع الحق في المطالبة بتوقيع العقاب على مرتكب الجريمة نتيجة ما سبب هذا الأخير من ضرر عام على المجتمع.

وعليه فالدعوى العمومية هي تلك الوسيلة القانونية التي تملكها النيابة العامة للمطالبة بتوقيع العقاب على مرتكب الجريمة أمام القضاء الجنائي، وبذلك فقضاة النيابة العامة هم المحرك الرئيسي للدعوى العمومية في هذه الجرائم إلى جانب المتضرر من الجريمة وكذا الجهات التي عهد لها القانون بذلك.

وهكذا فتحريك الدعوى العمومية أمام المحكمة الابتدائية يتم من طرف وكيل الملك أو أحد نوابه كلما تعلق الأمر بجريمة من الجرائم المالية التي تكتسي وصف جنحة (وذلك كلما كانت المبالغ المتحصل عليها من الجريمة تقل قيمتها عن مائة ألف درهم)،

1929 - وينبغي التذكير أنه إذا كان المشرع المغربي قد جرم كل مساس بمبدأ الفصل بين السلط، من خلال معاقبة كل مظاهر تدخل أحد السلط في الأخرى ولاسيما ما يتعلق بالتدخل في إعمال السلطة القضائية ضمانا لاستقلال القضاء الفصول 237 إل 240 من القانون الجنائي، فإن الدستور الجديد ارتقى بمعاقبة كل من حاول التأثير على القاضي بكيفية غير مشروعة، -سواء كان من سلط الدولة أو غيرها- إلى مستوى المبادئ الدستورية.

1930 - نصت الفقرة الأخيرة من المادة 66 من هذا القانون التنظيمي أنه "تطبيقا لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 116 من الدستور، يراعى المجلس الأعلى للسلطة القضائية إلى بالنسبة لقضاة النيابة العامة، تقارير التقييم المقدمة من قبل الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة".

1931 - وهي الوسيلة المخولة للمجتمع في اقتضاء حقه في توقيع الجزاء على المجرم، ولا يجوز توقيع هذا الجزاء إلا بإتباع إجراءات دقيقة تبتدئ بتحريك الدعوى العمومية أمام الجهة القضائية المختصة، وتنتهي بصدور حكم في موضوع هذه الدعوى كما يمكن أن تنقضي هذه الدعوى قبل صدور الحكم، وذلك بأحد أسباب السقوط التي ينص عليها القانون.

الاستدعاء المباشر والذي بمقتضاه يتم توجيه وثيقة رسمية وموقعة إلى المتهم الذي يتم إشعاره بكون القضية ستحال على جلسة الأحكام (المادة 311 و312 من ق. م. ج)1932.

ويعرض المتهم على الجلسة مباشرة دون اللجوء إلى استدعائه، في حالة ضبطه متلبسا بالجنحة (المادة 56 من قانون المسطرة الجنائية) أو بسبب انعدام ضمانات الحضور، حيث يتم استنطاقه من قبل وكيل الملك أو نائبه ويتم إشعاره بحقه في تنصيب محام وعرضه في حالة اعتقال على جلسة الحكم أو في حالة سراح ان قدم كفالة مالية أو شخصية (المادتان 385 ق. م. ج 749 قانون المسطرة الجنائية) 1933

أما بخصوص أقسام جرائم الأموال بمحاكم الاستئناف، فإن السيد الوكيل العام للملك أو نوابه يقومون بتحريك الدعوى العمومية في الجنايات أي الجرائم المالية التي تفوق المبالغ المتحصلة منها والتي تفوق مائة ألف درهم وذلك إما بواسطة الإحالة المباشرة على غرفة جنايات الأموال إذا تعلق الأمر بجناية متلبس بها وكانت القضية جاهزة للحكم وذلك حسب مقتضيات المادة 73 من قانون المسطرة الجنائية، وهي حالة غير عامة وفي هذه الحالة فإن الوكيل العام للملك أو أحد نوابه يستفسر المتهم عن هويته ويشعره بحقه في تنصيب محام، وإلا عين له من طرف رئيس غرفة جنايات الأموال1934، وإما يقوم الوكيل العام للملك بإحالة القضية على قاضي التحقيق المكلف بالجرائم المالية من خلال ملتمس إجراء تحقيق1935.

أما فيما يخص محكمة النقض فإن النيابة العامة في هذه الأخيرة تمارس الدعوى العمومية في أحوال خاصة.

وتطرح مسألة الامتياز القضائي إشكالية مهمة، نظرا لتركيز المشرع المغربي على التجريم وتشديد العقاب بخصوص الجرائم المالية المشمولة بحق الامتياز مما ينعكس على قواعد تحريك الدعوى العمومية في هذا النوع من الجرائم كما هو الشأن بالنسبة للجنايات والجنح المالية المنسوبة إلى بعض القضاة أو الموظفين السامين1936.

ونرى من خلال تعديل قانون المسطرة الجنائية الأخير أن الامتيازات التي كان يتمتع بها هؤلاء الموظفون العموميون على مستوى الجهة المختصة بالمتابعة، من شأنه أن يساهم في تسهيل تحقيق متابعتهم عن ما اقترفوه من جرائم أثناء قيامهم بمهامهم أو التي يمكن أن يقترفوها وخاصة إذا ما علمنا أن أهم الموظفين وأكثرهم تعاملا بالمال العام بحكم وظائفهم أو بسبب النفوذ الذي يمكن أن تمنحه لهم هذه الوظائف، علاوة على كون محاكمة هؤلاء الأشخاص أمام المحاكم العادية فيه تعزيز وتكريس لمبدأ أساسي تقوم عليه العدالة الحقة ألا وهو المساواة أمام القانون.

وبالعودة إلى المسطرة المتبعة في إطار الامتياز القضائي نسجل الآتي:

1932 - بحيث قد جاء في المادة 311 من قانون المسطرة الجنائية الآتي (يحضر المتهمون شخصيا ما لم تعفهم المحكمة من الحضور طبقا للفقرة الثانية من المادة 314 بعد أن يحضر في الجلسة باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة 311 والفقرة الثانية من المادة 314.

إذا تخلف المتهم عن الحضور، طبقت بشأنه المادة 314 والمادة 391 وما يليها إلى غاية المادة 395 بعده أو المسطرة الغيابية في القضايا الجنائية.

يمكن في القضايا الجنحية إحضار المتهم المعتقل للجلسة بدون سابق استدعاء (...).

1933- تنص المادة 385 من قانون المسطرة الجنائية على أنه "يقدم المتهم إلى الجلسة في الحالة المنصوص عليها في المادة 74 من هذا القانون بدون سابق استدعاء وفي كل الأحوال داخل أجل ثلاثة أيام(...)".

1934- نظرا لصعوبة تحقق حالة التلبس في الجرائم المالية (باستثناء جريمة الرشوة) يتم إحالة القضية في الواقع العملي دون سلوك مرحلة التحقيق.

1935- رافعي عبد الغني، النيابة العامة أمام المحاكم العادية والاستئنافية ودورها خلال مسطرتي الامتياز القضائي والحصانة القانونية، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2007 ص: 39.

1936- ففي هذا الإطار أوردت المادة 260 من ق. م. ج أنه إذا كان الفعل منسوبا إلى قاضي بمحكمة الاستئناف أو قاض أو رئيس محكمة ابتدائية عادية أو متخصصة أو وكيل الملك بها أو قاض بالمجلس الجهوي للحسابات، فإن للوكيل العام للملك لدى محكمة النقض أن يحيل القضية بملتمس إلى الغرفة الجنائية بالمحكمة المذكورة التي تقرر ما إذا كان الأمر يقتضي إجراء تحقيق، وفي حالة الإيجاب تعين محكمة الاستئناف غير المحكمة التي يباشر في دائرتها المعني بالأمر مهمته".

كما أضافت المادة 268 من ق. م. ج إلى أنه "إذا نسب لباشا، أو خليفة أول لعامل أو رئيس دائرة أو قائد او لضابط شرطة قضائية من غير القضاة المشار إليهم في المواد السابقة ارتكابه لجنائية أو جنحة أثناء مزاولته لمهامه، فإن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف المعروضة عليه القضية من طرف الوكيل العام لجلالة الملك، يقرر ما إذا كان يقتضي الأمر بإجراء البحث وفي حالة الإيجاب يعيش مستشارا مكلفا بالتحقيق بمحكمته".

- إذا كان الفعل المشكل لجناية أو جنحة مالية ينسب الى مستشار لجلالة الملك أو عضو من أعضاء الحكومة أو كاتب دولة أو نائب كاتب دولة أو قاضي بمحكمة النقض أو المجلس الأعلى للحسابات أو عضو في المجلس الدستوري أو إلى والي أو عامل أو رئيس أول لمحكمة استئناف عادية أو متخصصة أو وكيل عام لديها أو ضابط شرطة قضائية يزاول مهامه في مجموع التراب الوطني، فإن المتابعة لا تتم إلا بعد ملتمس الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض في الغرفة الجنائية بذات المحكمة بأن تأمر بإجراء تحقيق – عند الاقتضاء – من طرف أحد أعضائها[1937].

ومن خلاله يتبين بجلاء أن المتابعة في نطاق المادة 265 قانون المسطرة الجنائية تتم من طرف الوكيل العام لمحكمة النقض أو من طرف أحد أعضاء الغرفة الجنائية بنفس المحكمة بصفته قاضيا للتحقيق سواء تعلق الأمر بجناية أو جنحة مالية منسوبة لهاته الفئة.

إذا كان الفعل المشكل لجناية أو جنحة مالية، منسوبا إلى قاض بمحكمة استئناف أو رئيس محكمة ابتدائية عادية أو متخصصة أو وكيل الملك بها أو قاض بالمجلس الجهوي للحسابات، فإن المتابعة تتم إما من طرف الوكيل العام لمحكمة النقض أو من طرف مستشار بمحكمة الاستئناف المعينة من طرف الغرفة الجنائية لمحكمة النقض بصفته قاض التحقيق.[1938]

وإذا كان الفعل المشكل لجناية أو جنحة مالية، منسوبا إلى باشا أو خليفة أول لعامل أو رئيس دائرة أو قائد أو لضابط شرطة قضائية، أثناء مزاولة مهامه، فإن المتابعة تتم من طرف الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف أو المستشار المكلف بالتحقيق بنفس المحكمة المعين من طرف الرئيس الأول لهاته المحكمة بناء على ملتمس الوكيل العام للملك بها المادة 267 قانون المسطرة الجنائية.

والجدير بالذكر أن النيابة العامة تضع يدها بخصوص هذا النوع من الجرائم - الجرائم المالية - بناء على شكايات او وشايات، إما من طرف المتضرر مباشرة أو من طرف الإدارات المعنية التي ينتمي إليها الفاعل غير أنه خلافا لما كان عليه الأمر في ظل الاختصاص الموكول لمحكمة العدل الخاصة[1939]، غير أن هذه الشكايات لا تشكل قيد من قيود المتابعة، اذ يمكن للنيابة العامة أن تضع يدها على القضية مباشرة كما يمكن للطرف المتضرر سواء كان شخصا ذاتيا أو معنويا أن يسلك طريق الشكاية المباشرة عند توفر شروطها.

ونسجل هذه النقطة الإيجابية الهامة والتي وفرها المشرع المغربي المتمثلة في السماح للأفراد بإمكانية تحريك المتابعة بشأن هذه الجرائم، إما من خلال تقديم شكاية مباشرة لقاضي التحقيق أو قضاء الحكم، مع مراعاة حالات استثنائية.

ج: محاربة الجرائم الإرهابية.

يعرف الإرهاب بأنه: "الأفعال الإجرامية ضد الدولة والتي يتمثل غرضها في إشاعة الرعب لدى شخصيات معينة أو جماعات من الأشخاص أو من عامة الناس أو من الشعب، وتتسم الأعمال الإرهابية بالتخويف المقترن بالعنف مثل أعمال التخريب وتدمير المنشآت العامة وتحطيم السكك الحديدية والكباري والقناطر وتسميم مياه الشرب ونشر الأمراض المعدية والقتل الجماعي"[1940].

وعرف جانب اخر الإرهاب بأنه "يتضمن عموما سلوكا معدا ومخصصا لإحداث الفزع وإثارة الرعب الجماعي، وهذا يعني أنه يستهدف مجموع سكان الدولة أو جزء منها، كطائفة اجتماعية معينة".

1937 - المادة 265 من قانون المسطرة الجنائية.

1938 - المادة 266 من قانون المسطرة الجنائية.

1939 - فحسب مقتضيات الفصل الثامن تحرك الدعوى العمومية أمام محكمة العدل الخاصة بأمر كتابي من وزير العدل وتحال القضية فورا على قاضي التحقيق بناء على طلب إجراء التحقيق الذي تقدمه النيابة العامة وعكس ما جاء به قانون المسطرة الجنائية الذي خول تحريك الدعوى العمومية لجهات أخرى.

1940 - أحمد جلال عز الدين، الإرهاب والعنف السياسي، كتاب الحرية، رقم 10، القاهرة، 1986، ص: 85.

وفيما يخص المشـــرع المغربي فقد اكتفى بتعداد الأفعال التي تعتبر جرائم إرهابية كلما كانت لها علاقة عمدية بمشـــروع فردي أو جماعي يهدف إلى المس الخطير بالنظام العام بواسـطة التخويف أو الترهيب أو العنف[1941]، وتلك التي تكتسـي هذه الصـفة ولو جاءت خارج إطار أي مشروع فردي أو جماعي[1942].

وعرفته المادة 86 من قانون العقوبات المصـري : "يقصـد بالإرهاب في تطبيق أحكام هذا القانون كل اسـتخدام للقوة أو للعنف أو التهديد أو الترويع يلجأ إليه الجاني لتنفيذ مشروع إجرامي فردي أو جماعي يهدف الإخلال بالنظام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، إذا كان من شـــأن ذلك إيذاء الأشـــخاص أو إبقاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضـرر بالبيئة أو بالاتصـالات أو بالمواصـلات أو بالأموال أو بالمباني أو بالأملاك العامة أو الخاصـة أو احتلالها أو الاسـتيلاء عليها أو منع أو عرقلة ممارســـة الســـلطات العامة أو دور العبادة أو معاهد العلم لأعمالها أو تعطيل تطبيق الدســـتور أو القوانين أو اللوائح"[1943].

أما المشـــرع الفرنســـي فقد عدد في المادة 1-424 من القانون الجنائي الفرنســـي الجرائم التي تعتبر جرائم إرهابية كلما كانت تتعلق بمشروع فردي أو جماعي يقصد الإضرار الجسيم بالنظام العام عن طريق بث الفزع أو الرعب"[1944].

كما عرفته الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب بأنه: "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد أيا كانت بواعثه أو أغراضـه، يقع تنفيذا لمشـــروع إجرامي فردي أو جماعي، ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضـرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصـة، أو احتلالها أو الاسـتيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر"[1945].

وعرفت نفس الاتفاقية الجريمة الإرهابية بأنها: "أي جريمة أو الشـــروع فيها ترتكب تنفيذا لغرض إرهابي في أي من الدول المتعاقدة أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصـــالحها يعاقب عليها قانونها الداخلي، كما تعد من الجرائم الإرهابية الجرائم المنصـــوص عليها في الاتفاقيات التالية ما عدا ما استثنته منها تشريعات الدول المتعاقدة أو التي لم تصادق عليها"[1946].

أما من حيث علاقة النيابة العامة بهذه الجريمة وصـــلاحياتها فيها، فإنه وعلى اعتبار أن المشـــرع المغربي خول للنيابة العامة مهمة إقامة وممارسـة الدعوى العمومية ومراقبتها والمطالبة بتطبيق القانون، ونظم المقتضـيات المتعلقة بها في الباب الثالث من الكتاب الأول تحت عنوان النيابة العامة، والذي حدد اختصـاصـاتها وتكوينها، فإنه وبالرجوع إلى القانون رقم 03-03 نلاحظ أنه إلى جانب الاختصـاصـات المخولة للوكيل العام للملك لدى محكمة الاسـتئناف بمقتضـى الفصـول من 48 إلى 51 فقد أوكل المشـرع للنيابة العامة صلاحيات استثنائية كلما تعلق الأمر بجريمة إرهابية ومن أهم هذه الصلاحيات.

والتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد وسيلة تعد من بين وسائل التحريات المستحدثة التي أملتها ضرورة مواجهة الجريمة المنظمة، نظرا لتعقد أسـاليب هذه الأخيرة وامتداد أنشـطة شـبكاتها، وقد خول المشـرع للوكيل العام القيام بهذا الإجراء وذلك إما بناء على إذن يحصـل عليه من الرئيس الأول لمحكمة الاســتئناف، أو في حالة الاســتعجال بمبادرة منه تعرض فورا على الرئيس الأول للتقرير بشأن استمرارها[1947].

1941 - الفصل 8-218 من قانون مكافحة الإرهاب.

1942 - الفصول4-218 و5-218 و8-218 من قانون مكافحة الإرهاب.

1943 - محمد فتحي عيد، أصول القانون الجنائي، دراسة تحليلية، القاهرة دار الفكر العربي، 2018، ص: 70.

1944 - محمد فتحي عيد، المرجع نفسه، ص: 27.

1945- البند الأول من المادة الأولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب.

1946- البند الثالث من المادة الأولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب.

1947- عبد الواحد العلمي، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2018، مطبعة النجاح الجديدة، ص: 213.

إلا أنه في حالة الاستعجال يجوز للوكيل العام للملك بصفة استثنائية أن يأمر بالتقاط المكالمات الهاتفية أو الاتصالات المنجزة بواسطة وسائل الاتصال عن بعد وتسجيلها وأخذ نسخ منها، وحجزها متى كانت ضرورة البحث تقتضي التعجيل تفاديا لاندثار وسائل الإثبات وتعلق الأمر بالجرائم الآتي ذكرها على سبيل الحصر:

- المس بأمن الدولة؛
- المخدرات والمؤثرات العقلية؛
- الأسلحة والذخيرة والمتفجرات؛
- الاختطاف وأخذ الرهائن؛
- الجريمة الإرهابية التي أضافها القانون رقم 03.03 إلى الجرائم المذكورة[1948] .

وإلى جانب التقاط المكالمات الهاتفية والمراسلات عن بعد جاء المشرع بمقتضى قانون رقم 03-03 بمجموعة من الصلاحيات الجديدة للنيابة العامة كلما تعلق الأمر بجريمة إرهابية ومن أهمها:

- الأمر بتجميد أو حجز الأموال المشتبه في أن لها علاقة بتمويل الإرهاب: حيث أجاز المشرع للوكيل العام للملك القيام بتجميد أو حجز الأموال المشتبه في أن لها علاقة بتمويل الإرهاب بمناسبة إجراء بحث قضائي، وهكذا فإنه يمكن للوكيل العام للملك طلب معلومات حول عمليات أو تحركات أموال يشتبه في أن لها علاقة بتمويل الإرهاب من الأبناك الخاضعة لأحكام الظهير الشريف 1-178-5 الصادر في 14 فبراير 2006 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، ومن الأبناك الحرة التي تسري عليها أحكام القانون 58-90 المتعلق بالمناطق المالية الحرة المصادق عليه بالظهير الشريف رقم 131-93-1 بتاريخ 23 شعبان 1412 (26 فبراير 1992 كما تم تعديله.

د: حماية الملكية العقارية.

من بين المستجدات التي جاء بها قانون المسطرة الجنائية إعطاء النيابة العامة دورا جديدا، الغاية منه القضاء الفوري على أثر الجريمة وإرجاع الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل ارتكابها، ومن شأن هذا التدخل الفوري للنيابة العامة أن يمنح الإحساس بفعالية العدالة لاسيما إذا تعلق الأمر باعتداءات جرمية من شأنها المساس بالاستقرار العائلي أو حرمان الأشخاص من ممتلكاتهم والتعدي على حيازتهم.[1949]

وتعتبر مسطرة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه التي جاءت بها المواد 40 و49 و133 من ق.م.ج من المستجدات الهامة التي جاءت لتسد جزءا من فراغ مهم في التشريع الجنائي نتج عنه خلاف فقهي وقضائي حول مدى سلطة المحكمة في التصريح بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بصفة تلقائية، وهذا الخلاف راجع إلى تباين الآراء حول اعتبار هذا الإجراء جزءا من الدعوى العمومية أو جزءا من الدعوى المدنية التابعة، وما يترتب عن ذلك من إشكالية الطرف الذي له الصفة في تقديم طلب التنفيذ في حالة الحكم بإرجاع الحالة تلقائيا.

بل لقد امتد الخلاف إلى مدى إمكانية الطعن بإعادة النظر وفق قانون المسطرة المدنية في الحكم الزجري الصادر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، ويبدو أن هذا الخلاف راجع إلى غياب نص صريح في قانون المسطرة الجنائية يحدد الطبيعة القانونية بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وإلى غموض بعض المقتضيات القانونية التي لها علاقة بالرد في القانون الجنائي (الفصل 106 و108).[1950]

1948 - عبد الواحد العلمي، المرجع نفسه، ص: 213.

1949 - محمد بوزوبع، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد: 2، الطبعة الثالثة، 2005، ص: 181.

1950 - عرف المشرع المغربي في هذا الإطار الرد في الفصل 106 من ق.ج: "هو إعادة الأشياء أي المبالغ أو الأمتعة المنقولة الموضوعة تحت يد العدالة إلى أصحاب الحق فيها".

وإذا كان إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هو الهدف الذي يضعه المتضرر من الاعتداء على حيازته للعقار نصب عينيه يوم تقديم الشكاية فإن ما يتطلبه لتهيئ الدعوى للحكم من التحقيق كاستماع إلى الشهود وإجراء المعاينة والخبرة واستدعاء الأطراف، وذلك في المرحلتين الابتدائية والاستئناف، ثم انتظار تنفيذ الحكم الذي قد يعقبه إعادة استيلاء الظنين من جديد على العقار بعد التنفيذ ليبتدئ نفس المسلسل لمدة قد تطول أكثر من المدة التي استغرقتها المسطرة السابقة، الأمر الذي يغلب جانب الاعتداء والقوة ويجعل البعض يعجز عن المقاومة فيفلح المعتدي في الاستيلاء على أموال الناس بالظلم والباطل، ويترتب عن ذلك انعدام الأمن في المجتمع وفقدان الثقة في العدالة بسبب عقم المساطر وتعقيداتها. لذا بات من الضروري واللازم البحث عن مسطرة سريعة ومرنة تضع حدا لآثار الاعتداءات على الحيازة وترد الأموال إلى نصابها بصفة استعجالية لحين بث المحكمة في الموضوع، وهذا ما جاء به قانون المسطرة الجنائية في مواد 40 و49 و133.

لكن تدخل النيابة العامة، لا يقتصر على إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بل منحها المشرع كذلك صلاحية إصدار أمر باتخاذ إجراء تحفظي لحماية الحيازة (فقرة 8 من الفصل 40 والفقرة 11 من الفصل 49 من ق.م.ج).

فقد نصت المادة 40 من ق.م.ج بالنسبة لوكيل الملك على أنه "....يجوز له إذا تعلق الأمر بانتزاع حيازة أن يأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي يراه ملائما لحماية الحيازة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه...". كما نصت المادة 49 من القانون المذكور بالنسبة للوكيل العام للملك على أنه "...يجوز له إذا تعلق الأمر بانتزاع حيازة بعد تنفيذ حكم أن يأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي يراه ملائما لحماية الحيازة وإرجاع الحالة إلى ما كانت...".

وبذلك يعتبر تدخل النيابة العامة في قضايا الاعتداء على العقار طفرة نوعية ذلك أن المشرع حصر هذا التدخل عندما يقع الاعتداء على الحيازة بعد تنفيذ الحكم أي بعد حصول المنفذ له على محضر التسليم، واعتبر ذلك مجرد إمكانية وليس بأمر واجب، وهذا في حد ذاته سوف يجعل النيابة العامة في منأى عن العديد من القضايا التي تمس الحيازة وخاصة تلك التي يقع الاعتداء فيها لأول مرة.

ويتجلى الدور الجديد للنيابة العامة في قانون المسطرة الجنائية الجديد كذلك في إمكانية التدخل مباشرة لحماية الحيازة العقارية، بأن تأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي تراه ملائما لها وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الاعتداء عليها.

فتدخل النيابة العامة لحماية الحيازة العقارية وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قاصر على الحالة التي يقع فيها الانتزاع بعد تنفيذ حكم قضى بها وهو ما يستفاد بالمفهوم المخالف من المادتين 40 و49 المومأ إليهما، ومعنى ذلك أن الحيازة المستهدفة بالحماية هي التي يقع الاعتداء عليها وسلبها بعد تنفيذ الحكم، سواء كان الحكم قد صدر في دعوى مدنية أو في إطار دعوى مدنية تابعة قضى بتمكين المحكوم له من حيازة محل النزاع، وأن ذلك لا يكون إلا بعد حصول المنفذ له على محضر التسليم المنجز من قبل العون القضائي، ذلك أن المعاودة والهجوم على ملك الغير بعد تنفيذ الحكم يقيم في الحقيقة قرينة قوية على سند المنفذ له في أحقيته في الحيازة حتى ولو كانت مجرد حيازة فعلية، وقد كان قصد المشرع من إقرار هذا الشرط، عدم الزج بالنيابة العامة في متاهة التقرير في موضوع الحيازة الذي هو سلطة لقضاء الحكم، وكانت إرادته متجهة إلى حماية الحيازة الواضحة التي لا لبس فيها لأن القضاء المختص هو الذي قرر ذلك ونفذ حكمه، وأن المتهم قام بانتزاع الحيازة أو سلبها بعد ذلك، ولذلك فلا جدوى لتركه ينعم بحيازة سبق للقضاء أن جرده منها.[1951]

ولذلك لم يتوان القضاء المغربي في إدانة المتعدي بعد التنفيذ، فقد جاء قرار لقضاء النقض: "أن رجوع المتهم إلى الأرض بعد صدور الحكم عليه بشأنها وبعد تنفيذ هذا الحكم في حقه، يعد تعديا على ملك الغير بمفهوم الفصل 570 من القانون الجنائي".[1952]

1951 - محمد بوزوبع، شرح قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق، ص:184.

1952 - قرار المجلس الأعلى عدد: 1806الصادر بتاريخ 28 مارس 1983 ملف جنائي رقم 64955 أورده ذ/ الحسن في أهم قرارات المجلس الأعلى في جرائم الأموال، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ص:155.

ISSN:2509-0291

ونشير إلى أن القضاء المصري نهج في حماية حائز العقار بما يتماشى مع مقتضيات القانون الجنائي المغربي.[1953]

فمحضر التسليم أمام هذا القضاء يحظى بقدسية مطلقة، فقد ورد في نقض جنائي[1954] على أن "لفظ الحيازة إذا كان يدل على وجوب كون وضع اليد فعليا فإن محضر التسليم واجب احترامه بوصفه كونه عملا رسميا خاصا بتنفيذ الأحكام والتسليم الذي يحصل بمقتضاه لا يصح وصفه بأنه لم ينقل الحيازة بالفعل إذ القول بذلك يتعارض مع مقتضى التسليم وما يدل على معنى التسليم من نقل الحيازة في المال الذي حصل تسليمه نقلا فعليا ولو حصل التسليم بناء على حكم صدر في غير مواجهة مدعي الحيازة."

ويستنتج مما سبق أن تدخل النيابة العامة في قضاء الاعتداء على الحيازة قاصرا على حالات الانتهاك التي تحصل بعد تنفيذ الحكم، فيكفي أن يكون مصحوبا بما يدل على التنفيذ بموجب محضر التسليم، لأن ضابط تدخل النيابة العامة في هذه المرحلة أمر تعرضه ضرورة استتباب الأمن والمحافظة على المجتمع من الاضطراب.

كما يمكن للنيابة العامة في نطاق المادة 41 من ق.م.ج وقبل ممارستها الدعوى العمومية أن تجري صلحا يضمن في محضر بين المتضرر أو المشتكى به طالما أن مقتضيات الفصل 570 من ق.ج لا تتجاوز فيها العقوبة الحبسية سنتين ولا يتجاوز الحد الأقصى للغرامة في 5000 درهم.

ففي حالة تراضي الطرفين وموافقة وكيل الملك على الصلح يحرر هذا الأخير محضرا بحضور الطرفين ودفاعهما أو بدونه في حالة التنازل عن ذلك. ويتضمن هذا المحضر ما اتفق عليه الطرفان ويشعر وكيل الملك للحضور لتاريخ الجلسة التي تنعقد بغرفة المشورة ويوقعه وكيل الملك والطرفان، ثم بعد ذلك يحيله على رئيس المحكمة الابتدائية ليقوم أو من ينوب عنه بالتصديق عليه بحضور ممثل النيابة العامة والطرفين أو دفاعهما لهذه الغرفة بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي طعن، ويتضمن الأمر القضائي ما اتفق عليه الطرفان وعند الاقتضاء أداء غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا وتحديد أجل لتنفيذ الصلح. كما يمكن لوكيل الملك أيضا وعند تفحصه لوثائق الملف ووجد فيه تنازلا مكتوبا صادرا عن المتضرر أو في حالة عدم وجود مشتكي يمكن له أن يقترح على المشتكى به أو المشتبه فيه صلحا يتمثل في أداء نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة أو إصلاح الضرر الناتج عن أفعاله وفي حالة الموافقة يتم تحرير محضر يتضمن ما تم الاتفاق عليه ويحال على غرفة المشورة ليتم فيه الإجراءات السابق الإشارة إليها.

فإذا ما تمت مسطرة الصلح على الشكل المشار إليه أعلاه من قبل رئيس المحكمة أو من ينوب عنه تتوقف الدعوى العمومية ولا يمكن لوكيل الملك إعادة مباشرتها إلا في حالة عدم المصادقة على محضر التصالح أو في حالة عدم تنفيذ الالتزامات المصادق عليها من قبل رئيس المحكمة أو من ينوب عنه داخل الأجل المحدد أو إذا ظهرت أدلة جديدة تمس الدعوى العمومية.

خاتمة:

إن تعزيز الأخلاق في الحياة العامة يعد أساسا للحكامة الجيدة ويضمن النزاهة والشفافية، وهو أمر لا يمكن تحقيقه إلا من خلال نهج شامل متكامل، ومتعدد الأبعاد، يستوجب علاوة على الإرادة السياسية القوية، مجهودا وتعبئة جماعيين من خلال إشراك

1953 - عبد العالي العبودي في ندوة العقار، منشورات وزارة العدل، ص:76.

1954 - رقم 288 لسنة 38 لجلسة 1968/11/14، أورده المستشار مصطفى مجدي، في التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، ص:1458.

كافة الإدارات والهيئات، وانخراط المجتمع المدني والاعلام والمواطنين من أجل القضاء على مسببات الفساد، والحرص على التنزيل الفاعل والفعال للقانون كلما تم ارتكاب أفعال الفساد.

فضلا عن ذلك، يعتبر تخليق الحياة العامة ومكافحة الفساد المالي من أولويات السياسة الجنائية في المملكة المغربية. فقد أكدت الخطب الملكية، بما في ذلك خطاب جلالة الملك محمد السادس بمناسبة ثورة الملك والشعب في عام 2014، على أن "اللحاق بالدول الصاعدة يتطلب تحسين بيئة الأعمال، من خلال استمرار إصلاح القضاء والإدارة، ومحاربة الفساد وتخليق الحياة العامة التي تعتبر مسؤولية المجتمع بأسره". ناهيك على الانخراط الفاعل لرئاسة النيابة العامة في هذا الورش الإصلاحي من خلال التوجيهات التي تصدرها عبر دورياتها، بهدف تخليق الحياة العامة وحماية المال العام، وتعقب مختلف جرائم الفساد، وتعزيز ثقة المواطن في قدرة العدالة الجنائية على مواجهة تلك الانحرافات، وحماية الاستثمار والمستثمرين، من آثارها السلبية.

في الختام نؤكد على الدور المركزي الذي تلعبه مؤسسة النيابة في إطار تعزيز النزاهة والشفافية داخل المجتمع، فدورها لا يقتصر فقط على ملاحقة الجرائم، بل يمتد إلى تحسين أداء المؤسسات العامة والحد من الفساد الذي يعوق التقدم والتنمية. كما تشير تقارير رئاسة النيابة العامة إلى أهمية تعزيز قدرات هذه المؤسسة وتزويدها بالموارد اللازمة، لضمان أداء دورها بفعالية أكبر بما يضمن ترسيخ سيادة القانون وتعزيز مناخ النزاهة الشفافية في المجتمع.

لائحة المراجع:

❖ **الكتب:**

- ✓ أحمد جلال عز الدين، الإرهاب والعنف السياسي، كتاب الحرية، رقم 10، القاهرة، 1986.
- ✓ ادريس العلوي العبدلاوي، التنظيم القضائي المغربي الجديد، مطبعة فضالة، 1975.
- ✓ رافعي عبد الغني، النيابة العامة أمام المحاكم العادية والاستثنائية ودورها خلال مسطرتي الامتياز القضائي والحصانة القانونية، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2007.
- ✓ عبد الواحد العلمي، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2018.
- ✓ محمد بوزوبع، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد: 2، الطبعة الثالثة، 2005.
- ✓ محمد فتحي عيد، أصول القانون الجنائي، دراسة تحليلية، القاهرة دار الفكر العربي، 2018.

❖ **المقالات والمجلات:**

- ✓ عبد الرحمن اللمثوني، دور النيابة العامة في حماية المال العام، المجلة الدولية للأبحاث الجنائية والحكامة الأمنية، العدد الأول والثاني الجزء الأول خاص بموضوع حماية المال العام مقاربات متعددة السنة 2019.
- ✓ لحسن بيهي، مفهوم السياسة الجنائية في ضوء المادة51 من قانون المسطرة الجنائية، السياسة الجنائية بالمغرب، واقع وأفاق المجلد2، منشور جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية عدد2005.

❖ **المقررات القضائية:**

- ✓ قرار المجلس الأعلى عدد: 1806الصادر بتاريخ 28 مارس 1983 ملف جنائي رقم 64955، قرارات المجلس الأعلى في جرائم الأموال، الجزء الأول، الطبعة الأولى.
- ✓ قرار المجلس الأعلى رقم 288 لسنة 38 لجلسة 1968/11/14، أورده المستشار مصطفى مجدي، في التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة.

❖ **التقارير والدوريات:**

- ✓ تقرير رئاسة النيابة العامة لسنة 2018.

✓ تقرير رئاسة النيابة العامة لسنة 2019.
✓ تقرير رئاسة النيابة العامة لسنة 2020.
✓ تقرير رئاسة النيابة العامة لسنة 2021.

❖ **المو اقع الالكترونية:**

✓ بموقع رئاسة النيابة العامة:www.pmp.ma /التطور-التاريخي-للنيابة-العامة.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1ER
www.Droitetentreprise.com

محور القانون الدولي و العلوم السياسية

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

الآثار القانونية لاستخلاف المعاهدات الدولية

Legal effects of succession of international treaties

الدكتور: فتح الرحيم عبدالله سليمان حامد
استاذ مساعد بقسم القانون العام
كلية الشريعة والقانون جامعة الزعيم الازهري ، السودان

المستخلص:
تناولت الدراسة الآثار القانونية لاستخلاف المعاهدات الدولية فى القانون الدولى، تمثلت مشكلة الدراسة في ان استخلاف المعاهدات بين الدول تترتب عليه آثار ونتائج قانونية بين الدولة الخلف والدولة السلف مما يستوجب معرفة القواعد القانونية التى تحكم مدى نطاق انتقال الحقوق واكتسابها وكيفية مراعاة الحقوق القانونية لكل من الدولتين السف والخلف،نبعت أهمية الدراسة في ان لاستخلاف المعاهدات أهمية في حل مسائل وقضايا الاستخلاف بين الدول وحفظ حقوقها القانونية والمساهمة في تحقيق السلم والأمن الدوليين، هدفت الدراسة إلى بيان الآثار القانونية لاستخلاف المعاهدات الدولية بين الدول ،اتبعت الدراسة المنهج الوصفى التحليلى ،توصلت الدراسة لعدد من النتائج اهمها الاستخلاف الدولى للمعاهدات ضرورة حتمية لتنظيم العلاقات بين الدول ،اقترحت الدراسة عدة توصيات اهمها تشكيل لجنة من خبراء القانون الدولى لاقرار مشروعات قوانين لإدخال تعديلات على معاهدات فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 ومعاهدة فينا للاستخلاف الدولى بشأن المعاهدات لسنة 1978 واتفاقية فينا لسنة 1983 بشان خلافة الدول بعد مرور أكثر من 40 عاما عليها لمواكبة المتغيرات في المجتمع الدولي.

Abstract
The study dealt with the legal effects of the succession of international treaties in international law. The problem of the study was that the succession of treaties between states entails legal effects and results between the successor state and the predecessor state, which requires knowledge of the legal rules that govern the scope of the transfer and acquisition of rights and how to take into account the legal rights of both the predecessor and successor states. The importance of the study stems from the fact that the succession of treaties is important in resolving the issues and cases of succession between states and preserving their legal rights and contributing to achieving international peace and security. The study aimed to clarify the legal effects of the succession of international treaties between states. The study followed the descriptive analytical approach. The study reached a number of results, the most important of which is that the international succession of treaties is an inevitable necessity to regulate relations between states. The study proposed several recommendations, the most important of which are: Forming a committee of international law experts to approve draft laws to introduce amendments to the Vienna Conventions on the Law of Treaties of 1969, the Vienna Convention on the International Succession of Treaties of 1978, and the Vienna Convention on the Succession of States of 1983, after more than 40 years have passed, to keep pace with changes in the international community.

المقدمة

الاستخلاف الدولي للمعاهدات الدولية ينظم المجتمعات من خلال الدول والعلاقات فيما بينها بإقرار القوانين والتنظم نتيجة للتغيرات الاقليمية التي اجتاحت المجتمع الدولي.

ان الحالات والظروف التي تنشأ فيها خلافة الدول تختلف أسبابها قد تنشاة بسبب إنحلال الدولة او توحيد واتحاد او بإنفصال جزء من اقليمها.

تترتب على أنواع واسباب الاستخلاف للمعاهدات الدولية حقوق والتزامات من القانون الدولي او من القوانين الداخلية لتلك الدول وماترثه من المعاهدات والاتفاقيات وعضوية المنظمات والهيئات الدولية والحقوق الخاصة والمكتسبة واثارها القانونية.

أهمية الدراسة:

تكمن اهمية الدراسة في أن لإستخلاف المعاهدات اهمية كبيرة في القانون الدولي لحل مسائل وقضايا الاستخلاف بين الدول وحفظ حقوقها القانونية والمساهمة في تحقيق السلم والأمن الدوليين.

أهداف الدراسة:

بيان المفهوم القانوني لإستخلاف المعاهدات الدولية.

بيان أنواع واسباب إستخلاف المعاهدات الدولية.

التكييف القانوني لإستخلاف المعاهدات الدولية وأثره.

مشكلة الدراسة:

تمثلت مشكلة الدراسة في ان استخلاف المعاهدات بين الدول تترتب عليه آثار ونتائج قانونية بين الدولة الخلف والدولة السلف مما يستوجب معرفة القواعد القانونية التى تحكم مدى نطاق انتقال الحقوق واكتسابها وكيفية مراعاة الحقوق القانونية لكل من الدولتين السف والخلف.

اسئلة الدراسة:

ماهو مفهوم استخلاف المعاهدات القانون الدولي؟

هل تترتب اثار قانونية على انتقال الحقوق واكتسابها بين الدول في حالة استخلاف المعاهدات الدولية؟

ماهي الاثار القانونية لإستخلاف المعاهدات الدولية في القانون الدولي؟

فروض الدراسة:

الاستخلاف حق كفله القانون الدولي.

قابلية انتقال الحقوق واكتسابها بين الدول.

الاستخلاف يرتب اثار قانونية على الدولة السلف والدولة الخلف.

منهج الدراسة:

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي.

هيكلة الدراسة:

المبحث الاول : مفهوم الاستخلاف في القانون الدولي.

المبحث الثاني: انواع واسباب استخلاف المعاهدات الدولية.

المبحث الثالث: الاثار القانونية لإستخلاف المعاهدات الدولية.

المبحث الاول : مفهوم الاستخلاف في القانون الدولي.

مفهوم الاستخلاف لغة

الاستخلاف مصدر الفعل استخلف يستخلف استخلافا، ويذكر أحمد بن فارس في كتابه معجم مقاييس اللغة[1955] "أن الخاء واللام والفاء في (خَلَفَ) أصول ثلاثة تأتي لأحد معانٍ ثلاثة":

فالمعنى الأول: أن يجئ شئ بعد شئ فيقوم مقامه، فالخَلَفَ (بفتح أوله ووسطه) ما جاء بعد الشئ يقال: "هو خلف صدق من ابوه أو هو خلف سوء من ابوه، فإذا لم يذكر في الكلام خيراً ولا سوءً قيل للجيد خَلَف (بالفتح) وللردئ (خَلْف) بالتسكين" ومن ذلك قوله تعالى: (فَخَلَفَ مِنْ بَعْدِهِمْ خَلْفٌ أَضَاعُوا الصَّلَاةَ وَاتَّبَعُوا الشَّهَوَاتِ) [1956] وقوله تعالى (فَخَلَفَ مِنْ بَعْدِهِمْ خَلْفٌ وَرِثُوا الْكِتَابَ) [1957].

والخلافة راجعة إلى الخَلَف وسميت بذلك؛ لأنَّ الثاني يجئ بعد الأول قائماً، وخلف فلان فلاناً إذا كان خليفته، إذا خلفه في قومه خلافة، قال تعالى: (وَقَالَ مُوسَى لِأَخِيهِ هَارُونَ اخْلُفْنِي فِي قَوْمِي) [1958] ويقال: في الدعاء في المآتم ودور العزاء أخلف الله عليك، أي: كان الله تعالى الخليفة عليك لمن فقدت من عزيزٍ أو حميم، وخلف الله عليك أي عوَّضك عن الشئ الذاهب منك ما يقوم بعده مقامه، واستخلف فلاناً جعله مكانه، يقال خلَّفت فلاناً تخليفاً واستخلفه أي جعله خليفةً. المعنى الثاني: خلاف أمام ويكون هذا المعنى بتسكين الوسط (خلْف) يقال هذا خلْفي، وهذا أمامي ومنه قوله تعالى: (يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ) [1959]، وقوله تعالى: (وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّقُوا مَا بَيْنَ أَيْدِيكُمْ وَمَا خَلْفَكُمْ) [1960].

المعنى الثالث: التغير حيث يقال خلف فوه أي تغير ريحه ومنه قوله صلى الله عليه وسلم (لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك) [1961] ومنه إخلاف الوعد، وفي الحديث قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخْلف وإذا اؤتمن خان) [1962].

مفهوم الاستخلاف اصطلاحا:

استخدم العلماء مصطلح (الاستخلاف) قاصدين به احد أمرين وهو أن يعهد الحاكم لشخص آخر في أن يقوم بالأمر بعده سواءً كان ذلك مؤقتا بأن كان الحاكم موجوداً ولكن رغب في إحلال آخر محله لظرف ألم به كسفر ونحوه ومن ذلك استخلاف الرسول صلى الله عليه وسلم لبعض صحابته على المدينة في حال سفره[1963]، أو استخلاف الحاكم خليفة بعد موته على رعيته ومن ذلك استخلاف ابو بكر الصديق لعمر رضى الله عنهما وهذا الاستخلاف بمفهومه السياسي يطلق عليه (العهد). أما الأمر الثاني فهو أن تحل أمة محل أخرى أو فرد محل آخر في ملكية الأراضي والأموال وهذا المفهوم يبحثه العلماء عند تفسيرهم لآيات الاستخلاف في القرآن الكريم أو شرحهم لأحاديث الاستخلاف في الأموال في سنة المصطفى صلى الله عليه وسلم.

حقيقةُ الاستخلاف كما أراده الله عز وجل هي أنه استخلاف بقصد إصلاح الأرض وإعمارها لا بقصد إفسادها وخرابها؛ لذلك كان جزاء من أفسد في ما استُخلف فيه أن يأتي الله بمن يستخلفه ويصلح ما أفسده، وقد استعمل القرآن الكريم لهذا المعنى أحياناً

(1955) أبو الحسين احمد بن زكريا بن فارس المتوفي سنة 395هـ، معجم مقاييس اللغة، دار احياء التراث، العربي الطبعة الأولى، بيروت، 1429هـ، 2008م، ص309.

(1956) سورة مريم- الآية 59.

(1957) سورة الأعراف – الآية 169.

(1958) سورة الأعراف- آية 142

(1959) سورة البقرة- الآية 207.

(1960) سورة يس- الآية 45.

(1961) أخرجه البخاري في كتاب الصوم- باب فضل الصوم بالرقم 1761- صحيح البخاري للإمام محمد بن اسماعيل البخاري رحمه الله المتوفي سنة 256 هـ - دار القلم بيروت 1987م.

(1962) متفق عليه – أخرجه البخاري في كتاب الإيمان بالرقم 32.

(1963) ابن قيم الجوزيه، زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء الثالث، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، بيروت، 1401 هـ، ص 529.

ISSN:2509-0291

لفظ التوريث قال تعالى: (وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ)[1964] فبمقتضى هذا القانون أورث الله أقواماً صالحين أرض أقوام مفسدين وتلك سُنةً كونية ربانية لا تتخلف.

مفهوم الاستخلاف الدولي:

المراد من الاستخلاف هو حلول دولة محل دولة أخرى على إقليم ما، وبسبب الاستخلاف تَعرِضُ للإقليم تغيرات من حيثُ الاجتماع والاقتصاد والقانون، وتختلف حالة الاستخلاف فقد يكون رفع اليد كلياً وقد يكون جزئياً، وتسمَّى الدولة التي تختار الإقليم بالدولة الخلف، والدولة التي فقدت الإقليم تسمى بالدَّولة السلف، وقد نظر بعض الفقهاء إلى دور الاستخلاف نظرهم إلى الملكية حيثُ تنتقل من شخص لآخر كما جاءت به الفكرة الرومانية وجعلته من قَبيل الوراثة.[1965]

وآثار الاستخلاف الدولي قد توجب الانفصال أو الدمج الإقليمي أو يصبح كل جزء إقليماً لدولة أو دولاً جديدة، كما أنَّ القانون الدولي قد لا يقر المعاهدة الشَّخصية من دولة الخلف إلى دولة السلف، أما العقود الخاصة فتقرها دولة الخلف وتمسكها بقياس أحكام القانون الداخلي بشأن الميراث، حيثُ يحلُّ الوارث حلولاً كلياً محل المتوفي.[1966]

الاستخلاف الدولي ضرورة حتمية لتنظيم العلاقات العامة بين دولتي الخلف والسلف، فإنَّ أثره ينعكس على المحكوم عليهم من شعوب الدولتين وذلك لعدة أسباب: منها على الخصوص أنَّ النُّظم والقوانين التي وضعت لتسيير شؤون الدولة قد لا تتلاءم مع تطلعات المحكومين الذين قد يرحبون أو يرفضون مرحلة من مراحل تسيير شؤونهم من سلطة فعلية إلى اخرى وليدة، أصبحت قانونية بعد أن كانت انفصالية أو تحررية أو حتى انقلابية، وبناءً على هذا التصور قد تجتهد السلطة الفعلية لتغيير النظم والقوانين، وهنا قد تقع في الخطأ حيث تحاول العمل بالقوانين والنظم السابقة وتنقيتها تدريجيا، وهنا قد يقع المحظور خاصة إذا فتح المجال للتيارات المختلفة الفاعلة في المجتمع، فكل واحدة منها تريد الاستحواذ بالسلطة لوحدها وفرض إرادتها المفرطة في بعض الاحيان.

تعريف الاستخلاف عند الفقهاء القانونيين:

يحدث بصفة عامَّة بين أشخاص القانون الدولي عندما يحل شخص دولي محل آخر لتغيرات معنية في وضع الأخير الفقيه كاسترين (انتقال الحقوق والالتزامات الدولية بين أشخاص القانون الدولي العام).[1967]

تعريف الفقيه كلسن((يقصد بالاستخلاف الدولي التغيرات الإقليمية التي بمقتضاها تحل دولة ما محل دولة أُخرى على اقليم معيَّن أو باستخلاف إحدى الدول لحقوق والتزامات دولة أُخرى والتي انتقل إقليمها إلى الدولة الخَلف).[1968]

ويرى الفقيه شارل رسو (انتقال الحقوق والالتزامات الدولية) بين الدول نتيجة للتغيرات التي تطرأ على كيانها الإقليمي وما يتبع ذلك من حلول سيادة دولة محل أُخرى في الإقليم الذي أصابه التغيرُ).[1969]

أمَّا الفقيه (فيرتزل (ذلك التغير الإقليمي الذي يحدث بين دولتين أو أكثر، ويترَّتب عليه تغيُّرٌ في السيادة الإقليمية وانتقالٌ للحقوق والالتزامات من الدولة السلف إلى الدولة الخلف).[1970]

بيد أنَّ الفقيه (اوكنيل) يعتبر أن الاستخلاف هو(عملية نقل السيادة والاختصاص الإقليمي من دولة لأخرى)

(1964) سورة الانبياء، الآية 104.

(3) جعفر عبد السلام، مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م، ص 324.

(4) شريف عبد الحميد حسن، الحدود الدولية وأهميتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013م.

(1967) شريف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 14.

(1968) نقلاً عن شريف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 14.

(1969) نقلاً عن شريف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 15.

(1970) نقلاً عن شريف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 15.

أما أ.د. علي صادق ابو هيف فيرى ((إن الاستخلاف الدولي يتحقَّق عادةً عند حدوث تغيرات خارجية تُؤثرِ في تكوين الدولة الإقليمي وكيانها الخارجي)[1971]

أ.د. حامد سلطان ((البحث في مصير العلاقات الدولية التي كانت مرتبطة بها مع غيرها من الدول وتعين ما ينقص منها بفقدان السيادة فقداناً كليًا أو بانتقال، جزء من إقليمها إلى سيادة دولة أُخرى وما يظل منها باقياً بالرغم من التغيُّر الذي حدث).[1972]

نظريات الاستخلاف:

اختَلف فقهاء القانون الدولي في التكييف القانوني للاستخلاف الدولي، وكيفية حلول سيادة على الإقليم المعَّين؛ ولكنهَّم توصُّلوا لنظريات تحِّدد الطبيعة القانونية للاستخلاف الدولي.

النظرية التقليدية:

ويطلق عليها نظرية الاستخلاف العام، وهي تركِّز على الأفكار الرومانية القديمة، واستند واضعوا هذه النظرية على القانون الخاص الداخلي وذلك بنقل فكرة الميراث من القانون الداخلي إلى القانون الدولي العام.

ويرى انصار هذه النظرية بأنَّ الاستخلاف هو انتقال للسيادة، فالدولة السَّلف قد أحالت إلى الدولة الخلف ماكان لها من سلطة عليا على الإقليم تماماً كما يحصل بالنسبة لنقل الملكية في القانون الخاص.[1973]

وتعتبر النظرية الدولة الخلف وارثٌة للدولة السَّلف كما في النظام الروماني القديم، أنَّ الوارث هو امتدادٌ لشخصية المتوفى إذ انتقال الحقوق والواجبات من الدولة السلف إلى الدولة الخلف وفقاً لهذه النظرية هو (انتقال كُلِّي يشمل كافة ما للدولة السلف من حقوق وما عليها من التزامات، فهو نوع من الميراث العام على حدِّ تعبير انصار هذا الاتجاه).[1974]

النظرية الإرادية:

تستمد هذه النظرية فكرتها من المدارس النظرية الإيطالية والألمانية في القرن التاسع عشر. ونظرية الإرادة هي عكس النظرية التقليدية، فهي تقوم على فلسفة أنَّ الدولة السَّلف تخلَّت عن سيادتها على الإقليم، وأنَّ الدولة الخَلف تكتسب اختصاصها من محض أنهَّا أصبحت قادرة على أن تفرض سيادتها على النَّحو الَّذي تمليه عليها إرادتها. (فإنَّ للدولة الخلف أنْ تستبقي من حقوق وواجبات السيادة السابقة ما تريد، وترفض ما تشاء وليس من قاعدة عامة تفرض على الدولة الخَّلف أنْ تقيِّد نفسها بالآثار القانونية لتصرفات السِّيادة الزائلة).[1975]

النظرية الاستقرائية:

نتيجة لاختلاف فقهاء القانون الدولي في وضع نظرية متكاملة للاستخلاف الدولي، ذهب فريقٌ ثالثٌ من فقهاء القانون الدولي لتبني منهج استقرائي، ولصعوبة وضع قواعد عامة أو خاصة لموضوع الاستخلاف الدولي وذلك بطبيعة القانون الدولي والاعتبارات السياسية والمصالح المتضاربة للدول مما ينعكس على قراراتها، لذلك استهدفت النظرية الاستقرائية أنْ تتم معالجة الاستخلاف الدولي ببحث كل حالة على حدة، بوضع الحلول المناسبة لها دون التقيُّد مسبقاً بتصوُّر معيَّن، وبالتالي الوصول للحكم المناسب.[1976]

المبحث الثاني: انواع واسباب استخلاف المعاهدات الدولية.

(1971) علي صادق ابو هيف، القانون الدول العام، مرجع سابق، ص 187.

(1972) حامد سلطان، مرجع سابق، ص 853.

(1973) أ. د محمد طلعت الغنيمي، الاحكام العامة في قانون الامم ، منشاة معارف الاسكندرية، الإسكندرية، 1970م، ص 36.

(1974) د. هشام على صادق، اثار الاستخلاف في ضوء الوحدة العربية الليبية، منشاة المعارف الإسكندرية، الإسكندرية، 1973م، ص12.

(1975) المرجع نفسه، ص 836.

(1976) سعيد سالم جويلي، الاستخلاف الدولي في المسئولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص310.

ISSN:2509-0291

انواع الاستخلاف الدولي:

ينقسم الاستخلاف الدولي (التوارث الدولي) حسب رأي فقهاء القانون الدولي إلى نوعين فالأول: استخلاف كُلّي والثاني: استخلاف جزئي وتتميز أهمية التقسيم للنوعين فيما يتعلق بتحديد الحقوق والالتزامات التي ستنتقل من الدولة السلف إلى الدولة الخلف.

الاستخلاف الكلي:

هو وجوب زوال الشخصية القانونية للدولة السلف زوالاً تاماً، وانتقال كل إقليمها بكل حقوقه والتزاماته إلى دولة أو دول أُخرى، ويتحقق الاستخلاف الكلّي في حالات الضم أو تفكك الدولة واتحادها مع دولة أو دول أخرى، وتكون الشخصية الدولية منعدمة عند اختفاء أحد العناصر الأساسية المكّونة لها وذلك عند فقدان عنصر السيادة، أمَّا عنصري الشَّعب والإقليم فهما إما أن يندمجا في دولة أخرى موجودة سلفاً، أو في دولة جديدة أو يتجزأ في أكثر من دولة.(1977)

الاستخلاف الجزئي:

هو فقدان جزء من إقليم الدولة مع استمرار بقاء الدولة، وكذلك يقصد به (بقاء الشخصية الدولية للدولة السلف وانتقال بعض إقليمها إلى دولة أُخرى، ويكون انتقال حقوق والتزامات الدولة السِّلف إلى الدولة الخلف في نطاق أضيق بالضرورة، كنتيجة طبيعية لبقاء الشخصية القانونية للدولة السلف والتي لم تفقد إلاَّ جزءً من إقليمها).(1978)

يتحقق الاستخلاف الجزئي في حالات التنازل الضم الجزئي أو في حالة ظهور دولة أو أكثر من دولة جديدة (الانفصال، ازالة الاستعمار).(1979) وقد ثبت في تجارب الدول في الاستخلاف الجزئي دائماً ما يكون نتيجة لمعاهدات مبرمة ما بين الدولة السلف والدولة الخَلف، تحدِّد مثل هذه المعاهدات والاتفاقيات ما ينتقل مع الإقليم من حقوق الدولة السلف وواجباتها إلى الدولة الخلف.

أسباب الاستخلاف الدولي:

اهتم فقهاء القانون الدولي بالأسباب المفضية للاستخلاف الدولي، والمتمثلة في التغيرات الاقليمية وانتقال السيادة وحلول أُخرى محلها فبعضها يؤدي إلى فناء الدولة أو شخصيتها بفقدها للعناصر الأساسية من سمات إقليم وسيادة، وهو الفناء الكلّي والبعض الآخر تفني الشخصية الدولية للدولة السلف وقد قسَّم فقهاء القانون الدولي اسباب الاستخلاف الدولي إلى أسباب اتفاقية وفق معاهدة أو اتفاق، وهي تنازل دولة عن جزء من إقليمها لدولة أخرى أو اتِّحاد دولة مع دولة أو دول أخرى، وأسباب غير اتفاقية مثل: حالات الانفصال أو تصفية الاستعمار والاستقلال أو انحلال دولة.

الأسباب الاتفاقية للاستخلاف الدولي:

أولاً: التنازل: يُعُّد التنازل سبباً من الأسباب الاتفاقية للاستخلاف الدولي، ويعني تخلَّى دولة عن اقليمها أو جزء منه إلى دولة أخرى بموجب اتفاق تتخلى فيه الدولة عن سيادتها من الإقليم المعيَّن لتكسبه الدولة الثانية.

وقد عُرَّف التنازل بأنهَّ (الاتفاق الدولي الذي انتقل به إقليم ما، أو جزء منه من ولاية الدولة المتنازِلة ليدخل في سيادة الدولة الأخرى المتنازل لها عنه).

لذا فإنّ التنازل مما سبق، يُعُّد سببا من الأسباب الناقلة للسيادة علي الأقليم وحتى يصبح هذا التنازل قانونياً، ويكتسب الصفة القانونية فإنَّه ينبغي (أن يفرغ التنازِل في صورة معاهدة مستجمعة لكافة الشروط الصحيحة الشكلية والموضوعية، طرفاها (المتنازِل والمتنازَل له) من الدول.(1980)

للتنازل في القانون الدولي صور عديدة منها: الصورة الأولي، عن طريق المبادلة بتنازل كل من الدولتين للأخرى عن إقليم معيَّن مقابل إقليم آخر على سبيل المثال (تنازل إيطاليا لفرنسا 1860م عن مقاطعتى السافو ونيس مقابل تنازل إيطاليا عن مقاطعة لومبارديا،

(1977) محمود سامي جنيه، القانون الدولي العام، بحوث في قانون الحرب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م، ص 139.

(1978) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 16.

(1979) حسن الجلبي، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، بغداد، 1964م ، ص 397.

(1980) عبد الغنى عبد الحميد محمود، المطالب الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، جامعة الأزهر، القاهرة، 1986م، ص 198.

وتنازل رومانيا لروسيا في معاهدة برلين سنة 1878م عن إقليم بساربيا مقابل تنازل روسيا لها عن جُزر دلتا الدانوب وإقليم دوبروجا)[1981].

الصورة الثانية للتنازل هي التنازل بعوض عن إقليم ما، مقابل مبلغ مالي معين، وهناك نماذج مثل تنازل ملكة نلي سنة 1348م عن مدينة امنيون للبابا كلنت السادس مقابل ثمانين ألف فلوران، وتنازل نابليون سنة 1803م عن مقاطعة لويزيانا للولايات المتحدة الأمريكية مقابل ستين مليون فرنك، وتنازل روسيا لها عن إقليم ألاسكا سنة 1867م مقابل سبعة ملايين دولار، وتنازلت أسبانيا لألمانيا سنة 1899م عن جزر كارولين مقابل خمسة وعشرون مليون بيزيتا[1982]، وتنازل السودان لمصر عن بعض أراضي حلفا القديمة لصالح بناء السد العالي في عام 1958م مقابل تعويض بمبلغ مالي خمسة عشر مليون جنيه مصري للسكان السودانيين الذين تضرروا من إنشاء السد العالي[1983].

الصورة الثالثة التنازل بدون مقابل مثل تنازل فرنسا سنة 1764م عن مقاطعة نيو اورليانز بأمر منها لأسبانيا، ثم تنازلت هذه الدولة منها مرة أخرى لفرنسا سنة 1801م وتنازلت النمسا لفرنسا سنة 1866م عن مدينة البندقية ثم تنازلت فرنسا عنها لإيطاليا بعد ذلك ويكون التنازل هبه من الدولة المتنازلة وبغير عوض[1984].

الصورة الأخيرة من التنازل هو التنازل الإجباري ويتمُّ ذلك في حالة حدوث حرب بين الدولتين، فتخسر إحداهما الحرب فترغم الدولة المنتصرة غريمتها عند وقف الحرب بينهما التنازل عن بعض أقاليمها، ويكون التنازل بدون عوض ولكن الدولة التي حصل لها التنازل تلتزم ببعض الواجبات، منها: دفع الديون المحلية ونصيب من الديون العامة للدولة المتنازلة والالتزام ببعض التعهدات التي دخلت فيها تلك الدولة[1985].

هناك أمثلة أخرى للتنازل الإجباري، منها تنازل فرنسا لألمانيا عن إقليمي الالزاس واللورين سنة 1871م وتنازلت ألمانيا لفرنسا بمقتضي اتفاقية فرساي في يونيو 1919م وتنازل النمسا والمانيا بعد الحرب العالمية الأولي عن الأقاليم التي قامت عليها دول تشيكوسلوفاكيا ويوغسلافيا وبولونيا، وتنازلت ايطاليا بعد الحرب العالمية الثانية عن ممتلكاتها في أفريقيا واليابان عن ممتلكاتها في أسيا وجزر المحيط الهادي[1986].

الأسباب غير الاتفاقية للاستخلاف الدولي:

الأسباب غير الاتفاقية للاستخلاف الدولي تتمثل في حقّي (الاستقلال والانفصال) وهذان الحقان لهما ارتباط مع تصفية الاستعمار، والذي تمثله حركات التحرر الوطنية في الدول التي وضعت تحت السيطرة الاستعمارية من الدول الكبرى إبَّان الحربين العالميتين الأولي والثانية، وهو الكفاح المسلَّح من أجل حق تقرير المصير، وقد ثارت العديد من المشاكل القانونية للدول التي نالت استقلالها من الاستعمار في آسيا وأفريقيا، عن مصير المعاهدات التي عقدتها الدول المستعمرة التي كانت تتولي المسؤولية عن العلاقات الدولية للأقاليم المستعمرة.[1987]

أما الانفصال فتمثّلِه الحركات الانفصالية التي تنشأ في الدول التي تتشكّلُ من قوميات متعدِّدة وأجناس مختلفة، فالانفصال كما ذكرنا سابقاً يعني أنْ تفقد الدولة جزء من إقليمها ليكون دولة جديدة مع احتفاظ دولة السّلف أو الأصل بشخصيتها القانونية،

(1981) حامد سلطان، مرجع سابق، ص 717.

(1982) علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 350

(1983) شريف عبد الحميد حسين، مرجع سابق، ص 346.

(1984) علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 351.

(1985) عدنان موسي النقيب، السيادة في ظل التنظيم الدولي المعاصر، رسالة دكتوراة، غير منشورة، جامعة عين شمس، 1975م، ص 35.

(1986) علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 352

(1987) الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص 286.

ISSN:2509-0291

أمّا الانحلال فهو أن تختفي الدّولة تماماً نتيجة لتقسيمها إلي عدة دول جديدة تقوم علي أراضي الدولة المنحلّة، وبالتالي تفقد شخصيتها القانونية.[1988]

تكمن أهمية التفرقة بين الانحلال والانفصال في تحديد القواعد المتعلقة باستخلاف الدول، ففي حالة الانفصال تظل الشخصية القانونية الدولية للدولة الأم قائمةً وهي الدولة السّلف، ويكون هناك تجديد واستخلاف جزئي، بمعني أنَّ الدولة الجديدة تخلف الدولة السلف في جزء من أجزاء الحقوق والالتزامات التي تتعلق بالجزء المنفصل عنها، أمّا الانحلال: فهو يؤدّي إلي فناء الشخصية القانونية الدولية للدولة الأم (السلف) ولهذا نكون بصدد استخلاف كُلّي، بمعني أنّ الدولة الجديدة الناشئة عن عملية الانحلال أو التفتُّت تخلُف هذه الأخيرة في جميع ما لها من حقوق وما عليها من التزامات[1989].

الاستخلاف الدولي في المعاهدات:

إنَّ مشكلة الاستخلاف الدولي في المعاهدات أثارت جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون الدولي، ويدور الجدل حول المعاهدات التي سبق للدولة السّلف أنْ قامت بإبرامها مع الدول المختلفة فهل تنتقل الحقوق والالتزامات الواردة في هذه المعاهدات إلي الدولة الخلف؟

انقسم رأي فقهاء القانون الدولي في مسألة استخلاف المعاهدات إلي قسمين:

الرأي الأول: وهو قبول الدولة الخلف والدولة الغير (المرتبطة مع الدولة السلف) استمرار العمل بالمعاهدة وفي هذا الرأي لا تثار مشكله، حيثُ إعلان الطرفين رغبتهما في استمرار العمل بالمعاهدة ويترتب عليه انتقال كافة الحقوق والالتزامات المترتبة عليها إلي الدولة الخلف ويعد بمثابة تجديد للمعاهدة وفي هذه الحالة لا يوجد استخلاف دولي[1990].

أما الرأي الثاني: فيتحدث عن الانتقال التلقائي للحقوق والالتزامات المترتّبة علي المعاهدة إلي الدولة الخَلف، بغض النّظر عن إرادتها وإرادة الدولة الغير (الطرف المتعاقد مع الدولة السلف) وهنا تثار مشكلة الاستخلاف الدولي للمعاهدات، بحيثُ يُعدُّ تنصُّل الدولة الخَلف عن أداء الالتزامات التي تفرضها هذه المعاهدات سبباً موجباً لمسؤولياتها الدولية[1991].

يرفض أصحاب الرأي الأول فكرة استخلاف المعاهدات؛ وذلك بعدم انتقال الحقوق والالتزامات المقرّرة بمقتضي المعاهدات للدولة الخلف إلاَّ إذا وافقت الدول المعنية بذلك؛ وذلك استناداً علي أنّ الشخصية القانونية للدولة السّلف قد انتهت وبالتالي لا سبيل لاستمرار التزاماتها وحقوقها.

أما أصحاب الرأي الثاني فيرون أن استخلاف المعاهدات من الدولة السلف إلي الدولة الخَلف يُعُّد من طُرق اكتساب الحقوق، وعدم الالتزام به يقتضي التعويض عن الأضرار التي لحقت بالدولة طرف المعاهدة، وأصحاب هذا الرأي يتأثرون بفكرة الميراث في القانون الخاص الداخلي[1992]، وسوف نفصل لاحقاً في دراستنا لاستخلاف المعاهدات بين الدولة السلف والدولة الخلف في الفصل الرابع من هذا البحث.

أنَّ مشكلة الاستخلاف ما بين الدول أيّاً كان سببها، تترتَّب عليها آثارٌ ونتائج قانونية بين القانون الدولي والقانون الداخلي للدولة الخلف والنظام القانوني للدولة السلف، ثُمَّ ما هي القواعد القانونية التي تحكم مدى نطاق انتقال الحقوق واكتسابها؟ وما هي الالتزامات علي كل من الدولتين السلف والخلف، فما زال الجدل والخلاف يدور بين فقهاء القانون الدولي لإزالة الغموض عن مسائل الاستخلاف الدولي.

انوع المعاهدات الدولية:

(1988) صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي، ص 80.

(1989) د. سعيد سالم جويلي، الاستخلاف الدولي في المسئولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص39.

(1990) المرجع نفسه، ص 40.

(1991) شريف عبد المجيد حسن، مرجع سابق، ص 170.

(1992) المرجع نفسه، ص 171.

قسم فقهاء القانون الدولي المعاهدات الدولية إلى عدة أقسام منها معاهدات التحالف والمعاهدات الشارعة والمعاهدات الإقليمية والمعاهدات التجارية والاقتصادية، والمعاهدات السياسية ومن أبرز التقسيمات، من الناحية الشكلية إلى معاهدات ثنائية ومعاهدات جماعية أو متعددة الأطراف، والمعاهدات الشارعة والمعاهدات العقدية.[1993]

المعاهدات الثنائية:

اعتبرت المعاهدات الثنائية في نص المادة (24) من معاهدة فينا للاستخلاف الدولي بشأن المعاهدات الدولية لسنة 1978م والتي كانت نافذة وقت الاستخلاف الدولي على الإقليم المستقل سارية المفعول، بصورة دائمة بين الدولة الخلف والدولة الطرف الثاني في الحالات الآتية:

1/ إذا اتفقت الدولتان المعنيان صراحة، الدولة الخلف والدولة الطرف الثاني في المعاهدة المعنية.

2/ إذا عملت الدولتان، الدولة الخلف والدولة الطرف الثاني في المعاهدة المعنية، بنصوص المعاهدة ضمنيا.

في الحالة الأولى تطبق بداية من تاريخ الاستخلاف الدولي كقاعدة عامة ما لم يتفق خلاف ذلك.

في الحالة الثانية تبقى المعاهدة سارية المفعول بين الدولة الخلف والدولة الطرف الثاني حتى لو أن المعاهدة انتهت بين الدولة السلف والدولة الطرف الثاني أو إن المعاهدة توقف العمل بها بين الدولة السلف والدولة الطرف الثاني أو توقف العمل بها بعد تاريخ استقلال الإقليم المعنى لا يؤثر في سريانها بين الدولة الخلف والدولة الطرف الثاني فيها.[1994]

كذلك تبقي المعاهدة سارية ولو لم يصادق عليها بين الدولة السلف والدولة الطرف الثاني، وهي الحالة التي لا يمنع من دخول المعاهدة حيز التنفيذ بين الدولة الخلف والدولة الطرف الثاني إلا إذا رأى الطرفان خلاف ذلك حتى ولو صادقت عليها الدولة السلف والدولة الطرف الثاني بعد تاريخ استقلال الإقليم على المعاهدة الثنائية.[1995]

أما المعاهدات الثنائية المطبقة بصورة مؤقتة فيمكن أن تبقى نافذة بين الدولة الخلف والدولة الطرف الثاني في الحالات التالية:[1996]

1/ إذا ابدي الطرفان ذلك صراحة.

2/ إذا عمل به الطرفان في المعاهدة بصورة ضمنية.

بينما ينتهي العمل بالمعاهدات الثنائية المطبقة بصورة مؤقتة بإخطار معقول الأجل من طرف الدولة الخلف أو الدولة الطرف الثاني، وعند نهاية تاريخ الإخطار. ما عدا الحالة التي تنص المعاهدة على خلاف ذلك أو أتفق على غير ذلك.

في الحالة التي تتطلب فيها المعاهدة الثنائية مهلة قصيرة لانتهاء العمل بها أو في الحالة التي أتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإنه يمكن انتهاء العمل بها بإخطار معقول الأجل لمدة 12 شهراً بداية من تاريخ تلقي الأخطار من قبل الدولة الطرف التي تطبق المعاهدة الثنائية بصورة مؤقتة.[1997]

المعاهدات الجماعية:

(1993) محمد سعادى، مرجع سابق، ص 234.

(1994) المادة 26/ 1 و2 من معاهدة فينا للاستخلاف الدولي لشأن المعاهدات لسنة 1978م.

(1995) المادة 3/26 من معاهدة فينا للاستخلاف الدولي بشأن المعاهدات الدولية لسنة 1978م.

(1996) محمد طلعت الالغنيمي، مرجع سابق، ص 840.

(1997) المادة 3/29 من معاهدة فينا للاستخلاف الدولي بشأن المعاهدات الدولية لسنة 1978م

يمكن أن تصبح الدولة الخلف طرفاً في المعاهدة الجماعية النافذة وقت الاستخلاف الدولي التي كانت الدولة السلف طرفاً فيها وهذا بالمصادقة عليها كقاعدة عامة خلافاً(لمبدأ الصحيفة البيضاء).(*) ولكن أيضا يمكن أن لا تكون الدولة الخلف طرفاً في المعاهدة الجماعية في الحالات الآتية:(1998)

1/ إذا كان من شأن تطبيق المعاهدة على الإقليم المتحرر يخالف موضوع وهدف المعاهدة نفسها أو يؤدي ذلك إلى التغير الجوهري في الظروف .

2/ إذا كانت المعاهدة المعنية تفرض للانضمام إليها الحصول على الموافقة الجماعية لأعضاء المعاهدة السابقتين.

وهذا يعني أن الدولة الخلف في الحالتين أعلاه لا يمكن إن تصبح عضواً في المعاهدة الجماعية بصورة تلقائية وبإرادتها المحضة، فيستحيل عليها الانضمام إلى أي معاهدة كما في الحالة الأولى، وفي الحالة الثانية يمكنها الانضمام لكن بشرط الموافقة من الدول الأعضاء السابقين، وهذا يخص المعاهدات الجماعية السارية المفعول وقت استقلال الدولة الجديدة المعنية.

ويمكن للدولة الخلف أن تنضم إلى معاهدة جماعية لم تدخل بعد حيز التنفيذ وقت الاستخلاف الدولي بالمصادقة عليها في الحالة التي تكون فيها الدولة السلف طرفا بها كما يمكنها أن تنضم إلى المعاهدة التي ستدخل حيز التنفيذ بعد الاستخلاف الدولي بالمصادقة عليها إذا كانت الدولة السلف طرفاً بها فيما يخص الإقليم المستقل وفي الحالة التي تتطلب فيها المعاهدة عدداً من الدول حتى تدخل حيز التنفيذ فإن الدولة الخلف في حالة المصادقة عليها تدخل كعضو جديد ضمن أعداد الدول المصادقة عليها.(1999)

المعاهدات الإقليمية:

ويقصد بالمعاهدات الإقليمية أنها تلك التي ينصب أثرها على الإقليم في المركز القانوني، ولها صفة الاستقلال عن الشخصية القانونية للدولة السلف وقد اجمع الفقه والقضاء الدوليين على استخلاف المعاهدات الإقليمية من الدولة السلف إلى الدولة الخلف، وأكدت السوابق الدولية على استخلاف المعاهدات الإقليمية ذات الطابع الإقليمي، أي التي تتضمن اتفاقات دولية مثل المعاهدات التي تمنح حق الحرب، والمعاهدات المتعلقة بالمواصلات وحرية الملاحة في الأنهار والقنوات الدولية، واستغلال المياه والمراعي، ومعاهدات الصيد ومعاهدات الحدود.(2000)

ومن أمثلة استخلاف المعاهدات الإقليمية استخلاف فلندا بالالتزام بالاتفاقية التي عقدتها روسيا سنة 1856م متعهدة بحياد جزيرة الأند في البلطيق وبالامتناع عن تسليمها وكذلك الأمر عندما أصبحت هذه الجزيرة تحت السيادة الفنلندية بمقتضى اتفاقية جنيف لسنة 1921م.(2001)

وكذلك من أمثلة الممارسة الدولية عند حلول فرنسا محل ألمانيا سنة 1919م والالتزام باتفاقيتي الصيد في نهر الراين المعقودتين بين ألمانيا وسويسرا سنة 1885م و1887م.(2002)

المعاهدات الشارعة:

(*) يتمثل مبدأ الصحيفة البيضاء في طي صفحة الماضي من طرف الدولة الخلف بعدم الالتزام بما أبرمته الدولة السلف، سواء الدولة الحامية أو المحتلة كلياً.(www.almaany.com)

(1998) المادة 2/17 من معاهدة فينا للاستخلاف الدولي بشأن المعاهدات الدولية لسنة 1978م.

(1999) محمد سعادى، مرجع سابق، ص 235.

(2000) المرجع نفسه، ص 395.

(2001) محمد طلعت الالغنيمي، مرجع سابق، ص 841.

(2002) حسن الجلبي، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 415.

يقصد بالمعاهدات الشارعة تلك التي تضع قواعد قانونية والتي تنشئ أو تنطوي على أحكام عامة التطبيق وتصبح مصدرا للحقوق والالتزامات بصفة عامة، من أمثلتها معاهدات اتفاقيات عهد عصبة الأمم وميثاق الأمم المتحدة.[2003]

وتبرم المعاهدات الشارعة بين أطراف متعددة لتعالج موضوعات تهم الجماعة الدولية بأسرها، تستهدف إنشاء قواعد عامة قابلة للتطبيق مستقبلا تتعدى أثارها الدول الأطراف بها.[2004]

وقد سمى النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المعاهدات الشارعة بالاتفاقيات العامة وهناك نوع أخر من المعاهدات تختلف عن المعاهدات الشارعة تسمى المعاهدات العقدية وقد وردت في الفقرة الأولى من المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بذكر الاتفاقات الخاصة وهذه المعاهدات يقتصر أثرها على تقرير حقوق والتزامات متبادلة بين الدول وتنظيم المراكز القانونية الخاصة بالدول المتعاقدة ولا تعني المجتمع الدولي في جملته وان هذه المعاهدات لا تدل إلا على مراكز قانونية خاصة وهي بمثابة عقود القانون الخاص أو ذات طبيعة خاصة.[2005]

وقد كشف الفقه والقضاء الدوليين عن وجود فروق أساسية بين هذين النوعين من المعاهدات سواء من حيث طبيعتها أو الأطراف فيها أو مدى قوتها الإلزامية.[2006]

ومن المعاهدات الشارعة ما يسمى بالمعاهدات المنشاة للمنظمات الدولية مثل عصبة الأمم وميثاق الأمم المتحدة فهي تأخذ حكم المعاهدات الشارعة وبناء عليه يجب استخلافها، وذلك لأنها تتضمن أحكام عامة وضعت لصالح الجماعة الدولية، ولكن هناك رأي يقول بأنه يتعين على الدولة الخلف أن تعلن عن رغبتها في ذلك لان العضوية في المنظمات الدولية تعتمد على توافر الرغبة في التعاون، الأمر الذي يتعذر افتراضه.[2007]

وإذا كان العمل قد جرى في المنظمات الدولية عند قبول عضوية دولة جديدة فانه يتعين على الأخيرة أن تعلن مسبقا عن التزامها بالسند المنشى للمنظمة وهو إجراء إداري لا يتعارض مع المبدأ العام في التزام الدولة الخلف بالمعاهدات الشارعة.

معاهدات التحالف:

يقصد بمعاهدات التحالف تلك المعاهدات التي يكون لشخصية الدولة الاعتبار الأول في انعقادها بحيث تكون هذه الشخصية عنصرا جوهريا في كيان المعاهدة.[2008]

ويعرفها البعض الأخر بأنها معاهدات تقرر التزامات شخصية وتفرض على العاقدين التزامات تبادلية. وتشمل معاهدات التحالف المعاهدات السياسية والمعاهدات العسكرية والاقتصادية وغيرها.[2009]

إن القاعدة في معاهدات التحالف في حالة الاستخلاف الكلي أي فيما لو زالت الدولة أو الدول السلف زوال تام كما هو الشأن في العرف الخاص فيما عرف بالوحدة المصرية الليبية وان المعاهدة لا تحترم الدولة الخلف (الدولة الجديدة) ولا تنقل حقوقها والتزاماتها إلى هذه الدولة، وتعتبر معاهدات التحالف التي سبق إبرامها ما بين جمهورية مصر العربية والجماهيرية الليبية مع الدول الغير منتهية بإنهاء الشخصية القانونية لكل من الدولتين لاندماجهما في دولة واحدة وعلى ذلك لا تلتزم الدولة الموحدة (الخلف) بهذه المعاهدات ولا تنتقل إليها الحقوق والالتزامات المقررة بمقتضاها بما فيها التزامات الواردة في هذه المعاهدات.[2010]

(2003) عزالدين فودة، الدور التشريعي للمعاهدات في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد السابع والعشرون، 1971م، ص 135-136.
(2004) محمد حافظ غانم، المعاهدات دراسة لاحكام القانون الدولي وتطبيقها على العالم العربي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة 1961م، ص 28.
(2005) عزالدين فودة، مرجع سابق، ص 136.
(2006) جعفر عبد السلام، دور المعاهدات الشارعة في العلاقات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد السابع والعشرون 1971م، ص 67.
(2007) محمد طلعت الالغنيمي، قانون السلام، مرجع سابق، ص 841.
(2008) حسن الجلبي، مرجع سابق، ص 395.
(2009) محمد طلعت الالغنيمي، مرجع سابق، ص 838.
(2010) شريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 18.

ذهب الفقه الأمريكي إلى القول باستخلاف معاهدات التحالف حتى لو فقدت الدولة السلف شخصيتها القانونية الدولية على أساس أن بقاء عنصر الشعب يبرر ذلك ويلاحظ إن سلوك الدول الإفريقية والأسيوية الحديثة التي استقلت عن قبضة الاستعمار أنها متجهة نحو قبول استخلاف المعاهدات الشخصية وهو اتجاه فيما يبدو تملية مصالح هذه الدول وان من مصلحتها إن تبدأ حياتها في الجماعة الدولية على أساس من التعاون الصادق مع الدول الأخرى، وهو تعاون لن يأتي على الوجه الأكمل في حالة انقطاع كافة علاقاتها التعاقدية مع الدول الأخرى نتيجة لرفضها استخلاف المعاهدات التي سبق وأبرمتها الدول المستعمرة مع الدول الغير قبل الاستقلال.[2011]

وجرى العمل الدولي على عدم استخلاف الدولة الخلف للدولة السلف معاهدات التحالف وذلك على أساس الاعتبار لشخصية الدولة ومن المعاهدات الشخصية المعاهدات السياسية والضمان والمعونة المتبادلة والحياد والتحكيم.[2012]

ومن أمثلة الممارسة الدولية في استخلاف معاهدات التحالف عندما ضمت فرنسا الجزائر سنة 1830م وادعت أنها جزء منها اعتبرت الولايات المتحدة الأمريكية معاهداتها مع الجزائر قد انقضت، وعندما حظرت الإدارة الفرنسية في الجزائر استيراد البضائع البريطانية عكس ما كانت تقضي به اتفاقية التجارة المبرمة بين بريطانيا والجزائر فأحالت بريطانيا الأمر إلى مجلس رجال القانون لإبداء الفتوى، فأفتى هذا المجلس بان المعاهدات لا تتقيد بها فرنسا.[2013]

في عام 1938م ضمت ألمانيا النمسا إليها، وعلى اثر ذلك أعلنت الولايات المتحدة الأمريكية أن المعاهدة التي كانت بينها وبين النمسا سنة 1928م والتي كانت تنص على شرط الدولة الأكثر رعاية قد زالت وانقضت لزوال سيادة النمسا، وقد رأت ألمانيا أن المعاهدة المذكورة لم تزل قائمة وتنطبق أحكامها على الإقليم النمساوي ولكن الولايات المتحدة رفضت هذا الرأي ولذلك أعلنت ألمانيا من ناحيتها أنها تعتبر أن المعاهدة التي سبق عقدها بين النمسا والولايات المتحدة الأمريكية في 31 يناير 1930 في شأن تسليم المجرمين تعتبر منقضية أيضا.[2014]

ومن السوابق الدولية فان المعاهدة التي عقدتها فرنسا مع الكرسي البابوي سنة 1801م ظلت سارية على إقليمي الالزاس واللورين بعد سنة 1871، عندما أصبحتا تابعتين لألمانيا وظلت هذه الاتفاقية سارية حتى بعد سنة 1918م.[2015]

المعاهدات التجارية والاقتصادية:

المعاهدات التجارية والاقتصادية لا تعدو أن تكون سوى معاهدات قصيرة الأجل وحتى سنوية فقط وبسبب التوجهات السياسية رفضت معظم الدول المستقلة حديثا ما أبرمته الدول الاستعمارية في حقها من معاهدات من هذا النوع، ولكن هناك من الدول الحديثة المستقلة من استمرت على العمل بالمعاهدات التجارية والاقتصادية التي أبرمتها الدولة الاستعمارية في حقها مثلما عملت الجزائر في بداية استقلالها مع معاهدات فرنسا لحسابها فيما يخص الثروات الباطنية من مناجم ونفط وغاز بالنسبة للعلاقات الجزائرية الفرنسية.[2016]

(2011) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 34.
(2012) حامد سلطان، مرجع سابق، ص 804.
(2013) المرجع نفسه، ص 804.
(2014) شريف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 191.
(2015) محمد مجدي مرجان، آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف، رسالة دكتوراة (غير منشورة)، جامعة القاهرة كلية الحقوق 1981م، ص442.
(2016) محمد سعادي، مرجع سابق، ص 247.

أما فيما يخص التجارة الدولية التي تعتني بها اتفاقية القاتGAT [*]، فقد حثت الدول الأعضاء مجموع الدول المستقلة حديثا لاستخلاف الدولة السلف(الدول الاستعمارية) فيها باقتراح آليتين للانضمام إليها [2017]

الآلية الأولى: الانضمام إلى اتفاقية القات عن طريق التفاوض.

الآلية الثانية: الانضمام إليها عن طريق التمثيل بطلب من الدولة المستقلة حديثا بواسطة إعلان من قبل الدولة السلف المستعمرة التي تبين بان الإقليم القديم الذي كان تحت سيطرتها، أصبح يتمتع باستقلال تجاري كامل.

استخلاف المعاهدات السياسية:

وتعرف المعاهدات السياسية بأنها المعاهدات التي ينص موضوعها حول تسوية وحماية مصالح الدول المعتبرة أعضاء في المجتمع الدولي والدفاع عن وجودها واستغلالها وسيادتها ومساواتها.[2018]

وعملياً لم تقبل معظم الدول المستقلة حديثا هذا النوع من المعاهدات والتي كونت معظمها ما يعرف بدول العالم الثالث، وانضمت معظمها لما يعرف بمنظمة دول عدم الانحياز سياسيا بسبب استقلال واختلاف سياستها عن الدول السلف المستعمرة لها فمعظمها لم تستخلف المعاهدات السياسية التي أبرمتها الدول السلف الاستعمارية مثلما حدث مع رفض القواعد العسكرية الأمريكية من قبل المغرب، ورفض اتفاق الحلف الأطلسي من طرف الجزائر اثر استقلالها بصورة عنيفة معتبره انه حلف للاستعمار واليد الطويلة في مساعدة الدولة الفرنسية الاستعمارية لقمع الثورة الجزائرية إثناء حرب التحرير مع الدولة الفرنسية المستعمرة. [2019]

المبحث الثالث: الاثار القانونية لإستخلاف المعاهدات الدولية.

الاثار القانونية للانفصال على المعاهدات الطولية:

بعد انفصال إقليم من أقاليم الدولة وبقاء الدولة المنفصل عنها، فان جميع المعاهدات النافذة تجاهها تبقى مطبقة على هذه الأخيرة وعلى إقليمها المتبقي.

ما عدا في الحالات التالية:[2020]

الحالة الأولى في حالة اتفاق الأطراف المعنية على خلاف ذلك، والحالة الثانية في حالة الاتفاق على أن تطبق المعاهدة فقط على الإقليم المنفصل عن الدول المنفصل عنها، أما الحالة الثالثة في حالة مخالفة تطبيقها لموضوعاتها وهدفها أو سيحدث ذلك تغيراً جوهريا في الظروف.

كما يمكن للدولة المنفصلة بالمصادقة على معاهدة لم تدخل حيز التنفيذ أن تصبح طرفا فيها إذا كانت الدولة المنفصل عنها طرفا فيها بالنسبة للإقليم المعنى بالانفصال ويمكن للدولة المنفصلة المصادقة على معاهدة جماعية التي ستدخل حيز التنفيذ بعد تاريخ الانفصال والتي تكون الدولة المنفصل عنها طرفا بها بالنسبة للإقليم المنفصل حيث تكمل بذلك ما بدأته الدولة السلف بموجب إعلان الاستخلاف في المعاهدات غير النافذة في تاريخ الاستخلاف ما عدا في الحالات التالية:[2021]

الحالة الأولى: إذا كان تطبيق المعاهدة مخالفة لموضوعها وهدفها أو سيحدث ذلك تغييرا جوهريا في الظروف.

(*) الجات GATT، هي اختصار عن اللغة الإنجليزية General Agreement on Tariffs and Trade الاتفاقية العامة للتعرفة الجمركية والتجارة وعقدت في تشرين الأول /أكتوبر 1947م،
بين عدد من البلدان تستهدف التخفيف من قيود التجارة الدولية وبخاصة القيود الكمية مثل تحديد كمية السلعة المستوردة وهو ما يعرف بنظام الحصص وقد تضمنت خفض الرسوم الجمركية على عدد من السلع. (www.ar.wikipedia.org)

(2017) محمد سعادي، مرجع سابق، ص 248

(2018) حامد سلطان، مرجع سابق، ص 805 .

(2019) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 35 .

(2020) المادة 35 من معاهدة فينا للاستخلاف الدولي بشأن المعاهدات الدولية لسنة 1978م.

(2021) صليحة علي صداقة، مرجع سابق، ص 225.

الحالة الثانية: إذا كانت المعاهدة تتطلب موافقة جميع أطرافها لكي تصبح الدولة المنفصلة طرفا فيها، فانه يجب حصول الموافقة الجماعية على ذلك.

الاثار القانونية لتغير الظروف على المعاهدات الدولية

إن التغيير الجوهري في الظروف هو تغيير الأوضاع تغييرا من شانه أن يجعل الاستمرار بالتمسك بالمعاهدة ضارا بمصالحها الحيوية وإنها تهدد بقاء الدولة نفسها.

ويقول الفقيه اوبنهايم (أن ارتضاء الدولة بالدخول في معاهدة دولية جاء بقناعتها بان هذه المعاهدة لا تهدد بقاءها أو رقيها الحيوي، فإذا استحدثت ظروف مغايرة بحيث يصبح البقاء عليها يهدد بقاء الدولة نفسها فمن حق هذه الأخيرة التحلل منها).[2022]

وقد تطرأ على الدولة ظروف يتعذر عليها الاستمرار في المعاهدة مثل الظروف الاقتصادية والأزمة المالية العالمية التي ضربت معظم دول العالم وكذلك الأزمات السياسية.

إن مفهوم تغير الظروف والذي يعني بان كل معاهدة يفترض أن تحوي عبارة أن تبقى الأمور على حالها لكي تبقى نافذة وهي العبارة التي استخدمت في العصور الوسطى في القانون الخاص لتنقل إلى ميدان القانون الدولي وبقيت تحمل نفس المعنى المفسر على انه (البند الذي يفترض إلغاء العقد أو توقيف تقديم خدمة إذا ما تغيرت بعض الظروف).[2023]

ويُعرف تغير الظروف بأنه (حدوث تغير أساسي في الظروف الفعلية التي عقدت المعاهدة في ظلها أو على أساسها والتي قد تؤدي إلى إلغاء المعاهدة أو التأثير على قوتها الإلزامية على الأقل).[2024]

كما يعرفها شارل روسو الفقيه الفرنسي (القاعدة القائلة بان المعاهدات تعقد بشرط استمرار الأحوال التي عقدت في ظلها، وان المعاهدة تفقد صفتها الإلزامية إذا تغيرت فيما بعد الظروف التي أوجدتها تغيرا مهما يؤثر على العلاقات بين الأطراف).[2025]

إن قبول شرط تغير الظروف لوقف تنفيذ المعاهدات الدولية أو الانسحاب منها يجب أن تكون هذه الظروف هي الأسباب الرئيسة للالتزام بالمعاهدة وان تكون هذه الظروف غير متوقعة ولكن تغير الظروف يجب ألا يكون عدم القدرة لأحد الأطراف على تنفيذ التزامه، وإنما يكون الأمر يستحيل معه الإبقاء على العلاقة التعاقدية بين الأطراف المعنية.

الاثار القانونية لإستخلاف المعاهدات عضوية المنظمات والهيئات الدولية

تختلف مسالة خلافة الدول في عضوية المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية طبقا لكل حالة من حالات الاستخلاف فإذا حلت دولة خلف محل دولة سلف يختلف عن ما إذا انفصل إقليم من دولة سلف وكون دولة جديدة أو حالة اندماج أو اتحاد دولة مع دولة فلكل حالة من هذه الحالات وضعها وحكمها في القانون الدولي.

الخلافة في عضوية المنظمات الدولية لا يمكن اكتسابها بالخلافة في حالة الانفصال كما في حالة جنوب السودان لان الدولة السلف دولة السودان لا تزال قائمة وتتمتع بالشخصية الدولية وتحتفظ بعضوية المنظمات الدولية.

لذا فعلى الدولة الخلف دولة جنوب السودان أن تتقدم بطلب لعضوية المنظمات الدولية كمنظمة الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الدولية وتعلن عن رغبتها في الانضمام لمنظمة الأمم المتحدة وتعلن التزامها بما ورد في ميثاق الأمم المتحدة وقد فعلت ذلك وأصبحت احدث دولة تنضم للأمم المتحدة في العام 2011م, فان الأمم المتحدة رفضت قبول عضوية باكستان تلقائيا كما ادعت الأخيرة أنها تستحق العضوية بأنها خلف مشارك مع الهند وطلبت منها الأمم المتحدة التقدم بطلب انضمام للمنظمة باعتبارها دولة جديدة.[2026]

(2022) نقلا عن عبد الكريم علوان، القانون الدولي العام، ج1، منشاة الإسكندرية للنشر والتوزيع، الإسكندرية 2007م ص 297.

(2023) محمد سعادى، مرجع سابق، ص 192 .

(2024) شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة، دار الهلبة للنشر والتوزيع، بيروت 1987م، ص 77.

(2025) المرجع نفسه، ص 77.

(2026)جعفر عبد السلام، مرجع سابق، ص 69.

كذلك ما حدث أبان الأزمة اليوغسلافية ثار جدل حول ما إذا كان ما حدث يعد انفصالا أو تفككا إذ ادعت جمهورية يوغسلافيا الاتحادية (صربيا والجبل الأسود) أن الجمهوريات التي أعلنت استقلالها قد انفصلت عن الاتحاد، وأنها هي أي جمهورية يوغسلافيا الاتحادية الدولة الخلف لاتحاد الجمهوريات اليوغسلافية الاشتراكية، لكن مفوضية التحكيم أفتت في الرأي العام رقم (1) بان الاتحاد يمر بمرحلة تفكك، وفي الرأي رقم (8) أفتت بان عملية التفكك قد اكتملت. وان اتحاد الجمهوريات اليوغسلافية الاشتراكية لم يعد له شخصية قانونية، وأفتت في الرأي رقم (10) بان جمهورية يوغسلافيا الاتحادية دولة جديدة وليست مواصلة ليوغسلافيا السابقة.[2027]

قرر مجلس الأمن في قراره رقم 777 بتاريخ 19 سبتمبر 1992 بان جمهورية يوغسلافيا الاتحادية (صربيا والجبل الأسود) لا يمكن أن تواصل بطريقة تلقائية عضوية يوغسلافيا السابقة في الأمم المتحدة، وأوصى المجلس بان تقرر الجمعية العامة انه على جمهورية يوغسلافيا الاتحادية التقدم بطلب عضوية الأمم المتحدة، وألا تشارك في أعمال الجمعية العامة إلا بعد استيفاء الإجراءات القانونية بعد تقديم طلب العضوية.[2028]

واستنادا للقانون الدولي وما أرسته الممارسات والسوابق فان على دولة جنوب السودان باعتبارها دولة جديدة أن تتقدم بطلب عضوية، وقد تقدمت دولة الجنوب السودان بطلب للانضمام للأمم المتحدة، وقبلت عضويتها في المنظمة الدولية للأمم المتحدة بقرارها رقم (67 19) بتاريخ 2012/11/29م ومنذ ذلك التاريخ أصبحت دولة جنوب السودان عضوا بالجمعية العامة للأمم المتحدة كأحدث دولة عضو في المنظمة الدولية لها كامل الحقوق وعليها كافة الالتزامات الدولية.

كما تقدمت دولة جنوب السودان بطلب انضمام لمنظمة الاتحاد الإفريقي وقبلت عضويتها وكذلك أصبحت عضوا في منظمة دول الإيقاد بينما لم تقدم دولة جنوب السودان طلب انضمام لجامعة الدول العربية التي كان وما يزال السودان عضواً فيها, كذلك لم تقدم دولة جنوب السودان طلب للانضمام لتجمع دول الساحل والصحراء والمعروف بـ(س ص) رغم أن السودان عضو في كل هذه المنظمات الإقليمية فلن تقبل عضوية دولة جنوب السودان إلا إذا تقدمت بطلب انضمام لهذه المنظمات والتجمعات فلا توجد خلافة تلقائية في المعاهدات المتعددة الأطراف, فعلي دولة جنوب السودان إذا أرادت الانضمام لهذه المنظمات والتجمعات الإقليمية والدولية فيلزمها أن تتقدم بإشعارات وطلبات للعضوية وفقا للأصول والنظم المتبعة لكل منظمة أو دولة وديعة للاتفاقية أو الاتفاقيات المنشأة لهذه المنظمات أو التجمعات الإقليمية .

يرى بعض شراح القانون الدولي أن الخلافة تكون تلقائية في حالة الاتفاقيات الشارعة مثل اتفاقيات حقوق الإنسان واتفاقيات القانون الدولي الإنساني بينما يرى فريق أخر من فقهاء القانوني الدولي أن إلزامية الحقوق والحريات التي كفلتها هذه الاتفاقيات يعود إلي أن أحكامها قد أصبحت عرفا دوليا، أو حقوقا مكتسبة لسكان الإقليم محل الخلاف وليس خلافة تلقائية للمعاهدات.[2029]

أما العضوية في المنظمات الدولية ذات الخصوصية مثل البنك الدولي وصندوق النقد الدولي فان الدولة السلف في حالة انفصال إقليم عنها وتكوين دولة جديدة فان الدولة السلف في حالة السودان لا تفقد عضويتها في البنك أو حقها في الحصص التي اكتتب فيها ومن ممارسات البنك الدولي أن على الإقليم المنفصل عن الدولة الأم (السلف) أن يتقدم بطلب عضوية وعند قبوله يكتتب في حصص البنك غير المخصصة لذا فان السودان يحتفظ بعضويته في البنك الدولي وصندوق النقد الدولي وعلى دولة جنوب السودان الحصول على عضوية البنك الدولي وصندوق النقد الدولي عبر الإجراءات العادية ويكتتب في الحصص غير المخصصة.[2030]

(2027) فيصل عبد الرحمن طه، السودان والقانون الدولي، مرجع سابق، ص 28.
(2028) المرجع نفسه، ص 28 .
(2029) فيصل عبد الرحمن علي طه، مرجع سابق، ص 30.
(2030) المرجع نفسه، ص 31.

إن المعاهدات التي أبرمتها الدولة السلف دولة السودان ومدى خلافة الدولة الخلف دولة جنوب السودان لهذه المعاهدات فان ذلك يخضع للقانون الدولي العرفي والممارسات الدولية واستنادا لاتفاقية فينا لخلافة الدول في المعاهدات لعام 1978م. وتجري خلافة الدولة وفقا لمعاهدة فينا في حالات محددة حالة الخلافة في نظم الحدود والنظم الإقليمية الأخرى مثل حقوق المياه في الأنهار وذلك بعدم تأثرها بالتغيرات التي تطرأ على شخصية الدولة التي تمارس السيادة على الإقليم فهي حقوق دائمة.

كما أخذت اتفاقية فينا بقاعدة الخلافة التلقائية في حالة انفصال أجزاء من دولة وظلت الدولة السلف قائمة فان معاهدات الدولة السلف تظل تلقائنا نافذة على الدولة الخلف.

الخاتمة:

وفي الختام توصات الدراسة الى عدد من النتائج والتوصيات وأهمها مايلي:

اولا: النتائج

الاستخلاف الدولى للمعاهدات ضرورة حتمية لتنظيم العلاقات بين الدول.

استخلاف المعاهدات والاتفاقيات من الدولة السلف للدولة الخلف يعد طريقة من طرق اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات فالدولة المستقلة حديثاً (الدولة الخلف) غير ملزمة بكل المعاهدات والاتفاقيات التي عقدتها الدولة السلف في المسائل السياسية والاقتصادية وعلاقتها الخارجية ولها الحق في تقرير مدي إمكانية سريان معاهدات الدولة السلف علي إقليمها وما يحقق مصالحها أما ما يتعارض مع سيادتها ومصالحها من اتفاقيات ومعاهدات فليست ملزمة لها.

اجمع الفقه والقضاء الدوليين علي استخلاف المعاهدات الإقليمية من الدولة السلف الي الدولة الخلف والتي لها صفه الاستقلال عن الشخصية القانونية للدولة السلف مثل معاهدات الحدود واستغلال المياه والمراعى وحرية الملاحة في الأنهار والممرات الدولية ومعاهدات الصيد في المياه الإقليمية، كما ضمن القانون الدولي الحقوق التقليدية العابرة للحدود للقبائل الحدودية كحق الرعي والزراعة وحفر الآبار ومصادر المياه الاخري وحريه الصيد وغيرها.

التغيير الجوهري في الظروف يعد سببا لعدم استخلاف المعاهدات أو الاتفاقيات في حق الدولة الخلف إذا كان يهدد مصالحها الحيوية أو يهدد بقاء الدولة نفسها علي أن تكون هذه الظروف هي الأسباب الرئيسة للالتزام بالمعاهدات وان تكون هذه الظروف غير متوقعه مثل الظروف الاقتصادية كالازمة المالية العالمية والازمات السياسية لكن قاعدة التغيير الجوهري للظروف لا تؤثر علي معاهدات الحدود فان عدم التزام احد الطرفين بالمعاهدة فهو مبرر لتنقيح المعاهدة وليس سببا من اسباب انهائها في الحالات الاستثنائية.

التوارث في عضوية المنظمات والهيئات الدولية بين الدولة السلف والدولة الخلف يختلف باختلاف اسباب حالات الاستخلاف في حالة التوارث بسبب الانفصال فان عضوية المنظمات الدولية لا يمكن اكتسابها لان الدولة السلف لا تزال قائمة وتتمتع بالشخصية الدولية وتحتفظ بعضوية المنظمات الدولية وعلى الدولة الخلف التقدم بطلب لعضوية المنظمات الدولية باعتبارها دولة جديدة.

ثانيا: التوصيات:

تشكيل لجنة من خبراء القانون الدولى لاقرار مشروعات قوانين لإدخال تعديلات على معاهدات فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 ومعاهدة فينا للاستخلاف الدولى بشأن المعاهدات لسنة 1978 واتفاقية فينا لسنة 1983 بشان خلافة الدول بعد مرور أكثر من 40 عاما عليها لمواكبة المتغيرات في المجتمع الدولي.

إجراء بحوث ودراسات مفصلة من قبل خبراء القانون الدولى والمراكز البحثية والباحثون من طلاب الدراسات العليا بالجامعات لموضوعات التوارث والاستخلاف في القانون الدولى من خلال دراسة الاتفاقيات الدولية لوجود بعض القصور في هذه الاتفاقيات وعدم شموليتها لكل موضوعات التوارث والاستخلاف فضلا عن مرور ما يقارب الاربعين عاما عليها ولمواكبة التغيرات التي طالت المجتمع الدولى بأسره.

إقامة مؤتمر دولى تحت رعاية لجنه القانون الدولى بالامم المتحدة للنظر في قضايا الثورات والاستخلاف الدولى القائمة في الوقت الراهن حول كيفية التوارث في الديون الخارجية والثروات البترولية والمياة والحدود وما يسمى بغطاء العملة والنقد الأجنبي في البنوك المركزية واصدار موجهات وتوصيات للاستهداء بها من قبل كل الدول لحل المسائل المختلف حولها.

إنشاء منتدى دولى يجمع خبراء وفقهاء القانون الدولى من مختلف الدول وبصورة دورية منتظمة لتبادل الخبرات والتجارب وتقييم المستجدات في قضايا التوارث والاستخلاف ووضع المعايير والضوابط القانونية لزيادة التعاون علي المستوى الإقليمي والدول

المصادروالمراجع:

المصادر:

القران الكريم.

السنة النبوية

المراجع:

- أبو الحسين احمد بن زكريا بن فارس المتوفي سنة 395هـ، معجم مقاييس اللغة، دار احياء التراث، العربي الطبعة الأولى، بيروت، 1429هـ، 2008م، ص309.
- جعفر عبد السلام، مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م، ص 324.
- شريف عبد الحميد حسن، الحدود الدولية وأهميتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013م.
- د محمد طلعت الغنيمي، الاحكام العامة في قانون الامم ، منشاة معارف الاسكندرية، الإسكندرية، 1970م، ص 36.
- د. هشام على صادق، اثار الاستخلاف في ضوء الوحدة العربية الليبية، منشاة المعارف الإسكندرية، الإسكندرية، 1973م، ص12.
- سعيد سالم جويلي، الاستخلاف الدولي في المسئولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص310.
- محمود سامي جنيه، القانون الدولي العام، بحوث في قانون الحرب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م، ص 139.
- حسن الجلبي، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، بغداد، 1964م ، ص 397.
- عدنان موسي النقيب، السيادة في ظل التنظيم الدولي المعاصر، رسالة دكتوراة، غير منشورة، جامعة عين شمس، 1975م، ص 35.
- د. سعيد سالم جويلي، الاستخلاف الدولي في المسئولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص39.
- عزالدين فودة، الدور التشريعي للمعاهدات في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد السابع والعشرون، 1971م، ص 135-136.
- محمد حافظ غانم، المعاهدات دراسة لاحكام القانون الدولي وتطبيقها على العالم العربي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة 1961م، ص 28.
- جعفر عبد السلام، دور المعاهدات الشارعة في العلاقات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد السابع والعشرون 1971م، ص 67.
- محمد مجدي مرجان، آثار المعاهدات بالنسبة للدول غير الأطراف، رسالة دكتوراة (غير منشورة)، جامعة القاهرة كلية الحقوق 1981م، ص442.
- نقلا عن عبد الكريم علوان، القانون الدولي العام، ج1، منشاة الإسكندرية للنشر والتوزيع، الإسكندرية 2007م ص 297.
- شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة، دار الهلبة للنشر والتوزيع، بيروت 1987م، ص 77.
- حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م.

- فيصل عبد الرحمن علي طه، مسالة جنوب السودان في سياق تاريخي، مركز عبد الكريم ميرغني، السودان، امدرمان، 2012م.

المعاهدات والاتفاقيات :

1- معاهدة فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969

2- معاهدة فينا للاستخلاف الدولي بشأن المعاهدات لسنة 1978

3- اتفاقية فينا لسنة 1983 بشان خلافة الدول.

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

قيام التّنازع الدّولي للإجراءات القضائيّة في القانون التّونسي

The arise of international conflict of judicial procedures in Tunisian law

الباحث الأول: الدكتور فيصل محجوب
أستاذ مساعد بكلية الحقوق بجامعة ظفار
الباحث الثاني: الدكتور محمد المدني الشريف،
أستاذ مشارك بكلية الحقوق بجامعة ظفار

ملخص

يتطرّق هذا البحث إلى إشكالية قيام التنازع الدولي للإجراءات القضائيّة. ويُعتبر هذا المصطلح حديثا نسبيّا حيث تركّز الحديث عن تحديد الاختصاص القاضي الدّولي لمحاكم الدولة بمعزل عن فكرة تنازع الاختصاص القضائي. ويأخذُ هذا التّنازع شكل تنازع الدّعاوى الجارية وتنازع الأحكام القضائيّة وهما الشّكلان الغالبان في تنازع الإجراءات القضائيّة واللّذان أسالا الكثير من الحبر في كلّ من الفقه وفقه القضاء في مختلف الأنظمة القانونيّة. غير أنّ معظم الدّراسات التي تعرّضت إلى هذه المسألة تناولتها من زاوية البحث عن الحلول الملائمة لحلّ هذا النّوع من التّنازع في حين أنّ البحث في مفهوم تناقض الإجراءات وتحديده يُعتبر مسألة أوّلية تُؤثّر في وجود التّنازع ذاته وفي نطاقه وهي إشكالية عويصة في القانون الدّولي الخاص. ويقتضي حل هذا الإشكال البحث في بعض المسائل المُحددة والمُؤثّر في قيام التّنازع الدّولي للإجراءات تتمثل في تناقض الدّعاوى والأحكام، وأثر الإذن بالتّنفيذ على قيام تنازع الأحكام القضائية، والقانون المُنطبق على شروط التّناقض. ويتعرّض البحث إلى هذه المسائل أساسًا من خلال القانون التونسي.

الكلمات المفاتيح: تنازع الإجراءات القضائية الدولية-تنازع الاختصاص القضائي الدّولي- التّنازع الدّولي للأحكام القضائيّة- التّنازع الدّولي للدّعاوى القضائيّة-تنفيذ الأحكام القضائيّة الأجنبيّة- اتّصال القضاء بالأحكام القضائيّة الأجنبيّة.

Abstract

This research addresses the problem of the international conflict of judicial procedures. This term is considered relatively new, as the discussion focused on determining the international jurisdiction of state courts, separate from the idea of conflict of jurisdiction. This conflict takes the form of conflict of ongoing actions and conflict of judicial judgments, which are the two most prevalent forms of conflict of judicial procedures and which have shed a lot of ink in both doctrine and jurisprudence in various legal systems. However, most studies that have addressed this issue have approached it from the perspective of searching for appropriate solutions to resolve this type of conflict, while research into the concept of conflict of procedures and its definition is considered a primary issue that affects the existence of the conflict itself and its scope, which is a difficult problem in private international law. Resolving this problem requires examining some specific issues that affect the existence of international conflict of procedures, such as the contradiction of actions and judgments, the effect of the exequatur on the occurrence of conflict of judicial judgments, and the law applicable to the conditions of contradiction. The research addresses these issues primarily through Tunisian law.

Keywords: International conflict of judicial proceedings -International jurisdictional conflict - International conflict of judgments - International conflict of actions - Enforcement of foreign judicial decisions – Res judicata

المقدمة

يعتبر مصطلح تنازع الإجراءات مصطلحا حديثا نسبيّا في فقه القانون الدولي الخاصّ وذلك بالنّظر إلى الطبيعة الأحادية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي. وعادة ما يقع استعمال هذا المصطلح للتّدليل على وضعية تنازع الدعاوى الجارية "Litispdendance" في نظامين قضائيين دوليين. غير أنّ تنازع الدّعاوى الجارية ليس الشّكل الوحيد للتّنازع الدّولي للإجراءات حيث يشمل هذا التّنازع أيضا تنازع الدّعاوى المفصول فيها بأحكام قضائية. ويتوسّط هذين الشّكلين من التّنازع شكل آخر يتمثّل في تنازع حكم قضائي مع دعوى جارية.[2031]

قد لا يستقيم بداهة الحديث عن تنازع الإجراءات القضائيّة على المستوى الدّولي من جهة النّظام القانوني لدولة القاضي. فكلّ دعوى قضائيّة تمارس داخل هذا النّظام وفق ما تمليه قواعد اختصاصها القضائي الدّولي. فتعهّد المحكمة بالنّزاع الدّولي يتمّ وفق ما يُحدّده هذا النّظام من حالات اختصاص بقطع النّظر عن اختصاص القاضي الأجنبي بالنّزاع نفسه. فقواعد الاختصاص القضائي الدّولي تُعتبر من القواعد الأحاديّة التي تُحدّد بصفة سياديّة اختصاص محاكم الدّولة، وعليه فإنّه لا يُمكن وفق هذا المُعطى أن يقوم تنازع بين الدّعاوى المرفوعة لدى محاكم دول على شاكلة تنازع القوانين الذي يفترض ثنائيّة قواعد الاختصاص. ولعلّ هذا المعطى هو الذي جعل الفقه يستعمل في غالب الأحيان مُصطلح الاختصاص القضائي الدّولي عوضًا عن مصطلح تنازع اختصاص المحاكم لتعلّق الأمر بالتّحديد الأحادي للاختصاص القضائي بمنأى عن فكرة التّنازع. غير أنّ هذه الخاصّية لا تنفي في كُنهها فكرة تنازع الاختصاص القضائي الدّولي إذا تناولنا طرح الموضوع من جهة قابليّة كلّ نظام قانوني بأن يختصّ بالنّزاع الدّولي وفق قواعد اختصاصه لما لكلّ اختصاص من تأثير على الآخر حال تنفيذ الأحكام القضائيّة وذلك خاصّة إذا اتّخذ التّنفيذ موضوعا له أموالا كائنة بدولة غير الدّولة التي صدر عنها الحكم المطلوب تنفيذه وكانت محاكمها هي أيضًا مختصّة وفق قواعد اختصاصها القضائي الدّولي.

وحالة التّنازع هذه هي التي تحملُ الدّول على أن تتبنّى في قالب اتّفاقيات دولية قواعد مُوحّدة لتنازع الاختصاص القضائي الدّولي وفق قواعد اختصاص ثنائيّة على شاكلة القواعد "السّافينيّة" لتنازع القوانين وذلك لتفادي تضارب الأحكام وتسهيل تنفيذها داخل كلّ نظام قانوني للدّول المُتعاهدة. وتقوم هذه الاتّفاقيات بتوزيع الاختصاص القضائي الدّولي وفق نفس تقنية قواعد تنازع القوانين بين البلدان المُتعاهدة ولكن مع فارق أنّ الدّول المُتعاهدة تلتزم بتطبيق تلك القواعد وقبول الاختصاص وفقها. فقواعد تنازع القوانين أو ما يُعبّر عنه بقواعد الإسناد لا تفرضُ على النّظام القانوني الأجنبي تطبيق قانونه رغم تبنّيها التّقنية الثّنائية بل إنّها تُعتبر محاولة من جهة النّظام القانوني لدولة القاضي لتوزيع الاختصاص التّشريعي الدّولي بين الدّول التي ترتبط الوضعيّة الدّولية بها داخل نفس هذا النّظام بقطع النّظر عن مآل هذا التّوزيع في النّظام القانوني الأجنبي. ويُؤسّسُ هذا التّوزيع على عدّة اعتبارات منها التّعاون الدّولي. ولا تمُكّن هذه التّقنية من حلّ نهائيّ لتنازع القوانين إلاّ إذا قبل النّظام القانوني لدولة القاضي هذا التّوزيع وذلك بالاعتراف أو بتنفيذ الحكم الأجنبي.

وسواءً تعلّق الأمر بتحديد الاختصاص القضائي الدّولي أو بتحديد الاختصاص التّشريعي الدّولي فإنّ أيّ وضعيّة قانونيّة دوليّة تقتضي تنازع كلاّ من الاختصاصين التّشريعي والقضائي الدّوليين رغم أن قواعد هذا الاختصاص الأخير لا تهتمُّ داخل النّظام القانوني للدّولة بتوزيع هذا الاختصاص بل بتحديده أُحاديّا فقط. ولا ينفي هذا التّحديد الأُحادي وجود تنازع الاختصاص القضائي الدّولي الذي يظلّ قائما إلى حين قبول قاضي الدّولة تنفيذ الحكم الأجنبي والاعتراف باختصاص المحكمة التي أصدرته. ويُبرّر هذا التّحديد الأحادي بتعلّق هذا الاختصاص بسيادة الدّول حيث لا يمكن لمحكمة داخل نظام قانوني لدولة ما فرض التّعهد بالنّزاع على محكمة داخل نظام قانوني لدولة أخرى، ولكن لا تُضارّ سيادة الدّولة المُتعهّدة بالنّزاع بتطبيق قانون دولة أجنبيّة يتعلّق بمصالح خاصّة.

2031 M.- L. NIBOYET, Les conflits de procédures, In : Droit international privé : travaux du comité français de droit international privé, 13ᵉ année, 1995-1998.2000.p.71.

ورغم أنّ الاختصاص القضائي الدّولي ينتمي إلى صنف القواعد التي تُؤسّس على اعتبارات سياديّة إلاّ أنّ الاعتراف بالدّعاوى الأجنبية سواء أكانت جارية أم وقع الفصل فيها بأحكام لم يعُد محلّ جدل لتطوّر العلاقات الدّولية خاصّة فيما يتعلّق بتنظيم العلاقات الخاصّة. فمن الثّابت أن تغليب المنطق الأُحادي يُقصي فكرة تنازع الدّعاوى القضائيّة من أساسها وهو ما لم يعُد مقبولا في ظلّ تكريس أغلب الأنظمة القانونيّة لمبدإ التّعاون القضائي الدّولي[2032] والاعتراف المُتبادل بالأحكام القضائيّة في النّزاعات المتعلّقة بمادّة القانون الخاص وذلك خاصّة من خلال اتّفاقيات التّعاون القضائي الدّولي. فقد تعدّدت الأُسُس الفقهية للاعتراف بالدّعاوى الأجنبية وقبول آثارها داخل النّظام القانوني لدولة القاضي، حيث ذهب اتّجاه إلى تأسيس هذا الاعتراف على احترام الحقوق المكتسبة وذلك خاصّة بالنّسبة للدّعاوى المفصُول فيها بأحكام قضائيّة، والعلّة في ذلك أن تدخُّل القاضي كسلطة عامّة يُنشئ حقوقا بمقتضى الحكم الذي يُصدره[2033] وأنّ تحديد هذه السّلطة لا يطرح أيّ إشكال على خلاف تحديد الحقوق المكتسبة في مادّة تنازع القوانين التي تتطلّب تحديد القانون الذي بواسطته تكتسب هذه الحقوق[2034]. وذهب اتّجاه آخر في الفقه الإيطالي إلى تأسيس هذا الاعتراف على فكرة تأميم أو تجنيس الأحكام الأجنبيّة للقول بإنتاج آثارها الإجرائيّة وقبولها داخل النّظام القانوني لدولة القاضي. وذهب اتّجاه آخر إلى تأسيسه على فكرة التّكافؤ الوظيفي بين الأنظمة القضائيّة. وهذا التّكافؤ من شأنه أن يُبرّر الاعتراف بآثار الإجراءات القضائيّة الأجنبيّة.[2035] وتتعلّق هذه الآثار بالنّسبة للأحكام القضائيّة بالفاعليّة المادّية للحكم والمُتعلّقة بتغيير الوضعيّة المادّية للأطراف بمقتضى السّلطة السّياديّة للدّولة الأجنبيّة. وأمّا في خُصوص الدّعاوى الجارية ونظرا لكون المحكمة الأجنبية لم تُغيّر بعدُ من الوضعيّة المادّية للأطراف المُتنازعة، فإنّه لا يمُكن الحديث عن فاعليّة مادّية للدّعوى بل عن فاعليّة إجرائيّة تهدف إلى تغيير الوضعيّة المادّية للأطراف وذلك بالفصل في الدّعوى.

ويُستخلص من هذه الملاحظات أنّ الدّعاوى القضائيّة المرفوعة أمام محاكم مختلفة في خصوص نفس الموضوع تكُون هي أيضًا موضوعا لتنازع الاختصاص القضائي الدّولي باعتبار أنّها تُجسّد واقعيّا تنازع قواعد الاختصاص القضائي الدّولي للنُّظم القانونيّة المُتّصلة بالوضعيّة الدّولية محلّ النّزاع. وقد يتطوّر هذا التّنازُع إن لم يقع الفصل فيه مُبكّرا إلى تنازُع بين الأحكام القضائيّة وما يستتبعُه من تنازع للإجراءات القضائيّة عند الفصل في الدّعاوى المرفوعة لدى محاكم كلّ دولة معنيّة بالنّزاع. ويُعبّر الفقه عن هذا النّوع من التّنازع بتنازع الإجراءات ويشملُ ثلاثة أنواع من الوضعيات الإجرائيّة نذكرها على التّوالي:

تتعلق الوضعيّة الأولى والمشمُول بها تقليديّا تنازع الإجراءات بحالة تنازع دعويين جاريتين في دولتين لم يصدر في شأنهما بعدُ أحكام قضائيّة وهي حالة تنازع الدّعاوى الجارية وهي ما يُعبّر عنها باللّغة الفرنسية "Litispendance" وباللّغة اللاتينية " Lis alibi pendens". ويُستعمل الفقهاء العرب مصطلح "الدّعاوى المعلّقة" كترجمة لكلمة "Pendens" ولكن نميل إلى ترجمة هذا المصطلح بالدّعاوى الجارية أو بالدّعاوى قيد النّظر لأنّ المقصود بها هو الدّعاوى المرفوعة والتي لم يُفصل فيها بعدُ وليس المعلّقة بمعنى وقع تأجيل النّظر فيها. وما تعليق الدّعوى أو وقفها إلاّ القاعدة المُخصّصة لحلّ هذا التّنازع. وتتعلّق الوضعيّة الثّانية بتنازع دعوى جارية

2032 K. MEHTIYEVA, La notion de coopération judiciaire, , préf. Loïc Cadiet, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 597, 2020 ; Sophie CHALAS-KUDELKO, La coopération en droit international privé, Originalités d'une méthode, Thèse soutenue le 31 janvier 2014, Université Paris Ouest, Soustraite de : https://bdr.parisnanterre.fr/theses/internet/2014PA100015.pdf (05/22/2024)

2033H. MUIR WATT,« Quelques remarques sur la doctrine anglo-américaine des droits acquis », Rev. crit. DIP, 1986, p. 425 ; B. Ancel, Eléments d'histoire du droit international privé, Panthéon-Assas Paris II, 2017 .Gilles Cuniberti, Le fondement de l'effet des jugements étrangers, Académie de Droit International de La Haye, 2019K, n°14, p 28.

2034 P. MAYER et V. HEUZE, Droit international privé, LGDJ Lextenso, 11e édition, 2014, no 114 ; M.-L. Niboyet et G. GEOUFFRE de la PRADELLE, Droit international privé, LGDJ, 3e édition, 2011, n° 151.

2035 D. HOLLEAUX, Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, Paris 1970, n° 175 et les auteurs italiens cités ; P. MAYER, La distinction des règles et des décisions, Paris. Dalloz. 1973, n°215 .

أما محكمة دولة ودعوى فُصل فيها بحكم أمام محكمة دولة أخرى. وتتعلّق الوضعيّة الثّالثة بدعاوى وقع الفصل فيها من محاكم دولتين وهو ما يُعبّر عنه بتنازع الأحكام.[2036]

وعرفت هذه الوضعيات الثّلاثة أهمّ تطبيقات لها في مادّة الأحوال الشّخصية سواء أكان ذلك أمام المحاكم التّونسية أو أمام المحاكم الأجنبيّة لخصوصيّة هذه المادّة ولتشبّعها بالمسائل الحضاريّة التي تحملُ كلّ فرد على التّداعي أمام محاكم بلده قصد تطبيق قانونه الشّخصي لميل طبيعي له في ذلك.[2037]

ويُعتبر التّنازع الدّولي للإجراءات نتيجة حتميّة للاعتراف بالوظيفة القضائيّة الأجنبيّة. فمن الثّابت أنّ تغليب المنطق الأُحادي يُقصي فكرة تنازع الدّعاوى القضائيّة من أساسها، وهو ما لم يعُد مقبولا في ظلّ تكريس أغلب الأنظمة القانونيّة لمبدإ التّعاون القضائي الدّولي والاعتراف المُتبادل بالأحكام القضائيّة في النّزاعات المُتعلّقة بمادّة القانون الخاص. غير أنّ التّنازع الدّولي للدّعاوى والأحكام القضائيّة لا ينشأ،بمجرّد تعدّدها في أكثر من نظام قانوني بل يجب أن تتوفّر مجموعة من الشّروط تمنع تنفيذها معًا داخل النّظام القانوني لدولة القاضي ويقوم بتحقُّقها تنازع الإجراءات القضائيّة. وعليه يُطرح التّساؤل حول تحديد شُروط قيام تنازع الإجراءات القضائيّة في النّظام القانوني التّونسي وعن مختلف المشاكل القانونيّة التي تطرحها.

تجدر المُلاحظة أنّ هاته الشّروط ليست خاصّة في مُجملها بتنازع الإجراءات القضائيّة فبعضها يُطرح بمناسبة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية مثل اكتساب الحكم الأجنبي لخاصيّة اتّصال القضاء به، ومدى خضوع هذه الأخيرة لإجراء الإذن بالتّنفيذ. ولكن ما يُميّز دراسة هذه الشّروط في هذا الخصوص هو أنّها تندرجُ ضمن تنافس الدّعاوى المدنيّة. لأنّه في حالة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبيّة يتعلّقُ الأمر عادة بمقبوليّة الحكم الأجنبي في النّظام الإجرائي لدولة القاضي وذلك بمعزل عن فكرة تنازع الأحكام القضائيّة. فعندما تتنازع الدّعاوى أو الأحكام القضائيّة يستشكلُ الأمر عند تحديد معيار التّناقض بين الدّعاوى وبين الأحكام القضائيّة وتتنافس القوانين الإجرائيّة في تحديد تلك الشّروط.

وتبرز أهمّية دراسة تلك الشّروط في ظلّ غياب تنظيم لها صُلب مجلّة القانون الدّولي الخاص. وفي ما عدا بعض الفصول التي يمُكن استقراء بعض الحلول منها في تحديد تلك الشّروط وبعض الفصول في مجلّة الالتزامات[2038] والعقود التي تفتح الباب أمام الاختلاف في تأويلها، تبقى الكثير من المسائل محلّ مضاربة فكريّة يصعُب الجزم فيها مثل اكتساب الحكم الأجنبي لقوّة اتّصال القضاء وأثر هذه الخاصيّة في النّظام القانوني لدولة القاضي، وهو ما يستدعي وضع تصوّر يُوازن بين متطلّبات سيادة الدّولة ومتطلّبات التّعاون الدّولي واحترام الحقوق المُكتسبة في كلّ المسائل المُتّصلة بتنازع الدّعاوى والأحكام القضائيّة، وتبعا لذلك إيجاد حلول لهذا التنازع تُوازن بين سيادة الدّول والمصالح الخاصّة للمتقاضين.

يؤدّي الاعتراف بالوظيفة القضائيّة الأجنبية سواء كان ذلك على أساس اتّفاقي أو تشريعي[2039] أو على أيّ أساس نظري آخر إلى نشأة حالات تنازع بين الإجراءات القضائيّة. غير أنّ التّنازع الحقيقي لا ينشأ بمجرّد تعدّد الدّعاوى والأحكام في خصوص نفس

2036 M- L. NIBOYET, Les conflits de procédures, In : Droit international privé : travaux du comité français de droit international privé, 13ᵉ année, 1995-1998.2000.pp71-95.

2037 M.-L. NIBOYET, op.cit. ; S. BEN ACHOUR, Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé tunisien, Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé tunisien. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 65 n°2,2013. pp. 287-317; M-C. NAJM, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, Dalloz. 2003.

2039يعترف المشرّع التونسي ضمنا بالفصل 11 من مجلّة القانون الدّولي الخاص بالوظيفة القضائية الأجنبية ويسمح وفق شروط مُحدّدة بتنفيذ الأحكام الأجنبيّة، وفي ما عدا الحالات التي تتطلّب إجراء التّنفيذ فإنّ نفس الفصل 12 يعترف ضمنا بالقرارات الأجنبيّة ويُرتّب عليها بعض الآثار آليّا بصفة صريحة حيث يمنحُها قوّة ثبوتيّة أمام المحاكم والسّلط الإدارية التونسية، في حين أنّ الفصل 13 من نفس المجلّة يُكرّس في خصوص نوعًا من الأحكام القضائيّة الاعتراف بحكم القانون "Reconnaissance de plano" . كما أنّ الفصول 14 و16 من نفس المجلّة تُكرّس صراحة دعوى عدم الاعتراف بالأحكام" Action de non-reconnaissance"، وهو ما يُفيد ضمنا أنّ الاعتراف بالأحكام الأجنبية لا يتطلب دعوى خاصّة بل هو مُكرّس بحكم القانون، وهو ما أقرّه فقه القضاء التّونسي في عديد الأحكام المتعلّقة في خصوص الدّفع باتّصال القضاء بالأحكام الأجنبية في مواجهة دعاوى أمام المحاكم التّونسية. يراجع في هذا الخصوص:

الموضوع بل يجب أن تتناقض هذه الدّعاوى والأحكام بشكل يمنع تنفيذها معًا في الآن نفسه داخل نفس النّظام القانوني الواحد (الجزء الأوّل). غير أنّ تحديد هذا التّناقض في التّنازع الدّولي للإجراءات يقتضي بالنّسبة لتنازع الأحكام القضائيّة البتّ في أثر شكليّة الإذن بالتّنفيذ على قيام التّناقض بينها، (الجزء الثّاني) ويقتضي بالنّسبة لمختلف حالات التّنازع البتّ في مسألة تنازع القوانين حول شروط التّناقض، فالقانون المُنطبق هو الذي يُحدّد نطاق التّناقض ومداه (الجزء الثّالث).

الجزء الأول
تناقض الدّعاوى والأحكام القضائيّة

لم تنصّ مجلّة القانون الدّولي الخاص على شرط تناقض الدّعاوى والأحكام القضائية المُتنازعة، ولكن هذا الشّرط يُفترض بداهةً لأنّه لا يمُكن اعتبار وجود تنازع في غياب تناقض للدّعاوى وللأحكام القضائيّة. فالتّناقض يمنع تنفيذها معًا ممّا يتوجّب معه الفصل في التّنازع لصالح دعوى أو لصالح حكم. ويُوجد التّناقض بالنّسبة للأحكام عندما تتناقض في منطوقها وتتعلّق بنفس الخصوم وذات الموضوع والسّبب. ويجد هذا الشّرط سندًا له في الفقرة الخامسة من الفصل 175 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة رغم تعلّقها بحالات تنازع الأحكام الوطنيّة، حيث نصّت على أنّه يمُكن الطّعن بالتّعقيب في الأحكام النّهائية الدّرجة إذا كانت هناك أحكام مُتناقضة في نصّها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسّبب.

وينتج عن هذا الشّرط أنه لكي يقوم التّناقض بين الأحكام القضائيّة يجب أن يتسلّط التّناقض على ما وقع الفصل فيه من موضوع النّزاع وأن يتعلّق بنفس الأطراف وبذات الموضُوع والسّبب. فإذا انتفى أحد هذه الشّروط الفرعيّة انتفى التّناقض وجاز تنفيذ الحكم الأجنبي ببقيّة الشّروط المنصوص عليها بمجلّة القانون الدّولي الخاص. وتحُيلنا شُروط التّناقض هذه إلى مفهوم اتّصال القضاء بالأحكام[2040] ووحدة ما قُضي فيه من نزاع. ويُستخلص من هذا الفصل أنّ خاصيّة اتّصال القضاء تهدف إلى منع تضارب الأحكام وإن كان الهدفُ منها أساسًا هو وضع حدّ للتّقاضي واستقرار الوضعيّات القانونية لأنّ قرينة اتّصال القضاء لا تهمّ النّظام العام بل المصلحة الخاصّة للمتقاضين ويتوقّف الدّفع بها لمن توفّرت له مصلحة في إثارتها وذلك طبقا للفصل 481 من مجلّة الالتزامات والعقود. غير أنّ هدفها الأساسي هذا لا ينفي ارتباط خاصيّة اتّصال القضاء بهدف منع تضارب الأحكام لأنّه إذا لم يقع الدّفع بها في نطاق دعوى ثانية بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسّبب يُمكن أن يقوم التّناقض إذا اختلف الأحكام في منطوقها.

وأمّا في خصوص تنازع الدّعاوى فإنّه لا يمكن الحديث عن شرط تناقض نصوص الأحكام لأنّ الأحكام لم تصدر بعد، فهي دعاوى جارية لم يقع البتّ فيها بأحكام نهائيّة قابلة للتّنفيذ. ولكن رغم ذلك يمكن الحديث عن تناقض الدّعاوى بالنّظر إلى اتّحادها من جهة الموضوع والسّبب والأطراف، وهي نفس شروط استثناء اتّصال القضاء بالأحكام. فاتّحاد الدّعاوى في مجُمل عناصرها يُؤشّر لتناقضها المستقبلي.

ونجد في فقه القضاء المتعلّق بالنّزاعات الدّاخلية ما يُشير صراحة إلى منع تضارب الأحكام كهدف من أهداف قرينة اتّصال القضاء، حيث ورد في قرار تعقيبي مدني صادر عن الدّوائر المجتمعة تحت عدد 39190 بتاريخ 4 جويلية 1997 أنّ " اتّصال القضاء قرينة من القرائن القانونيّة ومبناها أنّ الحقيقة القضائيّة قاطعة ولا يجوز معها إعادة نشر النّزاع بدعوى جديدة استشعارا في ذلك بما يفرضه القانون من حجّية مُطلقة للأحكام يتحقّق بها حسن سير العدالة ويمنعُ بمقتضاها النّظر مُكرّرا في ذات النّزاع المقضي فيه حتّى لا تتجدّد النّزاعات وتتعارض الأحكام في نفس الموضوع وبين نفس الخصوم ولنفس السّبب وهذا كفيل بضمان الاستقرار من

A. MEZGHANI, Commentaires du Code de droit international privé, Tunis. CPU. 1991. p.191 ; S. BEN ACHOUR, La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien, Tunis. CPU. 2017,p 67-73,168-172 .

2040 وقابلها في القانون الفرنسي: " L'autorité de la chose jugée"، و في القانون الأنجلوسكسوني: "Res Judicata"

النّاحيتين الاقتصادية والاجتماعية وذلك ما يُستروح من الفصل 481 من مجلّة الالتزامات والعقود ".2041 وفي في قرار آخر صادر عن نفس الدّوائر بتاريخ 2008 أنّ "قرينة اتّصال القضاء من القرائن القانونية المقرّرة بالفصل 481 من مجلّة الالتزامات والعقود، وخوّل الاحتجاج بها متى توفّرت شُروطها المُتمثّلة في أن يكون موضوع الطّلب واحدا وسببه واحدا وأن تكون الدّعوى بين نفس الخصوم الصّادر بينهم الحكم وبعين الصّفة السّابقة في الطّالب والمطلوب وذلك لوضع حدّ للنّزاع وحتّ لا يتكرّر وحتّ لا تتناقض الأحكام في الخصومة الواحدة".2042

وعلى الصّعيد الدّولي نجد في فقه القضاء التّونسي ما يُؤيّد هذا التّرابط بين اتّصال القضاء بالحكم وتناقض الأحكام، حيث استندت عديد الأحكام القضائيّة إلى قرينة اتّصال القضاء ومبدأ التّعاون الدّولي وحسن سير القضاء لرفض قبول دعوى في نفس الغرض والسّبب وبين نفس الأطراف لكون هذا القبول يُؤدّي إلى وجود حكمين في نفس الموضوع وهو ما ينجرّ عنه أساسًا تضاربًا للأحكام. وعلى سبيل المثال جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بتونس في قرار عدد15886 مؤرخ في 13 أفريل 2005 أنّ "الحكم الأجنبي الذي اتّصل به القضاء من القرائن القانونيّة عملا بالفصل 480 من مجلّة الالتزامات والعقود والعقود ويترتّب عليه إجرائيّا عدم إمكانيّة إعادة النّظر في الموضوع الذي بتّ فيه بين نفس الأطراف من جديد من طرف محكمة أخرى. طالما ثبت صدور حكم فرنسي قاض بالطّلاق بين الزّوجين بطلب من الزّوجة الفرنسيّة وقد استنفذ طرق الطّعن فيه ولم تشبه أيّة إخلالات تمنع من الاعتراف به، ممّا يعني أن طرفيه أصبحا في حكم المطلّقين، فإنّه لا يُمكن للمحاكم التّونسية إعادة النّظر في نفس طلب الطّلاق المرفوع من الزّوج التّونسي بإصدار حكم جديد بينهما وإلاّ آل الأمر إلى وجود حكمين في نفس الموضوع وهو ما يتنافى ومبدأ التّعاون الدّولي وحسن سير القضاء".2043 وفي نفس السّياق جاء في حكم لمحكمة ناحية تونس تحت عدد83278 بتاريخ 6 نوفمبر 2003 أنّه " بقطع النّظر عن البحث في مسألة الاعتراف بمؤسّسة التّفريق الجسدي في القانون التّونسي وترتيب الآثار القانونيّة للأحكام الأجنبيّة الصّادرة بها بين زوجين تونسيين فوق التّراب التّونسي من عدمه، فإنّ القاضي التّونسي، وتجسيما لمبدإ التّعاون الدّولي، لا يمكنه سوى الاعتراف بحجيّة ما قضت به تلك الأحكام، بصورة عرضيّة، متى تعلّق النّزاع المعروض أمامه بين نفس الأطراف وفي نفس الموضوع الذي بتّ فيه الحكم الأجنبي(ولو في أحد فروعه). ويُشترط أن يكون ذلك الحكم أو أحد فروعه متمتّعا بقوّة الأمر المقضي به بالبلد الذي صدر به وعليه الامتناع عندئذ عن اصدار حكم جديد بين الطّرفين وإلاّ آل الأمر إلى وجود حكمين في نفس الموضوع..".2044

وفي قرار حديث لمحكمة التّعقيب صادر تحت عدد 80677 مؤرخ في 10 مارس 2021 كانت المحكمة أكثر وضوحا في اشتراط التّناقض بين الأحكام، حيث يتعلّق القرار بمسألة تتمثّل في معرفة إن كان الحكم الجزائي الصّادر عن المحكمة التّونسية في إيقاف التّتبعات بموجب خلاص معاليم النّفقة يمنع تنفيذ الفرع المدني من الحكم الجزائي الأجنبي القاضي بتغريم المطلوب وهل أنّه يتعارض مع النّظام العام التونسي ولا يُمكن إكساؤه بالصيّغة التّنفيذية لأنّ القرار الأجنبي قد أدان المطلوب وحمّله غرامة تعويضيّة من أجل عدم خلاص معيّنات النّفقة حال أنّ المدّعية قد تسلّمت جميع مستحقّاتها واتّصل القضاء بالموضوع ومنه لا يمكن إكساء الحكم الأجنبي بالصّيغة التّنفيذية لأنّه يخالف ما اتّصل به القضاء في تونس. وأجابت المحكمة عن هذه المسألة أنّ " إيقاف المحاكمة بموجب الخلاص لا يعني انقراض الدّعوى الجزائيّة ولا يعني أنّ الجريمة غير موجودة ومنه يصحّ القيام بالدّعوى النّاجمة عن الجريمة وعليه فإنّ الحكم بالإدانة من المحكمة الأجنبيّة أو بإيقاف المحاكمة من تونس يُؤول إلى نفس النّتيجة وهو وجُود المُتضرّر من الجريمة. وبالتّالي لا يُوجد تعارض بين الحكم الإيطالي والحكم التّونسي في إيقاف المحاكمة ولا يتكوّن منه مخالفة للتّشريع التّونسي أو تعارض مع النّظام العام التّونسي خلافا لما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه بما يصحّ معه القول بتوفّر موانع الإكساء بالصّيغة التّنفيذية على معنى الفصل 11 من مجلّة القانون الدّولي الخاص طالما تعلّق الإكساء بالفرع المدني المُترتّب عن

2041 عصام الأحمر، فقه قضاء الدّوائر المجتمعة، تونس 2011، ص 40 .

2042 نفس المرجع، ص 40.

2043 قرار غير منشور، مذكور في : منظومة القانون الدّولي الخاص التونسي، فاطمة الزهراء بن محمود والحسين السالمي، مجمّع الأطرش 2016، ص191.

2044 قرار غير منشور، مذكور في المرجع السّابق، ص190.

الدّعوى الجزائية وبرغم الضّرر عن الجريمة لأنّ إيقاف المحاكمة لا تنتفي به الجريمة ولا يحول دون دفع الغرامة المحكوم بها جبرا للضّرر وهو ما حادت عنه محكمة القرار المُنتقد وبنت قرارها على سوء تطبيق القانون". ويتّضح من هذا القرار أنّ غياب التّناقض راجع لغياب شرط اتّحاد موضوع الدّعوى، وهو ما يعني أنّ غياب أحد شروط قرينة اتّصال القضاء يُؤدّي إلى انتفاء التّضارب بين الأحكام رغم أنّه من المُمكن أن يقوم الارتباط بينها لأنّ ارتباط الدّعاوى لا يُفيد اتّحادها. وعليه مبدئيّا يُمكن القيام بدعوى جديدة في محضر حكم أجنبي اتّصل به القضاء. وفي هذا الخصوص جاء في قرار تعقيبي مدني تحت عدد 5418 مؤرخ في 4 جانفي 2007 أنّ "الأحكام القضائيّة المتعلّقة بالحضانة لا يُمكن بحال أن تكون أحكاما نهائيّة لارتباطها بمصلحة المحضون فمتى جدّت ظروف ووقائع مختلفة عن تلك التي صدرت في ظلّها تلك الأحكام أمكن تعديلها ومراجعتها إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك. ويترتّب على ذلك أن الأحكام القضائية المتعلّقة بالحضانة وكذلك الزّيارة لا تتمتع بحجّية الشّيء المقضي به إلاّ متى لم يطرأ جديد على الظّروف والوقائع التي صدرت في ظلّها والتي من شأنها التّأثير على مصلحة المحضون". ويستدعى هذا القرار بعض الملاحظات، حيث تعتبر المحكمة أنّ الأحكام المُتعلّقة بالحضانة لا يمكن أن تكون نهائيّة. وفي هذا القول تكييف خاطئ لسبب إمكانيّة المُنازعة من جديد في مثل هذه الأحكام[2045]. فهذه الأحكام لا تشذّ عن قرينة اتّصال القضاء وتصبح نهائيّة عندما تستوفي طرق الطّعن العادية حيث يتّصل بها القضاء بنفس الشّروط، ولكن تعود إمكانيّة المُنازعة من جديد في الحضانة لتغيّر سبب الدّعوى في أساسه الواقعي. فتغيير السّبب يُعدم شرط اتحاده في الحكم القديم وفي الدّعوى الجديدة. فالدّعوى تُعتبر جديدة ولو تعلّقت بنفس الموضوع إلاّ أنّها تستند على سبب جديد وبذلك ينتفي التّعارض بين الأحكام.

وفي القانون المُقارن أبرزت محكمة التّعقيب الفرنسيّة شروط التّناقض وهي نفس شروط اتّصال القضاء بالأحكام في قرار لها بتاريخ 1963/05/15 (Patino) حيث أقرّت أنّ الطّلاق الواقع في المكسيك لا يُمكن أن ينتج أثرهُ في فرنسا جرّاء وجود حكم بالتّفريق الجسدي بفرنسا متعلّق بنفس الموضوع ونفس الأطراف.[2046] وعلى الصّعيد الأوروبّي ربط الفصل 34 من لائحة المجلس الأوروبّي(CE) عدد2001/44 لسنة 2000(Bruxelles I) حول الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المادّة المدنيّة والتّجاريّة في فقرته الرّابعة بين تناقض الأحكام وشروط اتّصال القضاء بها حيث نصّ على أنّه "لا يتمّ الاعتراف بالقرار إذا كان يتعارض مع قرار صدر سابقًا في دولة عضو أخرى أو في دولة ثالثة بين نفس الأطراف في نزاع له نفس الموضُوع ونفس السّبب."[2047] كما أنّ الفقرة الثّالثة من الفصل نفسه نصّت في خصوص القرارات الصّادرة من محاكم الدّول الأعضاء على نفس الحكم ولكن دون التّنصيص على شرط وحدة الموضوع. وهو ما حمل محكمة العدل الأوروبّية على إكمال هذا النّقص باشتراط البحث في ما إذا كانت الأحكام تُنتج نتائج قانونيّة متنافية، وهو ما يعني أن تتعلّق الأحكام بنفس الطّلبات أو بنفس الموضوع. ونفس الأحكام وقع تكريسها في الفصل 45 من لائحة الاتّحاد الأوروبي (UE) لسنة 2012 (Bruxelles I Bis).

ولئن ثبت أنّ اتّحاد شروط الدّفع باستثناء اتّصال القضاء في الحكمين يقوم سببًا لتناقُضهما فإنّ التّساؤل يُثار عن مدى إمكانيّة تحقّق تناقض الأحكام في غياب شروط استثناء اتّصال القضاء بها من وحدة لموضوع الدّعوى وسببها وأطرافها، وعن إمكانيّة الطّعن بالتّعقيب على أساس تناقض الأحكام دون التّمسك بشروط استثناء اتّصال القضاء.[2048] للإجابة عن هذا التّساؤل يقتضي الأمر

2045 قرار غير منشور، مذكور في المرجع السّابق، ص192.

2046 Cass. Ch. civ. 15 mai 1963, Patino, Rev.crit.1964, p.532, note P. Lagarde ; J.D.I 1963, p.1016, note Ph. Malaurie ; JCP1963, II.13365, note H. MOTULSKY.

2047 RÈGLEMENT (CE) No 44/2001 DU CONSEIL du 22 décembre 2000 , art 34 , paragraphe 4. "Une décision n'est pas reconnue si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre Etat membre ou dans un Etat tiers entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause".

2048 يذهب كمال العياري في اطروحته حول اتّصال القضاء في المادة المدنية إلى أنّه "ما زال ينظر إلى تناقض الأحكام على أنّه خلل قانوني ناتج عن عدم احترام اتّصال القضاء سواء كان ذلك راجعا إلى الأطراف الذين تغافلوا عن إثارته أو إلى المحكمة ذاتها التي أهملت النّظر في أمره رغم تنبيه الأطراف إليه، وبهذا المعنى، لا تناقض بين الأحكام إلاّ إذا كانت بين ذات الأطراف وفي نفس الموضوع ولذات السّبب. .."اتّصال القضاء في المادة المدنيّة، مجمع الأطرش للكتاب المختص 2017، ص 290.

مقارنة حالة تناقض الأحكام في نطاق الاعتراف بالأحكام الأجنبيّة وحالة تناقض الأحكام في نطاق ارتباط الدّعاوى التي تكون أحدها دعوى أجنبيّة.

لم يُعرّف المشرّع التّونسي مفهوم ارتباط الأحكام ولا الهدف منه ولكنه اكتفى في مجلّة القانون الدّولي الخاص بالتّنصيص عليه كمعيار للاختصاص القضائي الدّولي للمحاكم التونسية. فقد نصّ الفصل السّابع أنّ المحاكم التّونسية تنظر في الدّعاوى التي لها ارتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية. ولكن نجد في فقه القضاء التونسي وفي القوانين المقارنة ما يمُكّننا من تحديد مفهومه وشروطه وتمييزه عن مفهوم تعليق الدّعوى الذي يستند إلى فكرة اتّصال القضاء.

اعتبرت محكمة التّعقيب في قرار صادر تحت عدد2830 بتاريخ 7 ديسمبر، 2006 يُعرف بقضيّة النّعاس2049 "أنّ عنصر ارتباط الدّعوى المُقامة بقضايا منشورة أمام المحاكم التّونسية المنصوص عليها بالفصل 7 من مجلّة القانون الدّولي الخاص كمعيار للاختصاص المحاكم التّونسية للنّظر في بقيّة فروع الدّعوى إنمّا المقصود منه وجود صلة وثيقة بين الدّعويين تجعل من مصلحة حسن سير القضاء البتّ فيهما من محكمة واحدة تفاديا لتعارض الأحكام ويرجع تقدير مدى تحقّق هذه المصلحة للمحكمة المُتعهّدة ولا وجوب في ذلك أن تكون الدّعويين متّحدتين في الخصوم أو الموضوع أو السّبب وإنّما يكفي أن يكون لفصل أحدهما تأثير على وجه الفصل في الأخرى".[2050] ولا يختلف التّعريف الذي تبنته المحكمة عن التّعريف الذي تبنّاه المُشرّع الفرنسي في الفصل 101 من مجلّة الإجراءات المدنية الفرنسيّة الذي ينصّ على أنّه إذا تعهّدت محكمتان مختلفتان بقضيتين توفّرت بينهما رابطة من شأنها أن تجعل النّظر والحكم فيهما معا فيه مصلحة لعدالة أحسن يمكن أن يُطلب من إحدى المحكمتين التّخلي عن القضية وإحالتها على حالها إلى المحكمة الأخرى لتنظر فيها.[2051] ورغم أن هذا الفصل يهمّ الاختصاص القضائي الدّاخلي فإنّ محكمة التّعقيب الفرنسيّة كرّست في قرار لها بتاريخ 22 جوان 1999 لأوّل مرة بصفة صريحة استثناء الارتباط الدّولي للأحكام واشترطت لوجوده امكانيّة تناقض الأحكام.2052 وقد تبنّت اللاّئحة الأوروبّية -Bruxelles I- المتعلّقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المادّتين المدنيّة والتّجاريّة بين بلدان الاتّحاد الأوروبّي تقريبا نفس تعريف المُشرّع الفرنسي مع التّوضيح أنّ الهدف من الحكم بارتباط الدّعاوى هو تفادي تناقض الأحكام[2053]. ونصّت اللاّئحة -Bruxelles I Bis- على نفس التّعريف.2054

يُستنتج من هذه التّعاريف أنّ الارتباط لا ينفي استقلال الدّعاوى التي يمُكن القيام بها مُنفردة في إطار قضايا مستقلّة ولكن صفة الارتباط فيها تقوم نتيجة نشأتها من نفس الوقائع القانونيّة أو التّصرفات القانونيّة دون أن تستجيب لشروط وحدة السّبب والموضوع والأطراف، ومثاله تعدّد المطلوبين وإقامة أحدهم بالبلاد التّونسية وتعدّد الطلّبات العارضة وكذلك دعوى النّفقة التي يُمكن أن يقع القيام بها في إطار قضيّة الطّلاق أو بمفردها كدعوى مستقلّة. وتكون دعوى النّفقة في إطار دعوى الطّلاق دعوى فرعيّة رغم إمكانيّة القيام بها بصفة أصليّة في إطار قضيّة مستقلّة. وكذلك الدّعاوى النّاشئة عن حادث مرور تسببّ في أضرار

2049 قرار تعقيبي مدني عدد 2830 مؤرخ في 7 ديسمبر 2006 ن.م.ت، 2006، قسم المرافعات المدنيّة والتّجارية، ص283.

[2050] انظر القرار المذكور أعلاه (ص30).

[2051]Art.101 C. Pro. civ "S'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction ".

2052 Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 22 juin 1999, 96-22.546," La cour d'appel qui relève souverainement que le litige qui lui est soumis, qui ne relève pas de la compétence exclusive des tribunaux français, commande d'apprécier la validité d'une saisie pratiquée à l'île Maurice et dont la juridiction de ce pays doit connaître, de sorte qu'il existe du fait de cette connexité, un risque de contrariété de décisions, justifie légalement sa décision de dessaisissement de la juridiction française au profit de celle de l'île Maurice, également compétente ", Rev.crit.2000, p.42 note G. CUNIBERTI. ; https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007042269 (06-03-2024).

[2053] Article 28 "3. Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ".

2054 Article 30 ".3. 3. Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ".

لركّاب سيّارة ومترجّلين. وفي هذه الحالة يصعبُ الحديث عن دعوى أصليّة ودعوى فرعيّة لأنّ الدّعاوى ناتجة عن نفس الحادث ولو تعدّد الطّالبون والمطلوبون واختلفت طبيعة الأضرار المُطالب بتعويضها. فصفة الارتباط متوفّرة لنشأة المطالب من نفس الوقائع. والأمر موكُول لتقدير القاضي الذي يقدّر مدى ارتباط القضايا بعضها ببعض ومدى احتمال تناقضها.

ويستخلصُ من اشتراط خطر تناقض الأحكام رغم غياب شروط استثناء اتّصال القضاء أنّ المُعتبر في تنازع الدّعاوى هو تناقض الأحكام الذي يجعل من المُستحيل تنفيذها معا وأنّ المُعتبر من اشتراط اتّحاد عناصر الدّعوى من أطراف وسبب وموضوع في الدّعويين هو فقط منع صدور حكمين متناقضين، في حين أنّ الدّعاوى المُرتبطة يُكون الهدف تجميعها في نطاق دعوى واحدة. ولكن اختلاف هذه الأهداف من شأنه أن يُؤثّر في مفهوم تناقض الأحكام في الحالتين، حيث يُلاحظ أنّ تناقض الأحكام في نطاق تنازع الدّعاوى والأحكام هو عيب مانع للاعتراف بالأحكام وفقا للفصل 11 من مجلّة القانون الدّولي الخاص. وعليه وجب التّضييق قدر الإمكان في مفهوم تناقض الأحكام قصد تسهيل الاعتراف بها، وهو في الأغلب السّبب الذي جعل أغلب التّشاريع ومنها التّشريع التونسي تربط من خلال أحكام الفصل 11 تناقض الأحكام بشروط استثناء اتّصال القضاء بها من وحدة الموضوع والسّبب والأطراف، في حين أنّ تناقض الأحكام في نطاق ارتباطها يهدف في الغالب إلى تجميع الدّعاوى أمام نفس المحكمة قصد تجنّب خطر عدم انسجامها وهو خطر أقلّ حدّة من تناقض الأحكام في حالة تنازع الدّعاوى والأحكام ولذا لم يشترط المُشرّع التّونسي اتّحاد عناصر الدّعاوى من موضوع وسبب وأطراف.

الجزء الثّاني
أثر الإذن بالتّنفيذ على قيام تناقض الأحكام القضائيّة

يمنع الفصل 11 من مجلّة القانون الدّولي الخاص تنفيذ الحكم الأجنبي إذا سبق الفصل في نفس موضوع النّزاع وبين نفس الخصوم ولنفس السّبب من المحاكم التونسية بقرار غير قابل للطّعن بالطّرق العادية. فأسبقيّة اتّصال القضاء بحكم تونسي تعطي الأولويّة له سواء اتّصل القضاء بالحكم الأجنبي اللاّحق أم لا. وبقراءة عكسيّة لهذا الفصل تُعطى الأولويّة للحكم الأجنبي الصّادر قبل الحكم الوطني بشرط اتّصال القضاء به ويُؤذن بتنفيذه. وبما أنّ اتّصال القضاء بالأحكام يُعتبر شرطًا لتناقضها يُطرح التّساؤل حول علاقة الصّيغة التّنفيذية بخاصيّة اتّصال القضاء بالحكم الأجنبي وحول مدى إمكانيّة قيام تنازع حقيقي بين الأحكام الأجنبيّة والأحكام الوطنيّة في غياب إكساء الحكم الأجنبي بالصّيغة التّنفيذية. فهل ينتفي تضارب الأحكام في غياب إكساء الحكم الأجنبي بالصّيغة التّنفيذية؟ الإجابة على هذا التّساؤل تقتضي تحديد دور الإذن بالتّنفيذ في منح صفة اتّصال القضاء للحكم الأجنبي.

يتّضح من قراءة أوليّة لأحكام الفصل 482 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ المشرّع التونسي لا يمنح للحكم الأجنبي صفة اتّصال القضاء بموضوعه إلاّ بعد صدور حكم بتنفيذه من المحاكم التّونسية.[2055] وينتج عن أحكام هذا الفصل أنّ اكتساب الحكم الأجنبي لهذه الخاصيّة في النّظام القانوني المُراد تنفيذه فيه يظلُّ رهينة صدور حكم بتنفيذه. وينتج عن هذا الحكم أنّه رغم أسبقيّة صدور الحكم الأجنبي وصيرورته نهائيّا في نظامه القانوني لا يُمكن أن يُغلّب على حكم وطني لاحق إذا لم يقع اكسائه بالصّيغة التّنفيذية ولا يمكن الدّفع به من خلال استثناء اتّصال القضاء في قضيّة جارية لدى محكمة تونسية.

2055 الفصل 482 م ا ع " الأحكام الآتي بيانها لا تُعتبر من الأحكام التي لا رجوع فيها وهي .... ثانيا : أحكام المحاكم الأجنبيّة حتّى يصدر الحكم بتنفيذها من المحاكم الأجنبية".

وفي هذا السّياق لا يبدو أن هناك تناقض بين الفصل 11 من مجلّة القانون الدّولي الخاص والفصل 482 من مجلّة الالتزامات والعقود باعتبار أنّ الأوّل يحلّ مشكلة تنازع الأحكام ويعطي الأوليّة لأسبقيّة الحكم مهما كانت طبيعته، أجنبيًّا كان أم وطنيًّا، وذلك بقياس عكسي للحالة التي نظّمها، في حين أنّ الثّاني يتعلّق فقط بشرط اكتساب الحكم الأجنبي لخاصيّة اتّصال القضاء. وبهذا لا يقوم التّنازع بين حكم أجنبي وحكم وطني إلاّ متى اكتسب كلاهما خاصيّة اتّصال القضاء كُلّ بشروطه. وهذا ما ذهبت إليه محكمة التّعقيب في قرار لها بتاريخ 2005/04/13 حيث أقرّت بأنّ الفصل 482 من مجلّة الالتزامات والعقود اقتضى أنّ أحكام مجالس البلاد الأجنبيّة تُعتبر من الأحكام التي لا رجوع فيها متى صدر الحكم بتنفيذها من المجالس التّونسية. ويدلّ ذلك من منظور محكمة التّعقيب أنّ المُشرّع ربط قبول الدّفع باتّصال القضاء بالحكم الأجنبي بتعلّقه بنزاع بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسّبب بشرط إكسائه بالصّيغة التّنفيذية من المحاكم التّونسية".2056 ويُؤدّي هذا الشّرط إلى القول بأنّ التّنازع الحقيقي بين الحكم الأجنبي والحكم الوطني لا يقوم إلاّ بتحصيل الأوّل لإذن بتنفيذه. غير أنّ هذا الحلّ فيه إجحاف بالحقوق التي تكوّنت في ظلّ قانون أجنبيّ وتحت سيادته خاصّة وأنّ الفصل 37 من مجلّة القانون الدّولي الخاص نصّ على أنّه يتمّ الاعتراف بالبلاد التّونسية بآثار الوضعيات القانونيّة التي نشأت بصفة شرعية بالخارج، وفق القانون الذي عيّنته قاعدة التّنازع التّونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النّظام العام الدّولي التّونسي. فكيف يتمّ الاعتراف بآثار الوضعيات القانونيّة التي نشأت بصفة شرعية خارج البلاد التّونسية ولا يتمّ الاعتراف بقوّة الحكم الإجرائيّة الذي أنشأها أو أقرّها. فلنفترض أنّ المحكمة الفرنسيّة طبّقت القانون الفرنسي على طلاق بين تونسي وفرنسيّة، والذي يمثّل قانون آخر مقرّ إقامة مشترك وفق قاعدة التّنازع التّونسية وفق ما نصّ عليه الفصل 49 من مجلّة القانون الدّولي الخاص. فكيف لا يقع الاعتراف بهذا الطّلاق وما ينشأُ عنه من آثار إلاّ بشرط إكساء الحكم الذي أوقعهُ بالصّيغة التّنفيذية. هذا التّساؤُل يُحيلنا إلى البحث في دور شكليّة الإكساء بالصّيغة التنفيذيّة وعلاقتها بخاصيّة اتّصال القضاء بالحكم.

تُعرّف شكليّة الإكساء بالصّيغة التّنفيذية بأنّها الإجراء الذي يمنحُ للحكم القوّة التّنفيذية. يبدُو لأوّل وهلة أنّ هذا الإجراء لا علاقة له باكتساب الحكم الأجنبي لخاصّية اتّصال القضاء لاعتبارين أساسين، أولهما أنّ هذه الخاصّية تنتُج آليّا من النّظام القانوني الذي صدر فيه الحكم وفق إجراءاته، وثانيهما أنّ قاضي التّنفيذ لا يُراقب توفّر شروط استثناء اتّصال القضاء بالحكم الأجنبي من وحدة السّبب والموضوع والأطراف إلاّ إذا سبق الفصل في النّزاع من المحاكم التّونسية أو وقع الدّفع بدعوى جارية لديها في خصوص نفس النّزاع. فاتّصال القضاء أو قوّة الأمر المقضي به كخاصّية أو سمة للحكم القضائي لا تتجلّى إلاّ بتفعيل شروطها عند وجود طلب قضائي ثان في خصوص نفس عناصر الدّعوى الأولى من موضوع وسبب وأطراف.

ولئن كانت هذه الاعتبارات صحيحة فإنّ العلاقة بين إجراء الإذن بالتّنفيذ واتّصال القضاء بالحكم الأجنبي لا تنتفي رغم ذلك، حيث يجب التّفريق هنا بين اتّصال القضاء بالحكم بمعنى "قوّة ما قضي به" وبين استثناء اتّصال القضاء الذي يتطلّب النّظر في شروط الدّفع باتّصال القضاء من وحدة موضوع وسبب وأطراف بمناسبة دعوى ثانية. فاتّصال القضاء بالحكم يُفيد أنّ الحكم استنفذ طرق الطّعن العادية وعليه يُفترض أنّه صدر وفقًا لإجراءات تضمن صحّته.2057 ولهذا اشترطت التّشاريع أنّ هذا الافتراض القانوني يتحقّق عند اكتساب الحكم صفة الحكم النّهائي الدّرجة. وهذا ما يُعطي الحكم قوّة تمنع معاودة النّزاع فيه مُجدّدا. ويتّضح هذا خاصّة من خلال الأثر الإيجابي لقرينة اتّصال القضاء والتي تتمثّل في إمكانيّة الاحتجاج بما فُصل فيه من نزاع في قضايا أخرى

2056 قرار عدد15886 مؤرخ في 13 أفريل 2005 (غير منشور)، مذكور في : منظومة القانون الدّولي الخاص التونسي، فاطمة الزهراء بن محمود والحسين السالمي، مجمّع الأطرش 2016، ص191.

2057 NIBOYET, op.cit., p.74. .- L.M

مثل حجّية الحكم الجزائي بالإدانة على الحكم المدني لثبوت الخطأ الجزائي.[2058] ويُبنى هذا الأثر على قرينة مفادُها صحّة الإجراءات التي بُنِيَ عليها القرار وذلك بقطع النّظر عن العيوب التي يمكن أن تشوبه. وهذا ما ذهبت إليه محكمة التّعقيب الفرنسيّة من أنّ قوّة الأمر المقضي به تتّصل بالأحكام القضائيّة مهما كانت العيوب التي تلحقها.[2059] ولا تعني المحكمة هنا أنّ قوّة الأمر المقضي به -بمعنى اتّصال القضاء- لا تُؤسّس على صحّة ما وقع القضاء فيه لأنّ المشرّع مكّن المتقاضين من طرق للطعن في الحكم ولكن استنفاذ هذه الطّرق أو التّخلي عنها ينشأ عنه قرينة مفادها سلامة الإجراءات المتّبعة وصحّة ما قضى به الحكم قانونا. وهذه القرينة المبنيّة على افتراض قانوني ضروري لاستقرار الوضعيّات القانونيّة والنّظام القضائي، هذا وقد بيّنت محكمة التّعقيب التّونسية في قرار قديم لها مؤرّخ في 11 جانفي 1960 محتوى هذه القرينة حيث ورد به: "حجّية الشّيء المحكوم به قرينة قانونيّة لا تقبل الدّليل المُعاكس ومؤدّاها أنّ الحكم صدر صحيحا من ناحية الشّكل وعلى حقّ من ناحية الموضوع. والغرضُ من هذا المبدإ القانوني هو وضع حدّ للنّزاع حتّ لا يتكرّر ولا تتناقض الأحكام في الخصومة الواحدة".[2060]

وبناءً على هذا التّوضيح تنبني العلاقة بين إجراء الإذن بالتّنفيذ واتّصال القضاء بالحكم الأجنبي على مراقبة قاضي التّنفيذ لصحّة الحكم الإجرائيّة[2061] وفق الشّروط التي نصّ عليها الفصل 11 من مجلّة القانون الدّولي الخاص وهي شروط يُمكن وصفها بأنّها شروط مخفّفة تتعلّق بمراقبة صحّة الإجراءات المُتّبعة لإصداره وعدم مخالفته للنّظام العام الدّولي التّونسي وعدم تعارضه مع حكم سابق من المحاكم التّونسية في نفس الموضوع والسّبب وبين نفس الأطراف. ولئن لم ترقى هذه المراقبة إلى مراجعة الحكم، إلاّ أنّها وفي بعض شروطها تحُيل إلى شروط النّظام القانوني الذي صدر فيه الحكم الأجنبي للتأكّد من أنّه قد صدر وفق إجراءات تحترم حقوق الدّفاع وأنّ القرار لم يقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه أو أنّه غير قابل للتّنفيذ فيه. فبمراقبة هذه الشّروط تُقرّ المحكمة بقوّة الأمر المقضي به للحكم الأجنبي أو اتّصال القضاء به وتنقل أثرها إلى النّظام القانوني التّونسي . ويمُكن مُعاينة هذه العلاقة بين إجراء الإذن بالتّنفيذ واتّصال القضاء بالحكم الأجنبي بصفة أوضح في الفصل 318 قديم من مجلّة المُرافعات المدنيّة والتّجارية الذي تشترطُ فقرته الأولى للإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي على "أن يكون ...صادرا من هيئة قضائيّة مختصّة وفقًا لقانون البلد الأجنبي الصّادر فيه وأنّه أحرز على قوّة اتّصال القضاء وفقا لذلك القانون نفسه ومازال قابلاً للتّنفيذ بالبلد الصّادر فيه". فمن الواضح أنّ المُراقبة في إطار الإذن بالتّنفيذ تشمل التّأكّد من اكتساب الحكم الأجنبي لصفة الحكم النّهائي الدّرجة واتّصال القضاء به وفقا لقانون البلد الأجنبي الصّادر فيه. وبالتّالي فإنّ إجراء الإذن بالتّنفيذ ينقلُ هذه الخاصّية إلى النّظام القانوني التّونسي الذي يتقبّلها وفقًا لمبدإ التّعاون الدّولي. ولئن كان الفصل 11 من مجلّة القانون الدّولي الخاص لا يشير صراحة إلى مراقبة اكتساب الحكم الأجنبي لقوّة اتّصال القضاء فإنّ هذه المراقبة تنتج ضرورة من مراقبة صحّته الإجرائيّة وهو ما يُفسّر تواتر المحاكم على مراقبة توفّر هذه الخاصّية في الأحكام الأجنبيّة رغم عدم التّنصيص عليها صراحة صلب الفصل 11 المذكور.[2062]

2058 H .PÉROZ, La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français, L.G.D.J 2005 , p.119, n°209 et s.

2059 Civ. 3. 7 Décembre 1988. JCP.1989 ; IV.48.

2060 تعقيبي مدني عدد 7947 مؤرخ في 1960/01/11 ، نشريّة محكمة التّعقيب عدد 1 سنة 1965 ،ص. 152.

2061 PEROZ, op.cit., L.G.D.J 2005 , p.240, n°464 et s. . H

2062 المحكمة الابتدائية بتونس، حكم عدد 42716 مؤرخ في 07 اكتوبر 2002 غير منشور: "طالما اتّضح أنّ الحكم الفرنسي الصّادر بالطّلاق بين زوجين تونسيين قد صدر عن هيئة قضائيّة مختصّة وأنّه أحرز على قوّة اتّصال القضاء ومازال قابلا للتّنفيذ بالبلد الصّادر فيه فإنّ شروط إكسائه بالصّيغة التّنفيذية المنصوص عليها بالفصل 11 وما بعده من م. ق. د.خ تكون متوفّرة ممّا يتّجه معه الحكم بإكسائه بالصّيغة التّنفيذية وذلك بعد أن تمّ عرض ملفّ القضيّة على النّيابة العمومية عملا بالفصل 251 من م. م .ت". فاطمة الزهراء والحسين السالمي، منظومة القانون الدّولي الخاص التّونسي، مجمّع الأطرش للكتاب المختص، 2016، ص. 137.
المحكمة الابتدائية بتونس، حكم عدد 39768 مؤرخ في 28 جانفي 2002 غير منشور: "يشترط للإذن بإكساء الحكم الأجنبي بالصّيغة التنفيذية ثبوت صدوره عن هيئة قضائيّة مختصّة وفق الإجراءات القانونيّة الضّامنة لحقوق الدّفاع وقابليّة الحكم للتّنفيذ بالبلاد الصّادر فيها وإحرازه على قوّة اتّصال القضاء لذلك القانون، وهي ذات الشّروط التي تجدها مُضمّنة بالاتّفاقية التّونسية الفرنسيّة للتّعاون القضائي سواء في المواد المدنيّة أو في مادّة النّفقات والحضانة"، فاطمة الزهراء والحسين السالمي، المرجع السّابق، ص 171.

وتبرزُ العلاقة أيضا بين اتّصال القضاء ومراقبة الحكم الأجنبي في ربط الأثر الإيجابي للاتّصال القضاء باحترام شروط الإذن بالتّنفيذ، حيث نصّت الفقرة الثّانية من الفصل 12 من مجلّة القانون الدّولي الخاص على أنّ لمضمون القرارات القضائيّة الأجنبيّة قوّة إثباتيّة أمام المحاكم والسّلط الإدارية التّونسية إذا لم تكن هناك منازعة من أحد الأطراف وتوفّرت شروط الإذن بالتّنفيذ. وتمثّل هذه الفقرة استثناءً من الفقرة الأولى من نفس الفصل التي تنصّ على أنّه يُؤذن بتنفيذ الأحكام الأجنبيّة وتُكسَى بالصّيغة التّنفيذية متى سلمت من الموانع المنصوص عليها بالفصل 11 من هذه المجلّة. وبالتّالي فإنّ الأحكام الأجنبيّة تكتسب قوّة ثبوتيّة بمجرّد صدورها وخلوّها من موانع التّنفيذ المنصوص عليها بالفصل 11 المذكور وعدم المنازعة فيها من أحد الأطراف وذلك رغم عدم إكسائها بالصّيغة التّنفيذية. ويتناغم هذا الحكم مع ما نصّ عليه الفصل 443 من مجلّة الالتزامات والعقود من أنّ ما ثبت لدى المحاكم الأجنبيّة يُعتمد كحجّة رسمية ولو قبل اكتساب أحكامه صفة التّنفيذ. فالقوّة الثّبوتية للحكم الأجنبي تخضع للاعتراف بها في النّظام القانوني التّونسي إلى المُراقبة القضائيّة وفق الشّروط المنصوص عليها بالفصل 11 من مجلّة القانون الدّولي الخاص والتي كما سبق وأن بيّنا تنصبُّ على شرط اتّصال القضاء بالحكم الأجنبي من بين مجموعة الشّروط الأخرى. وبهذا تتأكد العلاقة بين اتّصال القضاء والمراقبة القضائيّة داخل دولة التّنفيذ. ولا تُفيد هذه العلاقة أنّ اكتساب هذه الخاصّية هو نتيجة مباشرة لإجراء المراقبة، فهي تكتسب داخل النّظام القانوني للدّولة التي صدر فيها ولكن تعتبر المُراقبة إجراء ضروريّ لتفعيل هذه الخاصّية داخل النّظام القانوني لدولة القاضي المعروض أمامه الحكم الأجنبي.

ولكن قد تبدو أن هذه العلاقة غير ضروريّة بالنّسبة لبعض القرارات التي لا تخضع لإجراء الإذن بالتّنفيذ على معنى الفصل 13 من مجلّة القانون الدّولي الخاص، حيث تُدرج دون الالتجاء إلى إجراءات الإذن بالتّنفيذ بسجلّ الحالة المدنيّة للمعني بها رسوم الحالة المدنيّة المُقامة ببلد أجنبي وأحكام الحالة المدنيّة النّهائية باستثناء ما يتعلّق منها بالأحوال الشّخصية بشرط إعلام الطّرف المعني بها". فمثل هذه الأعمال والأحكام تخضع مباشرة للاعتراف المُباشر ومن يطعن في حجّيتها عليه القيام بدعوى لعدم الاعتراف بها وفقا لأحكام الفصل 14 من نفس المجلّة.[2063] ورغم أنّ هذا الفصل يستثني من حكمه بصيغة الإطلاق أحكام الأحوال الشّخصية إلاّ أنّ الرّأي الغالب في الفقه وفقه القضاء التّونسي أنّ هذا الاستثناء لا يتعلّق إلاّ بالأحكام التي تتطلّب فاعليتها أعمال جبر تُجاه الأشخاص وأعمال تنفيذ على الأموال،[2064] وأمّا غيرها من الأحكام فهي تخضع إلى الاعتراف المُباشر " Reconnaissance immédiate ou de plano" من النّظام القانوني للدّولة. ويفرّق فقه القضاء الفرنسي في هذا الخصوص بين نوعين من الأحكام. يتمثّل النّوع الأوّل في الأحكام التّقريرية للحالة المدنيّة وأهليّة الأشخاص، والأحكام المُنشئة.[2065] وهذ النّوع من الأحكام يخضع إلى الاعتراف المباشر. ويتمثّل النّوع الثّاني في الأحكام التّقريرية الذّمية[2066] وهي الأحكام التي تقضي بإلزام المدين بأداء مالي[2067] وهي تخضع إلى الإذن بالتنفيذ.[2068]

غير أنّ الاعتراف المُباشر بتلك الأحكام قد يصدمُ النّظام العام الدّولي التّونسي ولا يمكن بحال أن تتّجه إرادة المشرّع التّونسي إلى إعفاء تلك الأحكام من كلّ مراقبة، وهو ما يدعونا إلى تأويل حكم الفصل 13 بأنّه لا يتعلّق بإعفاء تلك الأحكام من المراقبة القضائيّة

2063 تنصّ النّسخة العربيّة من الفصل 14 على طلب التّصريح بعدم الحجّية في حين تنصّ الصّيغة الفرنسيّة على طلب رفض الاعتراف "requérir le refus de reconnaissance" .

2064 يراجع :

S .BEN ACHOUR, La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien, CPU, 2017, p.61 et s.

2065 Les jugements déclaratifs d'état et de capacité des personnes et les jugements constitutifs .

2066 Les jugements déclaratifs patrimoniaux.

2067 G-T., HELENE, La reconnaissance des jugements étrangers portant sur une somme d'argent, en matière civile et commerciale, R.I.D.C 2-1986, p.487 .

2068 p 134 et s. PÉROZ, op.cit... H

وفق الضّوابط التي نصّ عليها الفصل 11 من مجلّة القانون الدّولي الخاص رغم إعفائها من إجراء الإذن بالتّنفيذ خاصّة وأنّ الفصل 12 من نفس المجلّة يعترفُ للأحكام الولائيّة والقضائيّة بقوّة ثبوتية أمام المحاكم التّونسية رغم عدم الإذن بتنفيذها، ولكن بشرط توفّر شروط الإذن بالتّنفيذ. فلا يقبل الدّفع بمضمون الحكم الأجنبي في نطاق قضيّة مختلفة إذا لم يستجب ذلك الحكم للضّوابط المنصوص عليها بالفصل 11. ونجد لهذا الرأي سندُا في فقه القضاء حيث اشترطت محكم الاستئناف بتونس لقبول استثناء اتّصال القضاء بحكم أجنبي ثبوت صحّته الإجرائيّة وعدم وجود إخلالات تمنع الاعتراف به. 2069

وينتج عن هذا التّقسيم أنّ الأحكام التي تخضع إلى الاعتراف المُباشر تكتسب قوّة اتّصال القضاء من تاريخ اكتسابها هذه الخاصيّة في النّظام القانوني للدّولة التي صدرت فيها ويتمّ الاعتراف بها من خلال المُراقبة التي يُجريها القاضي أثناء الدّفع بها في نطاق دعوى جارية في خصوص نفس الموضوع والسّبب وبين نفس الأطراف. وبالتّالي يمُكن الدّفع باستثناء اتّصال القضاء بحكم أجنبي يخضع إلى الاعتراف المُباشر ولا يحتاج تفعيل هذه الخاصّية إلى إجراء الإذن بالتّنفيذ. وأمّا في خصوص الأحكام التي تخضع إلى الإذن بالتّنفيذ فإنّ تفعيل قوّة اتّصال القضاء بها يتوقّف على منح الإذن بتنفيذها.

غير أنّ هذا التّعامل الثّنائي قابل للنّقد. فإذا كان أساس الاعتراف بقوّة اتّصال القضاء بالأحكام الأجنبيّة هو مراقبة صحّة الحكم الإجرائيّة فإنّه يجب الاعتراف مباشرة بهذه الخاصّية مباشرة بالنّسبة لجميع الأحكام بقطع النّظر عن خضوع البعض منها لإجراء التّنفيذ لأنّ الهدف من هذه الخاصّية هو وضع حدّ للنّزاع وتحقيق استقرار الوضعيات. وهذا الهدف لا يُمكن أن يتحقّق بإخضاعه لإجراء التّنفيذ ويصبح بذلك وسيلة للتّحيل القضائي.2070 فإذا صدر حكم أجنبي يتطلّب التّنفيذ ومارس المُدّعَى عليه التّونسي الجنسيّة حقّه في الدّفاع عن نفسه لدى المحكمة الأجنبية ولم يقُم المُدّعي الأجنبي بطلب التّنفيذ أو تأخّر في طلبه في البلاد التّونسية وسارع المُدّعَى عليه بالقيام بدعوى لدى محكمة تونسيّة تجاه المُدّعي نفسه في خصوص نفس الموضوع ولنفس السّبب فسيقع رفض الدّفع باستثناء اتّصال القضاء بالحكم بصفة آليّة 2071 وهو أمر لا يستقيم قانونا إذا ما اعتبرنا أن الأحكام التي تخضع إلى الاعتراف المُباشر لا تشذُّ عن مبدإ المراقبة المخفّفة المُسلّطة على الأحكام الخاضعة لإجراء الإذن بالتّنفيذ. وما يُدعّم هذا الرّأي هو

2069 محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 15886 مؤرخ في 13 أفريل 2005 غير منشور، "يعتبر الحكم الأجنبي الذي اتّصل به القضاء من القرائن القانونيّة عملا بالفصل 480 ثالثا من م م اع ويترتّب عنه إجرائيّا عدم إمكانيّة إعادة النّظر في الموضوع الذي بتّ فيه بين نفس الأطراف من جديد ومن طرف محكمة أخرى. طالما ثبت صدور حكم فرنسي قاض بالطّلاق بين الزّوجين بطلب من الزوجة الفرنسيّة وقد استنفذ طرق الطّعن فيه ولم تشبه أيّة إخلالات تمنع من الاعتراف به، ممّا يعني أنّ طرفيه أصبحا في حكم المطلّقين، فإنّه لا يُمكن للمحاكم التّونسية إعادة النّظر في نفس طلب الطّلاق المرفوع من الزوج التّونسي بإصدار حكم جديد بينهما وإلاّ آل الأمر إلى وجود حكمين في نفس الموضوع وهو ما يتنافى ومبدأ التّعاون الدّولي وحسن سير القضاء"، فاطمة الزهراء والحسين السالمي، المرجع السّابق، ص 191

2070 المحكمة الابتدائية بتونس، حكم عدد 22591 مؤرخ في 14 ديسمبر 2001، غير منشور، "إنّ كان المُعتبر كسبب لطلاق الزوجين هو حكم الطلاق انشاء الصّادر عن القضاء التونسي فإنّ ذلك لا يعني آليّا قيام حقّ الزوجة للاحتجاج بذلك الحكم قصد الحصول على تعويضات إذ أنّ الطّبيعة الدّولية للنّزاع أنشأت معطيات ماديّة لا يمكن للمحكمة التّغافل عنها، إذ من المقرّر فقها أنّ تعدّد الأنظمة القضائيّة لا يُمكن أن يُستغلّ من الخواصّ كوسيلة للظّفر غير المشروع بمكاسب أو امتيازات. طالما اختارت الزوجة رفع دعوى الطّلاق أمام القاضي الفرنسي فحكم لها بذلك مع غرامات محترمة في مبلغها تأخذ بعين الاعتبار دخل طليقها ومدّة الزواج وحالتها الماديّة واتّصل القضاء بذلك الحكم فإنّ قيامها أمام القاضي التونسي بطلب التّعويض عن الطّلاق انشاء الصّادر بتونس بطلب من الزوج لا ينبني إلاّ على إرادة الاستغلال غير المشروعة لوضعيّة دولية للإثراء منها وهو طلب لا يمكن الاستجابة إليه، نفس المرجع، ص 149.

2071 وقد ذهب شقّ من فقه القضاء في هذا المنحى: محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 25429 مؤرخ في 25 ديسمبر 1996، غير منشور،" اقتضى الفصل 316 من م م م ت أنّ الأحكام الأجنبيّة لا تصبح لها قيمة قانونيّة بتونس إلاّ بعد الاعتراف بها من طرف المحاكم التّونسية وذلك بإكسائها بالصّيغة التنفيذية. لا يُمكن مجاراة محكمة البداية في رفضها لدعوى الطّلاق المرفوعة من الزّوج التّونسي ضدّ زوجته الفرنسيّة بتعلّة أنّ المحاكم الفرنسيّة أصدرت بين الطرفين حكما بالطّلاق الأمر الذي يجعل الدّعوى سابقة لأوانها لأنّه طالما لم يقع إكساء الحكم الفرنسي بالطّلاق بالصّيغة التّنفيذية فإنّه يتّجه عدم الاعتراف به قانونا تطبيقا لأحكام الفصل 316 من م م م ت والفصل 15 من الاتّفاقية التّونسية الفرنسيّة المؤرّخة في 1972 ويعتبر هذا الحكم كأنّه لم يكن وبالتّالي يتعيّن النّظر في الدّعوى المرفوعة من الزوج في طلب الطّلاق للضّرر الحاصل له من زوجته."، نفس المرجع، ص 184 ; قرار تعقيبي مدني عدد2122 مؤرخ في 16 سبتمبر 2004، غير منشور ،" لا يُمكن إيقاف النّظر في قضيّة طلاق بين زوجين تونسيّين في انتظار البتّ في قضيّة منشورة بينهما في إكساء حكم فرنسي صادر بينهما بالطّلاق بالصّيغة التّنفيذية لأنّ وجود قضيّة في الإكساء ليس سببا من أسباب معطّلات النّوازل الواردة على سبيل الحصر بالفصل 241 من م م م ت"، نفس المرجع، ص 191.

أنّ الفصل 318 قديم من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجارية يشترط للإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون قد أحرز على قوّة اتّصال القضاء. ورغم أنّ الفصل 11 من مجلّة القانون الدّولي الخاص كما سبق وأن ذكرنا لم ينصّ على هذا الشّرط إلاّ أنّه يُعتبر شرطا ضمنيّا يُستنتج من مراقبة الصّحة الإجرائيّة للحكم الأجنبي. ويُدعّم الفصل 80 من مجلّة التّحكيم هذا الاستنتاج حيث يُقرّ لحكم التّحكيم قوّة اتصال القضاء أيّا كان البلد الذي صدر فيه ويُشترط لتنفيذه احترامه للشّروط الواردة بالفصول 81 و82 من نفس المجلّة. ولا يُشذّ الاعتراف المُباشر بحكم التّحكيم عن مبدإ المراقبة للتّأكد من صحّته الإجرائيّة، إذ يُخضعه الفصل 79 من نفس المجلّة إلى نفس الأحكام التي يخضع لها تنفيذ الأحكام الأجنبيّة. ويرى الأستاذ نورالدين قارة في تعليقه على هذا الفصل أنّ إخضاع الاعتراف بحكم التّحكيم إلى المراقبة المنصوص عليها بالفصل 81 من المجلّة يُفرغ اتّصال القضاء من مادّته. ولا يرى بذلك فائدة من إجراء الاعتراف بحكم التّحكيم بمعزل عن خاصّية اتّصال القضاء التي يصطبغ بها.[2072]ورغم وجاهة هذا الرّأي إلاّ أننّا نرى أنّ إخضاع الاعتراف بحكم التّحكيم إلى نفس المراقبة التي يخضع لها الحكم عند إكسائه بالصّيغة التنفيذية إنمّا الهدف منه ليس منحه قوّة اتّصال القضاء التي يتمتّع بها وفقا للفصل 80 بمعزل عن الإذن بالتّنفيذ بل مراقبة صحّته الإجرائيّة التي تُؤسّسُ لقوّته تلك وتفعيلها في النّظام القانوني للدّولة[2073] بمناسبة الدّفع به لصدّ دعوى مرفوعة لدى قاضي الدّولة في خصوص نفس الموضوع ونفس السّبب وبين نفس الأطراف. وبالتّالي فإنّ الإذن بالتّنفيذ لا يمنحُ للحكم الأجنبي قوّة اتّصال القضاء بل يُعترف بها له فقط بعد إخضاعها للمراقبة. والاعتراف بها ناتج من مراقبة الصّحة الإجرائيّة للحكم. كما أنّه لا يستقيم منطقا الإقرار بإمكانيّة الاحتجاج بالقوّة الثّبوتية للحكم الأجنبي في نطاق دعوى أخرى مختلفة عن موضوعه ورفض ما اتّصل به القضاء فيه في مواجهة دعوى أخرى في نفس الموضوع ونفس السّبب وبين نفس الأطراف. ثم إنّه عندما تتنازع الدّعاوى والأحكام فإنّ الدّفع باتّصال القضاء بحكم أجنبيّ لا يهدف إلى طلب تنفيذه وعليه لا ضرورة لرفضه بتعلّة عدم حصوله على إذن بالتّنفيذ. فالإذن بالتّنفيذ كإجراء لتدخّل السّلطة العمومية وإن تطلّب قبليّا مراقبة الحكم الأجنبي إلاّ أنّه أمر يختلف عن حلّ التّنازع بين الدّعاوى القضائيّة ويمكن أن يتمّ خارج كلّ نزاع بين الدّعاوى القضائيّة إذا لم يُقم المُدّعَ عليه بدعوى منافسة. ونجد في فقه القضاء التونسي ما يُؤيّد هذا الرّأي حيث رفضت بعض المحاكم دعوى الطلاق لدى المحاكم التّونسية للتهرّب من حكم طلاق لم تنته بعد إجراءات تنفيذه أو لم يقع إكساءهُ بالصّيغة التّنفيذية.[2074]

2072. N. GARA, Code de l'arbitrage annoté, Tunis.Maison du livre, p 272 .

2073 في قرار تعقيبي عدد 18528 بتاريخ 7 ماي 2015 تساءلت محكمة التّعقيب هل أنّ الاعتراف بالأحكام الأجنبيّة – حكم أجنبي بإبطال جزئي لحكم تحكيمي- حسب الفصل 81 من مجلّة التّحكيم يُقبل إدماج الأحكام الأجنبيّة بصورة آليّة في المنظومة القانونيّة التّونسية؟ ودون إكسائه بالصّيغة التنفيذية؟ أم أنّه يعتمد حجّة رسميّة؟ وإجابة عن هذا السّؤال اعتبرت محكمة التعقيب أنّ قرار المحكمة المطعُون فيه كان صائبًا لمّا أقرّ أنّه يجوز اعتماد الحكم القاضي بالإبطال الجزئي لحكم التّحكيم دون الحاجة إلى إكساء الصّيغة التّنفيذية لأنّ له صفة الحكم ويُعتمد كحجّة رسميّة على معنى الفصل 443 من م ا ع. وميّزت المحكمة بين الاعتراف بالحكم الأجنبي كوسيلة إثبات وبين الإذن بتنفيذه ، فهو يعتمد كحجّة في الإثبات دون إخضاعه للفصل 11 من م .ق. د.خ ويصحّ العمل به كحجّة ويصير كحجّة رسميّة وفقًا للفصل 443 من م اع ومقتضيات الفقرة 2 من الفصل 12 من م. ق. د.خ ، وأنّه يتّجه التّفريق بين مسألة التّنفيذ على معنى الفصل 253 من م. م. م.ت التي تقضي بإكساء الحكم بالصّيغة التّنفيذية وفقا للفصل 11 وبين الحكم كحجّة وفقًا للفصل 443 من م. ا ع. واستشهدت المحكمة في ذلك بما أكّده الأستاذ علي المزغني في تعليقه على مجلّة القانون الدّولي الخاص(ص 188) بأنّ هناك بعض الأحكام التي لا تستدعي التّنفيذ الجبري ولا تخضع بالتّالي لإجراءات الإكساء بالصّيغة التّنفيذية وتقتصر فاعليّتها على الجانب الموضوعي. (نزار كرمي، فقه قضاء حديث- تحكيم، 2017، ص66) يستدعي هذا القرار بعض الملاحظات. ولئن كان للأحكام الأجنبيّة قوّة ثبوتيّة بمعزل عن الصّيغة التّنفيذية إلاّ أنّها لا تشذّ في رئينا عن مبدإ المراقبة خاصّة إذا كان النّزاع يتعلّق بما فصلت فيه المحكمة الأجنبيّة وليس بالمسائل العرضيّة التي أشهدت عليها ولم يقم النّزاع حولها والتي تمثّل موضوع القوّة الثّبوتيّة. ويتمثّل الإشكال هنا في مدى خضوع حكم أجنبي بإبطال جزئي لحكم تحكيمي للمراقبة القضائيّة من خلال إكسائه بالصّيغة التّنفيذية. كما على عكس ما ذهبت إليه محكمة التّعقيب فإنّ الفقرة الثّانية من الفصل 12 من م.ق.د.خ لا تقرّ لمضمون الأحكام الأجنبيّة بقوّة ثبوتيّة إلاّ بتوفّر شرطين هما غياب منازعة من أحد الأطراف وتوفّر شروط الإذن بالتّنفيذ على معنى الفصل 11. ونرى أيضا أنّ المحكمة خلطت بين الاعتراف المُباشر بالحكم الأجنبي القاضي بالإبطال وبين الاعتراف بقوّته الثّبوتية. ولئن كانت العلاقة قائمة بين الاعتراف المُباشر بالحكم وبين قوّته الثّبوتية إلاّ أنّ الاعتراف المُباشر يتسلّط على الحكم كاملاً بصفته قاعدة ملزمة في حين أنّ الاعتراف بالقوّة الثبوتيّة للحكم يتعلّق بما يقرّه القاضي بوصفه سلطة رسميّة تتمتّع أعماله بصفة الحجّة الرسميّة.

2074 المحكمة الابتدائية بقرنبالية، حكم عدد 25302 مؤرخ في 26 جانفي 1995، غير منشور، "طالما ثبت أنّ المحاكم الفرنسيّة أصدرت بين الزّوجين حكما بإيقاع الطّلاق بين الزوجة الفرنسيّة والزّوج التّونسي وهو الآن محلّ نظر قصد إكسائه بالصّيغة التّنفيذية فإن دعوى الطّلاق المرفوعة من الزّوج أمام المحاكم التّونسية تكون سابقة لأوانها ويتّجه رفضها تجنّبا لصدور أحكام قضائيّة متناقضة بين نفس الأطراف"، نفس المرجع، ص 184 ; محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 50326 مؤرخ في 27 ماي 1998 غير منشور، "طالما تبيّن أنّه قد صدر حكم فرنسي بالطّلاق بطلب من الزوجة الفرنسيّة قبل انعقاد أوّل جلسة في قضيّة الطّلاق التي رفعها بتونس الزوج التّونسي كما تمّ إعلام الزوج بالحكم الفرنسي فلم يطعن فيه بالاستئناف فإنّه يكون من الثّابت أنّ المحاكم التونسيّة لم تتعهّد بالنّزاع إلاّ بعد القيام بنشره لدى القضاء الفرنسي المختصّ وصدور حكم فيه تطبيقا لأحكام الفقرة الرّابعة من

وكلّ ما سبق من تحليل يدعونا إلى القول بأنّ الفصل 482 من مجلّة الالتزامات والعقود يُحيل إلى فكرة المُراقبة التي تُؤسّس للاعتراف بقوّة اتّصال القضاء بالحكم الأجنبي ولا يُفيد أنّ هذه الخاصّية تكتسب من تاريخ الإذن بالتّنفيذ أو أنّ حكم التّنفيذ هو الذي يُنشئها. وتبعا لذلك كلّما مارست المحكمة سلطتها في مراقبة الحكم الأجنبي سواء كان ذلك في نطاق إجراءات التّنفيذ أو في نطاق الاعتراف المُباشر إلاّ وأمكن تفعيل خاصّية اتّصال القضاء وذلك خاصّة عند الدّفع بها في حالة تنازع الدّعاوى وبهذا يقوم التّناقض بين الدّعاوى ولا يتوقّف على الإذن بالتّنفيذ.

الفصل 318 من م. م. م. ت" . تبيّن بالاطلاع على الحكم الفرنسي أنّه صدر عن هيئة قضائيّة مختصّة وفقا لقانون البلد الأجنبي الصّادر فيه وقد أحرز على قوّة اتّصال القضاء ومازال قابلا للتّنفيذ بالبلد الصّادر فيه. لئن تعهّدت المحكمة التّونسية بدعوى الطّلاق المرفوعة من الزوج قبل قيام الزوجة بطلب إكساء الحكم الفرنسي بالصّيغة التّنفيذية فإنّه يتعذّر إعادة النّظر في دعوى الطّلاق طالما لم تبتّ المحكمة المُتعهّدة بدعوى الإكساء في إمكانيّة تنفيذ حكم الطّلاق بتونس والذي ثبت أنّه صدر قبل تعهّد القضاء التّونسي بالموضوع. طالما لم يتصلّ القضاء في شأن دعوى إكساء الحكم الفرنسي بالصّيغة التّنفيذية فإنّ دعوى الطّلاق المرفوعة أمام المحاكم التّونسية تصبح سابقة لأوانها ممّا يتّجه مع رفضها. نفس المرجع، ص 185 ; محكمة ناحية تونس، حكم عدد 83278 مؤرخ في 6 نوفمبر 2003، غير منشور، "ثبت من الحكم الصّادر عن قاضي الشّؤون العائلية بفرنسا أنّه تقرّر بناءً على اتّفاق الزّوجين التّونسيين التّفريق الجسدي بينهما كما تضمّن المصادقة على الاتّفاقية النّهائية المُبرمة بينهما حول آثار التّفريق الجسدي والمُتضمنة لالتزام الأب بأداء نفقة شهريّة للأبناء تدفع للأم كما تضمّنت الاتّفاقية عدم وجوب دفع أي نفقة للزوجة. بغض النّظر عن البحث في مسألة الاعتراف بمؤسّسة التّفريق الجسدي في القانون التّونسي وترتيب الآثار القانونيّة للأحكام الأجنبيّة الصّادرة بها بين زوجين تونسيّين فوق التّراب التّونسي من عدمه، فإنّ القاضي التّونسي وتجسيما لمبدإ التّعاون الدّولي، لا يمكنه سوى الاعتراف بحجيّة ما قضت به تلك الأحكام، بصورة عرضيّة، متى تعلّق النّزاع المعروض أمامه بنفس الأطراف ونفس الموضوع الذي بتّ فيه الحكم الأجنبي (ولو في أحد فروعه)، ويشترط أن يكون ذلك الحكم أو أحد فروعه متمتّعا بقوّة الأمر المقضي به بالبلد الذي صدر به وعليه الامتناع عندئذ عن إصدار حكم جديد بين الطّرفين وإلاّ آل الأمر إلى وجود حكمين في نفس الموضوع. طالما ثبت وجود اتّفاق قائم بين الطّرفين ومُصادق عليه من هيئة قضائيّة رسميّة في شكل حكم قضائي ملزم لهما يتمتّع بقوّة الأمر المقضي به ومُنتج لآثاره القانونية بالبلد الذي صدر فيه والذي هو مكان تنفيذه، متضمّنا التزام الزوج بالإنفاق على ابنيه وتنازل الزوجة عن نفقتها، فإنّ دعوى النّفقة المرفوعة عن الزوجة تصبح في غير طريقها لاتّصال القضاء في الموضوع. (أولويّة الحكم الأجنبي لاتّصال القضاء به في بلاده والاعتراف به بصفة عرضيّة وليس في نطاق دعوى إكساء. نفس المرجع، ص .189.

الجزء الثّالث : القانون المُنطبق على شروط التّناقض

لا يحصل تناقض الدّعاوى بمجرّد وجود دعويّين جاريتين في خصوص نفس الموضوع والسّبب والأطراف بل يجب أن يفصل في القانون الذي يحُدّد اتّحاد هذه العناصر وأن يتحدّد التّناقض وفقه. فاختلاف القوانين حول هذه المسألة من شأنه أن يمنع قيام التّناقض. وبالتّالي فإنّ التّناقض يتحدّد وفقًا للقانون الذي يعتمده قاضي الدّولة الذي يُثار أمامه إشكال تنازع الدّعاوى والأحكام. ففي خصوص مثلا شرط اتّحاد سبب الدّعوى، إذا كان القانون الأجنبي يعتمد في تعريف سبب الدّعوى أساسها الواقعي وكان قانون دولة القاضي الذي تعهّد بدعوى منافسة يعتمد أساسها القانوني[2075] ووقع القيام لديه على أساس قانوني مختلف، فلا يقوم التّناقض بين الدّعاوى الجارية أمامه إذا ما طبّق قانون دولته، ويقوم في المقابل التّناقض إذا ما اعتمد القانون الأجنبي. ولا يقوم التّناقض أيضا إذا تعلّق التّنازع بحكم قضائي أجنبي يختلف في توصيف درجته المُوجبة لاتّصال القضاء به عن توصيف قانون دولة القاضي. فإذا كان هذا القانون يعتبر أنّ الحكم الأجنبي لم يتّصل به القضاء فلا يقوم التّنازع حتى ولو اكتسب هذا الحكم هذه الصّفة في نظامه القانوني. والأمر نفسه إذا اختلفت شروط استثناء اتّصال القضاء من اتّحاد عناصر الدّعاوى (الموضوع والسّبب والأطراف) تبعا لاختلاف القوانين المُتنازعة في نفس المسألة كما هو الشّأن بالنّسبة لتنازع الدّعاوى. وعليه ندرسُ تباعا مسألة القانون المُنطبق على توصيف الحكم الأجنبي بصفة الحكم المُتّصل به القضاء ومسألة القانون المُنطبق على شرط اتحّاد عناصر الدّعاوى المُتنازعة من موضوع وسبب وأطراف الدّعوى. ويمثّلُ شرط اتّحاد عناصر الدّعوى الاستثناء الذي يُعطّل النّظر في الدّعوى الجديدة سواء كانت هذه العناصر ما زالت محلّ نظر في نطاق دعوى أجنبيّة جارية أم فصل فيها النّزاع بحكم أجنبي اتّصل به القضاء، مع مراعاة الفُروقات في مدى هذا التّعطيل.

وفي ما يتعلّق بالقانون المُنطبق على اتّصال القضاء بالحكم الأجنبي يذهبُ شقّ من الفقه إلى القول باختصاص القانون الأجنبي المُتمثّل في قانون بلد المحكمة التي أصدرت الحكم سواء تعلّق الأمر بمحتواها أو بمداها لتعلّق بمسألة إجرائيّة.[2076] فالقانون الإجرائي الأجنبي يختصُّ بتوصيف درجة الحكم وآثاره بوصفه قانون المحكمة التي أصدرت الحكم. ولئن استقام هذا الاتّجاه فإنّه يدعونا إلى طرح الملاحظات التّالية: إنّ اتّصال القضاء ليس بأثر للحكم بل هو خاصّية أو صفة تُلحق به من قبل النّظام القانوني للدّولة وهو أيضًا صفة وظيفيّة إجرائيّة ليست ضروريّة للحكم القضائي ليقوم كقاعدة مُلزمة وذلك على غرار القوّة التّنفيذية للحكم. وعليه يجب أن تخضع هذه الصّفة إلى النّظام الإجرائي لدولة التّنفيذ مثلها مثل القوّة التّنفيذية للحكم. وبما أنّ الهدف من منح هذه الصّفة هو قطع المُنازعة القضائيّة ومنع تجدّد النّزاع برفع دعوى ثانيّة فإنّ هذه الدّعوى تكون في دولة التّنفيذ وبالتّالي وجب أن تخضع إلى قانون هذه الدّولة، فهي التي تحدّد هذه الصّفة ومداها والنّتائج المترتّبة عنها خاصّة وأن التّكييف كقاعدة عامّة يخضع إلى قانون دولة القاضي المُتعهّد بالنّزاع. ويمُكّن هذا الرّأي من تلافي التّناقض في الإجراءات الذي قد يحصل نتيجة لاختلاف النّتائج القانونيّة المُترتّبة عن اتّصال القضاء بالحكم، حيث يمُكن أن يُعتبر قانون دولة التّنفيذ أنّ اتّصال القضاء بالحكم لا يهمُّ النّظام العام في حين يعتبره قانون دولة الحكم من النّظام العام، كما يمكن أن يأخُذ الدّفع به في دولة التّنفيذ شكل الدّفع بعدم القُبول في حين يأخذُ الدّفع به في دولة الحكم شكل الدّفع الإجرائي. هذه الدّفوع تنتمي إلى صنف الإجراءات وبالتّالي لا يُتصوّر تطبيق قواعد إجرائيّة أجنبيّة عليها لتعلّق الأمر بسيادة الدّولة.[2077] ورغم وجاهة هذا الرأي إلاّ أنّه لا يُمكن أخذه على اطلاقه لتعلّق الأمر بنزاع حول الإجراءات القضائيّة. ومن هنا وجب احترام سيادة كلّ نظام قانوني والفصل بين اختصاص قانون دولة المحكمة وقانون دولة التّنفيذ بطريقة لا يُضرّ بها أيّ نظام قانوني، ولا يُمكن أن يتحقّق هذا الهدف إلاّ بالفصل بين صفة اتّصال القضاء- L'autorité de la chose jugée- والدّفع باستثناء اتّصال القضاء - L'exception de la chose jugée- وإخضاع كلّ منهما لقانون خاص به. وفي

2075 حول تعريف سبب الدّعوى وأثره على نطاق استثناء اتّصال القضاء بالحكم يُراجع : فيصل محجوب، سبب الدّعوى في قرينة اتّصال القضاء، الدّعوى المدنية، ص.187.

2076 H. PÉROZ, op.cit.,n° 221 et s.

2077 F. TERRÉ, les conflits de lois en matière d'action en justice, Travaux du Comité français de droit international privé Année 1967, 25-27, pp. 111-149

هذا الاتّجاه ذهب الفقيه Mayer2078 إلى التمّييز بين اتّصال القضاء واستثناء اتّصال القضاء وإلى إخضاع الأوّل إلى قانون دولة الحكم وإخضاع الثّاني إلى قانون دولة التّنفيذ (قانون المحكمة المتعهّدة بالنّزاع). ويختصّ قانون دولة الحكم بتحديد درجة الحكم وصفته في النّظام القضائي الذي ينتمي إليه. وفي ما عدا هذه المسألة فإنّ بقيّة المسائل الإجرائيّة الضّرُورية لإعمال هذه الصّفة والدّفع بها تخضع لقانون دولة التّنفيذ أو دولة القاضي. غير أنّ هذا الفقيه يرى أنّ هذا الحكم لا ينطبق إلاّ على الأحكام التي تخضع للاعتراف المُباشر في حين أنّ الأحكام الكاشفة الذّمية -Jugements déclaratifs patrimoniaux- لا تتمتّع بقوّة اتّصال القضاء إلاّ من وقت الإذن بتنفيذها، وعليه لا تخضع هذه الخاصّية إلى قانون دولة الحكم بل إلى قانون دولة القاضي. وكما رأينا في تحليلنا لدور الإذن بالتّنفيذ على اكتساب الحكم الأجنبي لقوّة اتّصال القضاء أنّ هذا الإجراء ليس له مفعول مُنشئ لهذه الخاصيّة بل هو يقرّها فقط في النّظام القانوني لدولة القاضي بعد مراقبة الصّحة الإجرائيّة للحكم الأجنبي. وعليه نرى أنّ اتّصال القضاء بهذا النّوع من الأحكام يخضع مثله بقية الأحكام إلى قانون دولة الحكم الأجنبي. ويُعتبر هذا الحلّ منطقيًّا لأنّه لا يمكن إخضاع تكييف الحكم الأجنبي إلى قانون دولة القاضي لتعلّق الأمر بمسألة إجرائيّة سياديّة تخصّ الصّحة الإجرائيّة للحكم الأجنبي. في حين أنّه يمكن إخضاع الدّفع باتّصال القضاء إلى قانون دولة القاضي لأنّ الهدف من هذا الدّفع هو وضع حدّ للتّقاضي داخل النّظام القانوني لدولته وهذا يتطلّب إعمال الوسائل الإجرائيّة اللاّزمة لذلك. وتشمل تلك الوسائل استثناء اتّصال القضاء وتكييف الدّفع به إجرائيّا وشروطه من وحدة الموضوع والسّبب والأطراف.

ويذهب اتّجاه آخر إلى إخضاع استثناء اتّصال القضاء إلى قانون الدّعوى "La loi d'action". غير أنّ هذا القانون يحتاج بدوره إلى تحديد. فهل هو قانون دولة القاضي أم هو القانون المُطبّق على أصل النّزاع "La lex cause".2079 وبالنّظر إلى أنّ الدّعوى القضائيّة هي مفهوم إجرائي بالأساس فإنّ الفقه يُخضعها عموما إلى قانون دولة القاضي "La lex fori" ويصعبُ الحديث في شأنها عن تنازع القوانين على غرار تنازع قواعد الاختصاص القضائي.2080 وبالتّالي فإنّ القاضي يطّبقُ قانون دولته الإجرائي. وما يُدعّم هذا الرّأي هو أن قواعد الإجراءات المدنيّة تُعتبر من قواعد القانون العام. ورغم وجاهة هذا الاعتبار إلاّ أنّه لا يعكسُ الطّبيعة الهجينة لمادّة الإجراءات المدنيّة. فهي تعتبر من المواد التي تنهل من قواعد القانون الخاص أو على الأقلّ من القواعد التي تتّخذ موضوعا لها المطالبة بالحقوق الذّاتية. وتتّضح هذه الطّبيعة من خلال مميّزات الدّعوى المدنيّة التي تصطبغ بخصائص القانون الذّاتي المُطالب به. فرغم أنّ الدّعوى المدنيّة تُعتبر مفهومًا مستقلاّ عن الحقّ الذّاتي إلاّ أنّها تصطبغ بأوصافه وتتأثّرُ بأحكامه.

وبناء على هذه العلاقة الوثيقة بين الدّعوى المدنيّة والحقّ الذّاتي يصبحُ من المشرُوع إخضاع الدّعوى المدنيّة في بعض أوجهُها إلى قواعد القانون الخاص وبالتّالي إلى القانون المُنطبق على الحقّ الذّاتي المُتنازع في شأنه. 2081 وعليه وجب البحث في المعيار الذي بواسطته يقع الفصل في نطاق تطبيق كلّ من قانون دولة القاضي والقانون الذي يحكم أصل النّزاع. يُميّز الفقه عموما في هذا الخصوص بين القواعد الإجرائيّة الخالصة التي تهمُّ تنظيم القضائي مثل قواعد الاختصاص القضائي وآجال رفع الدّعوى وآجال الاستئناف وقواعد رفع الدّعوى أو عموما القواعد التي تحكم تكوّنَ الخصومة القضائيّة وسيرها،2082 وبين القواعد التي ترتبط بالحقّ الذّاتي والتي يمكن أن تخضع إلى القانون الذّي ينطبق على أصل النّزاع رغم قوّة جذب قانون دولة القاضي. ويرتبط من هذا المنظور بالحقّ الذّاتي عديد المفاهيم التي تُؤثر في الدّعوى المدنيّة، نذكر منها على سبيل المثال المصلحة والصّفة والتّقادم. وبالتّالي يمُكن أن يُؤسّس هذا التّرابط في خصوص هذه المفاهيم لتطبيق القانون المُنطبق على أصل النّزاع.

2078 P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 7e éd. Montchrestien, Paris, 2001, n°403

2079 Selon la définition de M. G. CORNU, la lex causae est la "loi compétente pour régir la situation litigieuse ou la situation juridique envisagée ", « Vocabulaire juridique », Association H. Capitant, PUF, 1987. p. 464.

2080 F. TERRÉ, op.cit. p.113

2081 F. TERRÉ, op.cit., p.116

2082 Paris, 22 févr.1957, Rev. erit. dr. intern, privé, 1958, p. 84, note Loussouarn ; Hébraud, Obs. Rev. trim. dr. civil, 1951, p. 408. Cité par François Terré, op.cit., p. 118

فبالنّسبة للمصلحة في الدّعوى قد يقودنا المبدأ الإجرائي" لا قيام دون مصلحة" إلى تطبيق قانون دولة القاضي بصفة آليّة باعتباره قاعدة إجرائيّة راسخة في كلّ القوانين الدّولية، إلاّ أنّ هذا المبدأ لا يكفي لتحديد المصلحة. فهي مفهوم مرتبط بالحقوق الذّاتية، وهذه الحقوق تختلف من دولة إلى أخرى، وعليه يصبحُ من المنطقي إخضاعها إلى تنازع القوانين لتحديد القانون المُختصّ بهذه المسألة. أمّا بالنّسبة للصّفة فهي تخضع إلى نفس الحُكم نظرا لارتباطها القوي بالمصلحة. فمن تتوفّر له المصلحة تتوفّر له عادة الصّفة. كما أنّ الصّفة بوصفها السّند القانوني الذي يمنح حقّ القيام[2083] ترتبط ضرورة بالقانون المُنطبق على أصل النّزاع وهذا الأخير يتحدّدُ وفق قواعد تنازع القوانين. وعلى خلاف المصلحة والصّفة يُثير التّقادم أكثر صعوبة في تكييفه نظرا لتضارب النّصوص القانونيّة المتعلّقة به ولعلاقته الوثيقة بالدّعوى والحقّ الذّاتي في الآن نفسه.[2084] ويرى جانب مهمّ من الفقه في هذا الخصوص أنّ التّقادم يلمسُ أصلَ الحقّ ويضربُ الالتزام نفسه وليس الدّعوى المتعلّقة به. وبهذا فإنّ التّقادم يُعتبر مسألة خاصّة بالقانون المدني ".[2085] وهذا التّوصيف ينسجمُ مع الحلّ الذي وقع اعتماده في خصوص القانون المُنطبق على التّقادم عند تنازع القوانين، حيث يُجمع تقريبا فقهاء القانون الدّولي الخاص على أنّ التّقادم يخضعُ إلى القانون المُنطبق على الأصل وليس إلى قانون دولة القاضي. ويُبرّر الفقهاء اختصاص هذا القانون بكونه يُجنّب المدين مخاطر عدم توقّعية الحلول أو حتى الغشّ من طرف الدّائن عندما يسمح له باختيار المحكمة المختصّة دوليّا وذلك باختيار المحكمة التي ينصُّ قانونها على تقادم أطول. ويرى الفقيه Motulsky في هذا الصّدد أنّ التّقادم يجب أن يخضع إلى القانون المُنطبق على الأصل رغم اعتباره لطبيعته الإجرائية لأنّ مثل هذا الحلّ يحقّق استقرار القانون المادّي المُنطبق على الأصل. ويُلاحظ في موضع أخر أنّ مُدّة التّقادم مرتبطة ارتباطا وثيقًا بالحقّ الذّاتي أو المُؤسّسة المتعلّقة به، وعليه فإنّ إخضاع التّقادم إلى قانون أخر من شأنه أن يُضرّ بالسّلامة القانونية وأن يُؤدّي إلى تجزئة الرّابطة القانونيّة بين عدّة قوانين.[2086]

وقد وقع تكريس اختصاص هذا القانون في المجلّة المدنيّة الفرنسية حيث نصّ الفصل 2221 منها على أنّ التّقادم المُسقط يخضعُ إلى القانون الذي يحكم الحقّ الذي يُؤثّر فيه.[2087] كما وقع تكريسه في اللاّئحة الأوروبيّة روما (I) المتعلّقة بالقانون المنطّبق على الالتزامات التّعاقدية في الفصل 12 منها،[2088] وأيضا في اللاّئحة الأوروبيّة روما (II) المتعلّقة بالقانون المنطبق على الالتزامات غير التّعاقدية في الفصل 15 منها.[2089] وتسحب هذه الفصول اختصاص هذا القانون على التّقادم وكذلك على آجال السّقوط. وسارت

2083 "Titre qui donne à une personne le pouvoir d'exercer en justice le droit dont elle demande la sanction", P. PERROT, Droit judiciaire privé, Les cours de droit 1981, Paris, p.87

2084 يُراجع حول تكييف التّقادم، فيصل محجوب الدّعوى المدنية، مجمّع الأطرش للكتاب المختص، 2024، فقرة 131 وما يليها ;

M. BANDRAC, " La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile ", Thèse, Paris II, Economica, 1986

2085 J. CARBONNIER, Notes sur la prescription extinctive , RTD. civ., 1952, p.181 " :Mais les mécanismes probatoires ne sauraient rendre compte entièrement du comportement jurisprudentiel, car la prescription touche au fond du droit et peu libérer un débiteur lors même qu'il serait avéré qu'il n'a pas point acquitté sa dette "; p. 176 : " C'est parce que la prescription extinctive est conçue dans un intérêt privé, c'est aussi parce qu'elle a quelque chose d'injuste que son utilisation est laissée à la conscience du débiteur. C'est ce que l'on exprime en disant que de l'obligation civile éteinte s'échappe une obligation naturelle ".

2086 H. MOTULSKY, Rép. Dalloz dr.int. (1re éd.), v° :Procédure civile et commerciale, n°43.

2087 Art. 2221 c.civ., "La prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte".

2088 Art .12 c.pro.civ., "La loi applicable au contrat en vertu du présent règlement régit notamment : d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai.." ..

2089 Art .13, "La loi applicable à une obligation non contractuelle en vertu du présent règlement régit notamment : le mode d'extinction des obligations ainsi que les règles de prescription et de déchéance fondées sur l'expiration d'un délai, y compris les règles relatives au point de départ, à l'interruption et à la suspension d'un délai de prescription ou de déchéance."

ISSN:2509-0291

القوانين الأنجلوسكسونيّة على منوال القانون الفرنسي والقوانين الأوروبيّة رغم أنّها كرّست تقليديّا الطّبيعة الإجرائيّة للتّقادم 2090.

وتبنّى المُشرّع التّونسي نفس الحلّ الذي تبنّته القوانين الأوروبيّة والأنجلوسكسونية في خصوص تنازع القوانين حول التّقادم حيث أخضعه إلى القانون المُنطبق على الأصل على العقد وذلك رغم ما تُوحي به صيغة بعض الفصول الأخرى من اعتبار أنّ التّقادم هو مسألة إجرائيّة. إذ نصّ الفصل 64 من مجلّة القانون الدّولي الخاصّ على أنّ "القانون المُنطبق على العقد يُنظّم خاصّة...الأوجه المُختلفة لانقضاء الالتزامات وسقوطها بمرور الزّمن وتقادمها المُؤسّسة على انقضاء الآجال". ويُفهم من صيغة الفصل 75 من نفس المجلّة أنّ تّقادم الالتزامات القانونيّة يخضعُ إلى القانون المُنطبق على هذه الالتزامات. فرغم عدم ذكر التّقادم ضمن نطاق هذا القانون إلاّ أنّ تعداد المسائل المشمُولة به قد ذُكرت على سبيل المثال، وهو ما يجُعله يشمل انقضاء الالتزامات القانونيّة وتقادُمها.

وبناءً على ما تقدّم من ملاحظات حول القانون المُنطبق على المفاهيم التي تُؤثّر في الدّعوى وفي القانون المُنطبق عليها يُمكن القول أنّ قانون الدّعوى بذاته يتغيّرُ حسب طبيعة القواعد التي تُؤثّر في الدّعوى ولهذا يجب تحديد طبيعة كلّ من قاعدة اتّصال القضاء وقاعدة استثناء اتّصال القضاء لتحديد القانون المُنطبق عليها.

يُعتبر اتّصال القضاء في الآن نفسه صفة وقرينة دالّتين على أنّ الحكم استنفد طرق الطّعن العادية وأنّه خضع إلى كلّ الإجراءات التي تضمنُ صحّة ما قُضي به. وهذه الصّفة أو القرينة تمنعُ معاودة النّزاع في خصوص نفس الموضوع ونفس السّبب وبين نفس الأطراف. ولهذا يمُكن الدّفع باستثناء اتّصال القضاء بالحكم لمواجه دعوى جديدة في خصوص نفس الموضوع ونفس السّبب وبين نفس الأطراف. ومن الواضح هنا أنّ اكتساب صفة اتّصال القضاء هي نتيجة مباشرة لقواعد إجرائيّة صرفة في النّظام الإجرائي لدّولة الحكم. فقانون المحكمة هو الذي يُحدّد طبيعة الحكم الذي يضع حدّا للنّزاع ولا يمكنُ أن ينازعهُ قانون آخر في ذلك وإلاّ اعتُبر ذلك تدخُّلا في سيادة الدّولة التي أصدرت محكمتها الحكم. وبالتّالي فلا مَحيص عن خضوعه إلى قانون محكمة الدّولة.2091

ولئن كان الإجماع حاصلا تقريبا على هذا القانون إلاّ أنّ الأمر مختلف بالنّسبة للدّفع بهذه الصّفة نظرا لارتباطها بالقانون المُنطبق على أصل النّزاع على غرار التّقادم والمصلحة كما رأينا أعلاه. فسبب الدّعوى2092 وموضوعها مُرتبطان بصفة وثيقة بالقانون المُنطبق على أصل النّزاع2093 ولأجل هذا فإنّ القوانين المدنيّة هي التي تُحدّد نطاق هذا الدّفع. ففي القانون المدني التّونسي تُنظّم الفصول 480 من مجلّة الالتزامات والعقود وما يليها هذه الصّفة وطبيعتها ونطاقها والآثار المترتّبة عنها.

2090 B .FAUVARQUE-COSSON, La prescription en droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé 16e année, 2002-2004. 2005, pp. 235-272, V. p.224 et S.
https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_2005_num_16_2002_1150 (04/04/2023);
A .MOTULSKY-FALARDEAU, Les aspects historiques de la qualification de la prescription en droit international privé, Les Cahiers de droit, Volume 55, numéro 4, décembre 2014 .

2091 "Si le jugement a autorité de la chose jugée, c'est que le souverain, dans l'intérêt social, veut que le procès soit définitivement clos. Or cela, il ne peut le vouloir que là où s'exerce sa volonté", A. LAINE, "Considérations sur l'exécution forcée des jugements étranger en France ", Revue critique de législation et de jurisprudence .1902.619 ; J.P. NIBOYET, Cours de droit international privé, Sirey, Paris, 1946, n°717, qui explique que l'autorité de la chose jugée est un ordre du souverain adressé au juge et que c'est donc une règle d'organisation judiciaire, cité par H. PÉROZ, op.cit, note, n°532, p.132 .

2092 يُراجع حول مفهوم سبب الدّعوى في قرينة اتّصال القضاء، فيصل محجوب، الدّعوى المدنيّة، مرجع سابق، ص.187 وما يليها.

2093 ; F. TERRÉ, op.cit, 134. 227 H. PÉROZ, op.cit.,n°

وفي موضع آخر تُمثّل الطّبيعة المُختلطة للدّفع باستثناء اتّصال القضاء قوّة جذب نحو قانون دولة القاضي (دولة التّنفيذ) وذلك لسببين أساسيّين: يتمثّل السّبب الأوّل في أنّ الدّفع باستثناء اتّصال القضاء يُعتبر دفعًا بعدم القبول ينصبُّ مباشرة على قبول الدّعوى من أساسها وهو دفع مختلط بين الدّفوع الموضوعية والدّفوع الإجرائيّة. وفي هذا النّوع من الدُّفوع يكتفي الخصم بإثبات أنّ الدّعوى لا تستجيب للشّروط الخاصّة التي حدّدها المُشرّع لقبولها دون الخوض في الأصل أو في الإخلالات الإجرائيّة. ورغم أنّ الدّفع بعدم القبول من أكثر المفاهيم المُختلف في طبيعتها فقهًا وقضاءً، إلاّ أنّه يتسلّط على الدّعوى كإجراء قضائي يخضع لقانون دولة المحكمة المُتعهّدة بالدّعوى. وبالتّالي فإنّ قانون هذه المحكمة يجرُّ إليه كلّ حالات الدّفع بعدم القبول. ويتمثّل السّبب الثّاني في أنّ قبول الدّفع باستثناء اتّصال القضاء يتطلّب أن يقع التّطابق بين ما قُضي به واتّصل به القضاء في الحكم الأجنبي وبين ما أُدُّعي به لدى المحكمة المُتعهّدة من حيث الموضوع والسّبب والأطراف. فالفصل 481 من مجلّة الالتزامات والعقود يشترطُ تحقّق وحدة هذه العناصر في الحكم المُتّصل به القضاء والدّعوى الجديدة المرفوعة أمام القاضي. وينتج عن ذلك أنّ القاضي المُتعهّد بالدّعوى يُكون مُلزمًا بتكييف تلك العناصر وفق قانون دولته. ويجرُّ هذا التّكييف ضمنًا قانون دولة القاضي في تطبيق استثناء اتّصال القضاء لتعلّق شروطه بمفاهيم إجرائيّة ولئن كانت تتحدّدُ في جزء كبير منها بالقانون المُنطبق على أصل النّزاع وهو ما يخُضع تكييفها كمبدإ عامّ إلى قانون دولة القاضي. فسبب الدّعوى على سبيل المثال قد يتطابق مع سبب الالتزام ولكن هذا التّطابق ليس ضروريًّا فهو يرتبطُ بالتّكييف الذي يعتمدهُ القاضي له. وموضوع الطّلب قد يختلف تحديده من دولة إلى أخرى حسب التّصوّر المعتمد لمبدإ ثبات النّزاع ومبدإ التّقاضي على درجتين. كما أنّ تحديد ما فُصل فيه من نزاع يرتبطُ بتصوّر قضائي لوظيفة منطُوق الحكم ولوظيفة مختلف أسباب الحكم.

يتّضح من تحليل طبيعة الدّفع باستثناء اتّصال القضاء أنّه يجذبُ إليه كلّ من القانون المُنطبق على أصل النّزاع وقانون دولة القاضي وأنّه يصعب تغليب أحد القانونين على الآخر. فتغليب قانون على آخر لا يُحقّق استقرار النّزاع كهدف منُوط من صفة اتّصال القضاء بالأحكام ويُفشل الدّفع بها لدى المحكمة المُتعهّدة بالنّزاع ثانية. وليحصل التّطابق بين عناصر الحكم الأجنبي وعناصر الدّعوى الجديدة يجبُ أن يقع التّوفيق بين القانون المُنطبق على أصل النّزاع وقانون دولة القاضي. ويذهب الفقيه François Terré في هذا الاتّجاه في خصوص القانون المُنطبق على الدّعوى القضائيّة لأنّها تتأرجح حسب الفرضيّات بالنّظر إلى طبيعة قواعدها بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون الإجرائي.[2094] فالقاضي المُتعهّد بالدّعوى الجديدة يجبُ عليه قدر الإمكان تطبيق القانون المُنطبق على أصل النّزاع كلمّا لم يتعارض مع النّظام العام الدولي ولم يخرق قواعد النّظام العام الإجرائي لقانون دولته. ويستجيب هذا الحلّ لمبدإ التّعاون الدّولي للاعتراف بالأحكام الأجنبيّة خاصّة. وبما أنّ الأمر في تحديد شروط استثناء الاتّصال القضاء من مطابقة بين عناصر الحكم الأجنبي والدّعوى المرفُوعة يتعلّق بتكييف مفاهيم إجرائيّة تتأثّرُ في طبيعتها بقواعد القانون الخاص يجبُ أن يقع توسيع وتطويع المفاهيم الإجرائيّة لقانون دولة القاضي لتشمل ضمن نطاقها المفاهيم الإجرائيّة للقانون الأجنبي المُنطبق على أصل النّزاع.[2095] ورغم أنّ الفصل 27 من مجلّة القانون الدّولي الخاص يتعلّق بالتّكييف لأجل تطبيق قاعدة تنازع القوانين إلاّ أنّه يحملُ في طياته توجهًا عامًّا يشملُ جميع حالات التّنازع بما فيها تنازع القوانين الإجرائيّة، حيث يُوجب في فقرته الثّالثة أن يُؤخذَ بعين الاعتبار عند التّكييف مُختلف الأصناف القانونيّة الدّولية وخصائص القانون الدّولي الخاص.

2094 F.TERRÉ, op.cit., p135 et s..

2095 في نفس الاتّجاه يُراجع حول التّكييف لتحديد تنازع شروط أو عناصر استثناء اتّصال القضاء:
H. PÉROZ, op.cit.,n°240 et s.

ونجدُ في فقه القضاء التّونسي ما يُدعّم ما سبق من تحليل حول القانون المُنطبق على اتّصال القضاء وعلى استثناء اتّصال القضاء. ففي خصوص القانون المُنطبق على صفة اتّصال القضاء ذهبت عديد المحاكم إلى الإحالة إلى قانون دولة الحكم[2096] دون الحاجة في بعض الحالات إلى تأسيس هذا الحلّ على سند قانوني بالنّسبة للأحكام والقرارات الصّادرة بعد صدور مجلّة القانون الدّولي الخاص باعتبار بداهة هذا الحلّ من منظور المحاكم، وفي بعض الحالات الأخرى تُؤسّسه على مبدإ التّعاون الدّولي الذي يفترض الاعتراف بقانون دولة الحكم. أمّا بالنّسبة للأحكام التي صدرت قبل صدور تلك المجلّة فإنّ المحاكم تُؤسّسه على الفصل 318 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة الذي يحُيل صراحة إلى قانون البلد الأجنبي في تحديد صفة اتّصال القضاء بالحكم الأجنبي. وفي ما يتعلّق باستثناء اتّصال القضاء فإنّ المحاكم تُشير إلى شروط اتّحاد الموضوع والأطراف دون أن تُثير مسألة تنازع القوانين في هذا الخصوص. ويمُكن تفسير هذا الموقف بأنّ المحاكم، على الأقلّ بالنّسبة للأحكام المنشورة، طبّقت قانونها على هذه الشّروط وهو ما لا يحتاجُ إلى تسبيب صريح طالما لم يقع إثارة هذا الموضوع من قبل أطراف النّزاع ولم يقع نزاع حول تلك الشّروط.[2097]

2096- محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 50326 مؤرخ في 27 ماي 1998 غير منشور، " طالما تبيّن أنّه قد صدر حكم فرنسي بالطّلاق بطلب من الزوجة الفرنسيّة قبل انعقاد أوّل جلسة في قضيّة الطلاق التي رفعها بتونس الزوج التّونسي كما تمّ إعلام الزوج بالحكم الفرنسي فلم يطعن فيه بالاستئناف فإنّه يكون من الثّابت أنّ المحاكم التونسية لم تتعهّد بالنّزاع إلاّ بعد القيام بنشره لدى القضاء الفرنسي المُختصّ وصدور حكم فيه تطبيقا لأحكام الفقرة الرّابعة من الفصل 318 من م. م .م. ت. تبيّن بالاطّلاع على الحكم الفرنسي أنّه صدر عن هيئة قضائيّة مختصّة وفقا لقانون البلد الأجنبي الصّادر فيه وقد أحرز على قوّة اتّصال القضاء ومازال قابلاً للتّنفيذ بالبلد الصّادر فيه." فاطمة الزهراء والحسين السالمي، المرجع السّابق، ص 185.

-قرار تعقيبي مدني عدد 69522 مؤرخ في 04 جانفي 1999 غير منشور، "إكساء الحكم الاجنبي بالصّيغة التّنفيذية ما هو إلاّ إجراء قضائي يُقصد به منح الحكم قوّة تنفيذيه بتونس فيكون قابلا للتّنفيذ الجبري بها كما هو قابل له في أرض الدّولة التي صدر فيها وقد رأى المشرّع التونسي توفيرا للوقت والجهد واقتصادا في المصاريف الاكتفاء بمراجعة الحكم الأجنبي قبل تنفيذه للتحقّق من توفّر الشّروط الوارد بها الفصل 318 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجارية وهي صدوره عن هيئه قضائيّة مختصّه وإحرازه على قوّة اتّصال القضاء وأن يكون المحكوم عليه قد مُكّن من الدّفاع على نفسه بعد استدعائه وأن لا يكون النّزاع من اختصاص المحكمة التونسية ولا يتعارض مع حكم سبق صدوره من محكمه تونسيّة ولا يتعارض مع النّظام العام بتونس"، فاطمة الزهراء والحسين السالمي، المرجع السّابق، ص. 147.

-محكمة ناحية تونس، حكم عدد 83278 مؤرخ في 6 نوفمبر 2003، غير منشور، " ثبت من الحكم الصادر عن قاضي الشّؤون العائليّة بقرنسا أنّه تقرّر بناء على اتّفاق الزّوجين التّونسيين التّفريق الجسدي بينهما كما تضمن المصادقة على الاتفاقية النّهائية المُبرمة بينهما حول آثار التّفريق الجسدي والمُتضمّنة لالتزام الأب بأداء نفقة شهريّة للأبناء تدفع للأم كما تضمّنت الاتّفاقية عدم وجوب دفع أي نفقة للزوجة. بغض النّظر عن البحث في مسألة الاعتراف بمؤسّسة التّفريق الجسدي في القانون التونسي وترتيب الآثار القانونيّة للأحكام الأجنبيّة الصّادرة بها بين زوجين تونسيين فوق التّراب التونسي من عدمه، فإنّ القاضي التونسي وتجسيما لمبدإ التّعاون الدّولي، لا يمكنه سوى الاعتراف بحجيّة ما قضت به تلك الأحكام، بصورة عرضية، متى تعلّق النّزاع المعروض أمامه بين نفس الأطراف وفي نفس الموضوع الذي بتّ فيه الحكم الأجنبي (ولو في أحد فروعه) ويشترط أن يكون ذلك الحكم أو أحد فروعه متمتّعا بقوّة الأمر المقضي به بالبلد الذي صدر به وعليه الامتناع عندئذ عن إصدار حكم جديد بين الطّرفين آل الأمر إلى وجود حكمين في نفس الموضوع. طالما ثبت وجود اتّفاق قائم بين الطّرفين ومُصادق عليه من هيئة قضائيّة رسمية في شكل حكم قضائي ملزم لهما يتمتّع بقوّة الأمر المقضي به ومنتج لآثاره القانونيّة بالبلد الذي صدر فيه والذي هو مكان تنفيذه، متضمّنا التزام الزوج بالإنفاق على ابنيه وتنازل الزوجة عن نفقتها، فإنّ دعوى النّفقة المرفوعة على الزوجة تصبح في غير طريقها لاتصال القضاء في الموضوع. (أولوية الحكم الأجنبي لاتّصال القضاء به في بلاده والاعتراف به بصفة عرضيّة وليس في نطاق دعوى إكساء)". فاطمة الزهراء والحسين السالمي، المرجع السّابق، ص.189.

- محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 15886 مؤرّخ في 13 أفريل 2005 غير منشور، المذكور أعلاه، المرجع السّابق، ص. 191.

المحكمة الابتدائية بتونس، حكم عدد 39768 مؤرّخ في 28 جانفي 2002 غير منشور، "يشترط للإذن بإكساء الحكم الأجنبي بالصّيغة التّنفيذية ثبوت صدوره عن هيئة قضائيّة مختصّة وفق الإجراءات القانونيّة الضّامنة لحقوق الدفاع وقابليّة الحكم للتّنفيذ بالبلاد الصّادر فيها وإحرازه على قوّة اتّصال القضاء لذلك القانون، وهي ذات الشّروط التي تجدها مُضمّنة بالاتّفاقية التّونسية الفرنسيّة للتّعاون القضائي سواء في المواد المدنيّة أو في مادة النفقات والحضانة"، المرجع السّابق، ص. 171.

-المحكمة الابتدائية بتونس، حكم عدد 42716 مؤرخ في 07 اكتوبر 2002 غير منشور: "طالما اتّضح أنّ الحكم الفرنسي الصّادر بالطّلاق بين زوجين تونسيين قد صدر عن هيئة قضائيّة مختصّة وأنّه أحرز على قوّة اتّصال القضاء ومازال قابلاً للتّنفيذ بالبلد الصّادر فيه فإنّ شروط إكسائه بالصّيغة التّنفيذية المنصوص عليها بالفصل 11 وما بعده من م. ق. د.خ تكون متوفّرة ممّا يتّجه معه الحكم بإكسائه بالصّيغة التّنفيذية وذلك بعد أن تمّ عرض ملفّ القضيّة على النّيابة العمومية عملا بالفصل 251 من م.م.م.ت."، المرجع السّابق، ص. 137.

2097 محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 22715 مؤرخ في 22 فيفري 2006 غير منشور، ص144" لا يشترط الفصل 17 فقرة (ه) من الاتّفاقية التّونسية الاسبانيّة صدور حكم في الأصل ولا يشترط اتّصال القضاء بالموضوع ولكن يشترط فقط ألاّ تكون أيّة محكمة من بين محاكم الدّولة المطلوب إليها قد تعهّدت بقضيّة مبنيّة على نفس الوقائع وبين نفس الأطراف ولها نفس الموضوع قبل القيام لدى المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه. يُستخلص من ذلك أنّ هناك اتّحاد في الموضوع واتّحاد فعلي وقانوني في الأطراف بين الحكم الاسباني موضوع الإكساء والحكم التّونسي السّابق صدوره. طالما تبيّن أنّ المحاكم التونسية سبق أن تعهّدت بقضيّة مَبنيّة على نفس الوقائع وبين نفس الأطراف ولها نفس الموضوع وأصدرت فيها حكما بالرّفض فإنّه لا يجوز إكساء الحكم الاسباني بالصّيغة التّنفيذية عملا بالفصل 17 فقرة (و) . بذلك فإنّ الحكم الإسباني موضوع طلب الإذن بالتّنفيذ لم يحترم هذه المبادئ الأساسيّة ممّا يجعله غير آبه بالأحكام التي صدرت في البلاد التّونسيّة ومن ثمّ متعدّيا على السّيادة التّونسية."

-المحكمة الابتدائيّة بتونس، حكم عدد 22591 مؤرخ في 14 ديسمبر 2001 غير منشور: "إذا تنازع حكمان وكان أحدهما صادرا عن المحاكم الوطنية فالأولويّة له لتتمتع الأحكام التّونسية بالأسبقيّة. لئن تعهّد القاضي الفرنسي أولاً بدعوى طلاق من الزوجة ثم تعهّد لاحقًا القاضي التّونسي بدعوى في نفس الموضوع بطلب من الزوج لكن الحكم صدر أوّلا بالطّلاق فإنّه يتمتّع بالأولوية بصفته صادرا عن المحاكم الوطنيّة وبصفته الأسبق في الصّدور."، المرجع السّابق، ص. 144.

الخاتمة

تركّز اهتمام الفقه عموما في خصوص التّنازع الدّولي للإجراءات القضائيّة على إيجاد تصوّرات وحلول لتنازع الدّعاوى والأحكام القضائيّة. غير أنّ تلك التّصورات والحلول تطلّب حلّ مشاكل أوليّة تُؤثّر بصفة مباشرة في قيام التّنازع بين تلك الإجراءات. فقيام التّنازع يُمثّل شرطًا أوليّا للبحث في إمكانيّة الاعتراف بالدّعاوى والأحكام الأجنبيّة رغم وجود دعاوى وأحكام وطنيّة تتعلّق بنفس الموضوع والسّبب وبين نفس الأطراف. وتُثير هذه المسألة عدد من الإشكالات القانونيّة يمُكن حصرها في ثلاث إشكالات أساسيّة، وهي على التّوالي شروط تناقض الأحكام والدّعاوى، وأثر الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي على تناقض الأحكام، والقانون المُنطبق على شروط التّناقض. وتُعتبر هذه الإشكالات مُرتبطة ببعضها البعض ويُحدّد البحث فيها وجود تناقض الدّعاوى والأحكام من عدمه.

ويُحيل الإشكال الأوّل والمُتعلّق بشروط تناقض الأحكام والدّعاوى إلى البحث في مدى وجوب توفّر شرط اتّصال القضاء بالأحكام المُتنازعة وتوفّر شروط الدّفع به من وحدة موضوع الدّعوى وسببها وأطرافها. فالمُشرّع لم يُحدّد مفهوم تناقض الأحكام والدّعاوى ولكن يمُكن تحديد ذلك المفهوم من خلال بعض النّصوص القانونيّة مثل الفصل 175 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجارية الذي عالج مسألة تناقض الأحكام الدّاخلية والفصل 480 من مجلّة الالتزامات والعقود الذّي عالج قرينة اتّصال القضاء بالأحكام. ورغم ذاك فإنّ هذا الشّرط يفترض بداهة النّظر إلى الدّور المنُوط بقرينة اتّصال القضاء التي تهدف أساسًا إلى تحقيق استقرار الوضعيات القانونيّة بعد الفصل فيها بحكم نهائي وذلك بمنع التّقاضي في خصوص نفس الموضوع والسّبب وبين ذات الخصوم. ويُؤدّي توفّر شروط الدّفع باستثناء اتّصال القضاء في الحكمين إلى تناقُضهما الحتمي. كما يكون التّناقض حتميّا بالنّظر إلى نفس تلك الشّروط بين حكم أجنبي ودعوى جارية لدى محكمة الدّولة، لأنّ تحقّق تلك الشّروط كاف لتحقُّق التّناقض بينهما. وينشأُ التّناقض بين الدّعاوى الجارية بتوفّر نفس تلك الشّروط رغم عدم صدور أحكام نهائيّة مُتصل بها القضاء لأنّ اتّحاد تلك الشّروط في الدّعاوى الجارية يُؤشّر إلى تناقضها المُستقبلي.

ولا يتحدّد التّناقض بمُجرّد توفّر صفة اتّصال القضاء في الحكم الأجنبي وشروط الدّفع بها في الحكم الوطني أو الدّعوى الجارية لدى محكمة الدّولة بل وجب الحسم في أثر إجراء تنفيذ الأحكام الأجنبيّة على اكتساب الحكم الأجنبي لتلك الصّفة ليتأكّد حصول شرط التّناقض، وهو موضوع الإشكال القانوني الثّاني. ويبدو من قراءة أوّلية للفصل 482 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ الأحكام الأجنبيّة لا يُمكن أن تكتسب صفة اتّصال القضاء بها إلاّ بعد الإذن بتنفيذها. غير أنّ المعنى الظّاهر لهذا الفصل يتعارض مع دور شكليّة الإذن بالتّنفيذ الذي يهدف في العمق إلى مُراقبة الصّحة الإجرائيّة للحكم الأجنبي التي تتأسّسُ عليها صفة اتّصال القضاء بالحكم الأجنبي. وبالتّالي فإنّ الإذن بالتّنفيذ لا يمنح للحكم الأجنبي قوّة اتّصال القضاء، فهي صفة يمنحها القانون الأجنبي وفق نظامه القانوني بل يعترفُ بها له فقط بعد اخضاعها للمراقبة. وهذه المراقبة يُمارسها قاضي الدّولة التّونسية من خلال إجراء الإذن بالتّنفيذ أو من خلال الاعتراف المُباشر عند الدّفع باتّصال القضاء بالحكم الأجنبي. وبهذا يقوم التّناقض بين الأحكام وبين الأحكام والدّعاوى الجارية بُمجرّد اعتراف قاضي الدّولة بالصّحة الإجرائيّة للحكم الأجنبي دون أن يتوقّف ذلك على إجراء الإذن بالتّنفيذ الذّي يهمُّ بالأساس عمليّة تنفيذ الأحكام وليس تنازُعها. وبهذا لا يمنع عدم تحصّل الحكم الأجنبي على الإذن بالتّنفيذ من الدّفع باتّصال القضاء به لمواجه حكم لاحق له أو دعوى جارية.

ولا يكفي توفّر شروط تناقض الإجراءات وتوفّر شروط الدّفع باستثناء اتّصال القضاء بالنّسبة للأحكام والدّعاوى الجارية بمعزل عن إجراء الإذن بالتّنفيذ ليتحقّق التّناقض بين الإجراءات في القانون الدّولي الخاص، بل يجب حلّ إشكال تنازع القوانين الإجرائية. غير أنّ الفصل في هذا الأمر بوجه القطع يصعّبُ في مادّة يُستعصى تكييفُها لقوّة جذب كلا القانونين الإجرائيين المُتنازعين. ويُطرح الإشكال تباعا بالنّسبة للقانون المُنطبق على صفة اتّصال القضاء بالحكم الأجنبي وعلى الدّفع باستثناء اتّصال القضاء وما يستتبعه من شروط تتعلّق بوحدة السّبب والموضوع والأطراف. فبالنّسبة للمسألة الأولى يُمكُن القول إنّ قانون دولة الحكم يختصّ بتحديد صفة اتّصال القضاء به لتعلّق هذه المسألة بسيادة الدّولة الأجنبيّة وذلك رغم قوّة جذب قانون دولة التنفيذ. وفي ما عدا هذه

المسألة فإنّ بقيّة المسائل الإجرائيّة الضّرورية لإعمال هذه الصّفة والدّفع بها تخضع لقانون دولة التّنفيذ أو دولة القاضي لتعلّقها بانسجام النّظام القانوني الإجرائي لهذه الدُّول. أمّا بالنّسبة للمسألة الثّانية والمتعلّقة بالقانون المُنطبق على استثناء اتّصال القضاء فإنّ قانون دولة التّنفيذ هو المُختصّ بالنّظر إلى عدد من المُعطيات التي تُرجّح كفّته على كفّة قانون دولة الحكم. فالدّفع باستثناء اتّصال القضاء كما سبق وأن بيّنا يُعتبر دفعًا بعدم القبول ينصبُّ مباشرة على قبول الدّعوى من أساسها ويُعتبر نوعًا من الدّفوع الإجرائيّة رغم اصطباغه بخصائص الدّفوع الموضوعيّة. وعلى هذا الأساس فهو يخضعُ لنظام الدّفوع في قانون دولة محكمة التّنفيذ. ويتمثّل السّبب الثّاني في أنّ قبول الدّفع باستثناء اتّصال القضاء يتطلّبُ أن يقع التّطابق بين ما قُضي به واتّصل به القضاء في الحكم الأجنبي وبين ما أُدُّعي به لدى المحكمة المُتعهّدة من حيث الموضوع والسّبب والأطراف. وهذا الحكم يقتضي تكييف هذه الشّروط وفق القانون الإجرائي لدولة التّنفيذ لتعلّقها بمفاهيم إجرائيّة. فسبب الدّعوى وموضوعها لا يتطابقان ضرورة مع سبب الالتزام وموضوعه وإن كان يرتبطان به.

قائمة المراجع

ALEXENDRE (Motulsky-Falardeau), Les aspects historiques de la qualification de la prescription en droit international privé, Les Cahiers de droit, Volume 55, numéro 4, décembre 2014 .

BANDRAC (Monique), La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, Thèse .Paris II. Economica .1986.

BEN ACHOUR (Souhayma), La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien, CPU 2017 ; Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé tunisien, In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 65 n°2,2013. pp. 287-317.

BENEDICTE (Fauvarque-Cosson), La prescription en droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé 16e année, 2002-2004. 2005, pp. 235-272.

BERNARD (Ancel), Eléments d'histoire du droit international privé, Panthéon-Assas Paris II, 2017 .

CARBONNIER (Jean), Notes sur la prescription extinctive, RTD. civ., 1952 .p.181.

CORNU (Gérard), Vocabulaire juridique, Association H. Capitant .PUF .1987.

CUNIBERTI (Gilles), Le fondement de l'effet des jugements étrangers, Académie de Droit International de La Haye, 2019.

DE LA PRADELLE (Geraud de Geouffre) et autres, Droit international privé, LGDJ, 3e édition, 2011.

GARA (Noureddine), Code de l'arbitrage annoté, Maison du livre, p .272

GAUDEMET-Tallon, (Hélène), La reconnaissance des jugements étrangers portant sur une somme d'argent, en matière civile et commerciale, R.I.D.C 2-1986. p.487.

HOLLEAUX (Dominique), Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, Paris. Librairie Dalloz. 1970.

LAINE (Armend), Considérations sur l'exécution forcée des jugements étranger en France, Revue critique de législation et de jurisprudence .1902. p.612-627.

MAYER (Pierre) et. HEUZE (Vincent), Droit international privé, LGDJ Lextenso, 11e édition .2014.

MAYER (Pierre), La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Dalloz, 1973.

MEHTIYEVA (Kamalia), La notion de coopération judiciaire, préf. Loïc Cadiet .LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 597 .2020 .

MEZGHANI (Ali), Commentaires du Code de droit international privé, Tunis.CPU. 1991.

MOTULSKY (Henri), Répertoire Dalloz droit international. (1re éd.), v° Procédure civile et commerciale.

.droits acquis, Rev. crit. DIP **MUIR- WATT (Horatia)** , Quelques remarques sur la doctrine anglo-américaine des . p. 425.1986

.**NAJM (Marie-Claude)**, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, Dalloz 2003

NIBOYET (Jean-Paulin), Cours de droit international privé, Sirey .Paris .1946 .

NIBOYET (Marie-Laure) et DE LA PRADELLE (Géraud de Geouffre), Droit international privé, LGDJ .3e édition . 2011 ; -Les conflits de procédures, In : Droit international privé : travaux du comité français de droit international privé .13è année .1995-1998.2000.p.71-95.

PÉROZ (Hélène), La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français, L.G.D.J 2005 .

PERROT (Roget) , Droit judiciaire privé, Les cours de droit 1981, Paris .p.87.

SOPHIE (Chalas-Kudelko), La coopération en droit international privé, Originalités d'une méthode, Thèse soutenue le 31 janvier 2014, Université Paris Ouest, Soustraite de : https://bdr.parisnanterre.fr/theses/internet/2014PA100015.pdf (05/22/2024).

TERRÉ (François), les conflits de lois en matière d'action en justice, Travaux du Comité français de droit international privé Année 1967. 25-27. pp. 111-149.

الزهراء (فاطمة بن محمود) و**السالمي** (حسين)، منظومة القانون الدّولي الخاص التونسي، ، مجمّع الأطرش، تونس 2016 .

محجوب (فيصل) ، الدعوى المدنية، مجمع الأطرش للكتاب المختص. تونس 2024.

العياري(كمال)، اتّصال القضاء في المادة المدنية، تونس. مجمع الأطرش للكتاب المختص. 2017.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
ISSN:2509-0291

الأسرة في وثائق الأمم المتحدة بين مزاعم الحماية وتحديات الواقع

Family in the UN documents within the claims of protection and reality's struggles

آسية الخليل الحدري
دكتورة في القانون الخاص

الملخص:

تعد الأسر اللبنة الأساسية لبناء مجتمع سليم، فبالقدر الذي تكون فيه هذه الأسرة مستقرة ومعافاة، بالقدر الذي يكون فيه المجتمع مستقرا، سليما وذا نسيج اجتماعي منسجم، متناغم، ومتماسك، ومن ثم كان من اللازم إحاطتها بالحماية الضامنة لتماسكها واستقرارها وحسن أدائها لمسؤولياتها، سواء تجاه أفرادها أو المجتمع والدولة ككل.

وقد حظيت الأسرة باهتمام بالغ بالنظر للمسؤوليات التي تتحملها ولدورها الهام في مد المجتمع بأعضاء صالحين ومنتجين، خاصة في ظل التغيرات التي يشهدها عالم اليوم، وما تحمله من أخطار تهدد كيان واستقرار الأسرة، لذلك كان لزاما إحاطتها بجميع أنواع الحماية، ولعل ما يخوله القانون لهذه المؤسسة الاجتماعية الهامة، هو الأقدر على توفير الحماية الناجعة. باعتباره ملزما ومنطبقا على الجميع.

من هذا المنطلق، فإن هذه المداخلة تتطرق للحماية المكفولة للأسرة بمتن الاتفاقيات والاعلانات الدولية، مع التركيز بصورة أكبر على تحليل ونقد أهم الاتفاقيات الدولية التي تناولت الأسرة، ومقارنتها بغيرها من المواثيق والاعلانات الإقليمية، وكذا تلكم الضمانات المخولة للأسرة بهذه الوثائق الدولية والإقليمية، وذلك بغية الوقوف على حقيقة هذه الحماية، كما تم تسليط الضوء على حدودها وأثر هذه الاتفاقيات الملزمة لأطرافها على القوانين الوطنية الخاصة بالأسر بهذه الدول.

كلمات مفتاحية: الأسرة، الاتفاقيات الدولية، حماية، إعلان، ضمانات حماية، مساعدة

The abstract :

The family is the fundamental building block of a healthy society. The more stable and healthy a family is, the more stable and harmonious the community will be. It is essential to provide the family with protective measures that ensure its cohesion, stability, and effectiveness in fulfilling its responsibilities to its members and to society and the state as a whole.

Given the significant responsibilities that families bear and their crucial role in providing society with productive and capable members, they have garnered considerable attention, especially in light of the changes and dangers facing families in today's world. Therefore, it is imperative to surround families with all forms of protection. The legal framework governing this important social institution is perhaps the most effective means of ensuring this protection, as it is binding and applicable to all.

From this perspective, this discussion addresses the protection afforded to families within the context of international agreements and declarations. It focuses particularly on analyzing and critiquing the most important international agreements concerning families, comparing them with other regional charters and declarations, as well as examining the guarantees provided to families in these international and regional documents. The aim is to understand the reality of this protection, highlighting its limitations and the impact of these binding agreements on national laws pertaining to families in these countries.

Keywords : family, international treaties, protection, declaration, protection guarantees, assistance.

مقدمة:

لطالما وصفت الأسر بتلك اللبنة الضرورية لبناء مجتمع سليم ومتماسك، إذ بالقدر الذي تكون فيه هذه الأسرة مستقرة ومعافاة، بالقدر الذي يكون فيه المجتمع كذلك مستقرا، سليما وذا نسيج اجتماعي منسجم، متناغم، ومتماسك، ومن ثم كان من اللازم إحاطتها بالحماية الضامنة لتماسكها واستقرارها وحسن أدائها لمسؤولياتها، سواء تجاه أفرادها أو المجتمع والدولة ككل.

وباعتبارها الوحدة الطبيعية والأساس لبناء مجتمع بشري سوي ومتعاون، فقد تنبه المجتمع الدولي لضرورة إحاطة هذه الخلية بما يلزم من حماية قانونية تعينها على حسن أداء وظائفها وتحمل مسؤولياتها تجاه أطفالها وتجاه مجتمعها ككل، خاصة في ظل التغيرات التي طالت وماتزال عالم اليوم وما يؤدي له ذلك من تغيرات اجتماعية تؤثر بدورها وبصورة مباشرة على الأسرة سواء بالسلب أو الإيجاب.

وقد ترجم المجتمع الدولي اهتمامه بالأسرة منذ الحرب العالمية الثانية، لما قضى في الوثائق الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة بما من شأنه حماية الأسرة وتقديم الضمانات الكفيلة بجعلها قادرة على الوفاء بالتزاماتها، وخاصة ما تعلق منها بتربية ورعاية الأطفال، ضمن بيئة أسرية ومجتمعية سليمة ومتزنة، قادرة على النجاح في ظل عالم يحكمه التغير السريع على كل الأصعدة.

غير أن هذه الوثائق وإن كانت تعبر عن وعي واهتمام المجتمع الدولي بالأسرة فهي لم تكن كافية، بل جاءت معبرة عن منظور واحد يرى الأسرة وفق قناعاته ورؤاه، في تجاهل تام للقناعات الأخرى المنطلقة من أسس لا يمكن أبدا تجاهلها أو محوها، ما جعل الحاجة ملحة لإصدار وثائق تحترم الاختلافات دون المساس بالفطرة التي تنبني عليها الأسر.

على هذا الأساس فإن الإشكالية التي يحاول هذا المقال الإجابة عليها هي:

هل استطاعت الاتفاقيات والاعلانات الدولية تكريس حماية فعالة للأسرة في ظل اختلاف الأسس والمرجعيات المنطلق منها؟

حيث تفرعت عنها أسئلة فرعية من قبيل:

-ماهي أهم الوثائق الدولية التي حمت وكفلت ضمانات حماية للأسرة سواء الدولية والاقليمية؟

-هل كانت هذه الضمانات كافية لحماية الأسر في ظل السياقات الثقافية والاجتماعية والاقتصادية التي تتواجد بها الأسر؟

وتتجلى أهمية البحث في معرفة الكيفية التي تناولت بها هذه الوثائق الدولية الأسرة ومدى كفاية الضمانات التي كفلتها لحماية هذه الأخيرة، على اعتبار أنها نواة مهمة في تأسس المجتمع وتماسكه وبالتالي استحقاقها لاهتمام وحماية المجتمع الدولي.

وسنحاول الاجابة عن هذه الإشكالية عبر مبحثين اثنين:

المبحث الأول: ضمانات حماية الأسرة في وثائق الأمم المتحدة

المبحث الثاني: ضمانات حماية الأسرة في بعض الوثائق الخاصة

أدى الوعي بقيمة الأسرة وأهمية دورها في حفظ تماسك المجتمع والدول، إلى ضرورة التفكير في إصدار وثائق دولية تلزم دول العالم بالتعهد لحماية هذه الوحدة، خاصة بعد الكوارث الإنسانية التي خلفتها الحرب العالمية الأولى والثانية المؤثرة سلبا وبقوة على نسيج الأسر وخلخلته[2098]، بسبب الأعداد الكبيرة من القتلى ضحايا الحروب وبقاء ملايين من الأيتام دون رعاية، وقد كان هذا الأمر متيسرا بسبب إحداث منظمة الأمم المتحدة[2099] التي عملت على إصدار باكورة إعلاناتها والذي شكل أولى اللبنات في

2098 سايمون آدامز، الحرب العالمية الأولى: مشاهدات علمية، د. ط، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، د. ن، ص 64، كانت حصيلة القتلى خلال الحرب العالمية الأولى تتجاوز 8 مليون قتيل، مات مليونا شخص جراء المرض وجرح 21.2 مليون شخص، فيما أسر وفقد 7.8مليون شخص وقتل 6.6 مليون مدني

2099 أنشئت في 24 أكتوبر 1945 عندما أقر الميثاق بعد مصادقة الدول الأعضاء الخمسة [أمريكا، الاتحاد السوفياتي سابقا، بريطانيا، فرنسا، الصين] وتتكون حتى الآن من 193 دولة عضو، وتسترشد في مهمتها وعملها بالأهداف والمقاصد الواردة في ميثاق تأسيسها. وتعد كل دولة من أعضائها عضوا في الجمعية العامة حيث تقبل عضوية الدول في الامم المتحدة بقرار للجمعية العامة بناء على توصية من مجلس الأمن، وبمجرد أن تصبح الدول أعضاء فيها فإنها توافق على الالتزامات المنصوص عليها في ميثاق المنظمة وهي مقاصد أربع منها: - حفظ وصون السلم والأمن الدوليين. –تنمية العلاقات الودية بين الأمم. –تحقيق التعاون لحل المسائل الدولية...فيما تتجلى أهدافها في تقديم المساعدات الإنسانية، تعزيز التنمية المستدامة، دعم القانون الدولي ثم حماية حقوق الانسان. وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أكبر مساهم في ميزانية الأمم المتحدة تليها اليابان والصين ثم ألمانيا، فرنسا، بريطانيا...لمزيد من التفاصيل انظر:

Aljazeera. (2014, December 16). United Nations. Aljazeera

بناء عالم يجعل من حقوق الانسان والدفاع عنها هدفا معلنا، ويتعلق الأمر بإعلان حقوق الإنسان2100 وما تلاه من عهود واتفاقيات تعمل على تحقيق هذا الهدف، وفق منظور غربي وحيد ترى أنه هو الأصوب لبلوغ هذه الغاية، لذلك سنعمل على تحليل ضمانات الحماية للأسرة التي كفلتها وثائق الأمم المتحدة ومقارنتها بغيرها من الوثائق التي تنظر للأسرة وتحميها وفق منظور مختلف عن المنظور الغربي.

المبحث الاول: ضمانات حماية الأسرة في وثائق الامم المتحدة

تناول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الأسرة في عديد من مواده، عمل عبرها الى ترسيخ الفكرة القائلة بضرورة إحاطة الوحدة الأساس في المجتمع بما يستلزمه دورها من حماية وعناية، ولعل أهم مظاهر هذه الحماية هو ما جاء في المادة 16 التي عرفت الأسرة بكونها الوحدة الطبيعية والأساسية للمجتمع وهي بهذا أهل لحماية هذا الأخير وكذا الدولة، كما تطرقت للأفراد الذين يمكن لهم حصرا تكوين هذه الخلية والمتمثلين في المرأة والرجل2101، إذ هما وعن طريقهما يمكن تكوين وإنشاء هذه الأسرة، وبالطبع، فإن هذا البناء الإنساني لا يمكن أن يتم إلا عبر إعداد الأساس الصحيح له، وهو عقد زواج صحيح يعقد برضا طرفيه رضاء تاما لا إكراه فيه متى كان هذان الطرفان بالغين لسن الزواج.

ما يعني أن إعلان حقوق الانسان، تضمن اعترافا صريحا بكون عقد الزواج هو المنطلق الوحيد الذي يمكن من خلاله انشاء الأسرة، هذه الأخيرة التي تنشأ بين رجل وامرأة بالغين وواعين بما لهما من حقوق وما عليهما من واجبات في إطار تام من المساواة.

وزاد من درجة الحماية لما أكد في المادة 12 على أن حماية القانون واجبة للأسر ومانعة من كل تدخل تعسفي في شؤونها يشكل إضرارا بسمعتها وكرامتها، أيا كان نوع هذا التدخل طالما أن القانون لا يسمح به، فالتدخلات التعسفية تضر بالأسر وتمنعها حقها في تحمل مسؤولياتها وممارسة أدوارها، خاصة تلك المتعلقة بتربية ورعاية الأطفال، وهي المهمة التي تحتاج استقرارا ماليا قويا كافيا للوفاء بهذه المسؤوليات، لذلك نص الإعلان في المادة 23 على أن من حق كل شخص الحصول على أجر عادل يكفل له ضمان حياة كريمة لأسرته، وتلبية كافة الاحتياجات المادية المختلفة والمتنوعة.

وبالإمكان القول إن المادة 25 و26 تشكلان معا جوهر الحماية التي يضمنها الإعلان للأسرة، فهما معا يكفلان حماية متناغمة لكل من الأسرة وأفرادها، عبر النص على ضرورة أن تحظى الأمومة والطفولة بمساعدة ورعاية خاصتين، على اعتبار أن هاتين الفئتين يمثلان الفئة الأكثر هشاشة في كل المجتمعات وبالتالي استحقاق عناية ورعاية خاصتين، وأن تنعم الأسرة بمستوى معيشي كاف للحفاظ على صحتها ورفاهها في مختلف مراحل حياتها، أي أن تتحقق للشخص المعيل للأسرة الفرص الكافية ليلبي احتياجات أسرته المادية بحيث لا تتعرض صحتها للخطر، وتظل متمتعة بالمقومات المساعدة لها على حسن أداء مهامها وبخاصة مهمة التربية، ذلك أن الإعلان ضمن للآباء الحرية التامة لتربية أبنائهم وفقا للطريقة التي يرونها مناسبة وبما يتماشى والعادات السائدة في المجتمع الذي ينتمون له2102، دون أن تتدخل أي جهة في هذا الحق أو تمنع الأسر من ممارسته.

---

www.aljazeera.net/encyclopedia/organizationsandstructures

2100 الإعلان العالمي لحقوق الانسان اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

2101 سيتم التراجع عن هذا التعريف في العهود والاعلانات اللاحقة بهدف اقناع المجتمع الدولي بأن الأسر ليست فقط تلك التي تنشأ بين رجل وامراة بل أيضا بين رجل ورجل أو امرأة وامرأة كناية عن الأسر الشاذة.

2102 بالطبع تم تحجيم هذه الحرية وأصبح الآباء في عديد من دول العالم غير قادرين على ممارسة حقهم في تربية أطفالهم وفق الطريقة التي يرونها مناسبة، وذلك بسبب اتفاقية حقوق الطفل الدولية التي عملت على الحد من هذه الحرية، لمزيد من التفاصيل انظر: آسية الخليل الحدري، اتفاقية حقوق الطفل الدولية: قراءة نقدية في حقيقة الحماية وحدودها، مجلة أطلنتس، العدد 22، نونبر 2023.

وقد سار العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية2103 والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية2104 على نفس النهج، فاعترفا بكون الأسرة الوحدة الطبيعية الأساس في المجتمع، وأكدا تبعا لذلك على جملة من الإجراءات الواجب العمل وفقها حتى تنال هذه الوحدة الحماية المناسبة، فنصا2105 على إحاطتها بما يلزمها من مساعدة خاصة أثناء تكوينها وطوال أدائها لمهامها وبالخصوص مهمة التربية وإعالة الأطفال، وجعلا من عقد الزواج المنعقد برضى تام بين طرفيه، الأساس الذي تنشأ عليه، وفي مساواة تامة بينهما، وأكدا على وجوب توفير حماية خاصة للأمهات ومواليدهن، سواء أثناء فترة الحمل أو بعده2106، وكذا توفير ذات الحماية وبنفس القوة للأطفال والمراهقين فاقدي السند الأسري المحرومين من رعاية أسرهم الأصلية، من كل استغلال يؤثر على صحتهم ورفاههم كيفما كانت طبيعته والمعاقبة عليه العقاب المناسب لجسامة الفعل المرتكب، مع إيلاء الاعتبار للأحداث الجانحين المسجونين وتمتيعهم بنوع خاص من الحماية اعتبارا لسنهم وهشاشتهم2107، ووضعا على عاتق الأسرة مهمة حماية أطفالها وكفالة تمتعهم بحقوقهم بما في ذلك الحق في الهوية منذ الحمل بهم والى حين بلوغهم سن الرشد.

كما تطرقا لحق الأسرة في أن تنعم بمستوى عيش يحفظ لها كرامتها ويتحقق عبره مستوى نماء ورفاه لأفرادها، وألا يتم التدخل في شؤون الأسر وحياتها الخاصة بأي شكل من الأشكال، على أن تعمل الدول الأطراف جهدها الكامل لتفعيل هذا الحق، لأن في تفعيله استقرار للأسر وبالتالي استقرار للمجتمع وللدول2108، وحرصا على تكريس حق الأسر في اختيار نوع التربية الدينية والأخلاقية وكذا التعليم الذي ترغب في أن يتلقاه أطفالها دون تدخل يحد من ممارسة هذا الحق، أو يمنعها منه2109.

أما اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة2110، فهي الترجمة الفعلية لمبدإ المساواة بين الرجل والمرأة والذي تمت الإشارة اليه صراحة في الوثائق المشار لها سابقا، إذ على هذا المبدإ انبت مواد الاتفاقية وصيغت الحقوق المكفولة بمتنها للمرأة، وعلى جميع الصعد، فأكدت في المادة الخامسة على أهمية الاعتراف بالمساواة بين المرأة والرجل فيما تعلق بالمسؤوليات الوالدية وما يترتب عنها مساواة في تنشئة الأطفال وتربيتهم، عن فلا يتحمل أي والد مسؤوليات تتجاوز قدراته وتؤثر بالتالي على نجاعة الرعاية المقدمة لأطفاله.

وحرصت الاتفاقية من خلال المادة 11 على إحاطة الأسرة بجملة من الضمانات الاجتماعية التي تتكفل الدول الأطراف بتوفيرها، وذلك من قبيل رياض الأطفال ودور الرعاية، وذلك لمساعدة الوالدين العاملين على الوفاء بمسؤولياتهما المشتركة تجاه تربية الأطفال من جهة، والمشاركة في بناء الحياة العامة من جهة أخرى.

أما المادة 12 و14 وحتى يحظى الأطفال بكل فرص النماء والعيش السوي والصحي المتزن، فقد عملت الاتفاقية على تمتيع النساء بالحق في الوصول لخدمات التخطيط الأسري، حتى تكون على وعي كامل بأهمية التخطيط للإنجاب والمباعدة بين الولادات ومراقبة صحتها قبل وبعد الولادة، بما يشكل في مجمله إفادة للأطفال والمواليد الجدد.

2103 العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 الف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأوّل/ ديسمبر 1966، ودخل حيز التنفيذ في 3 كانون الثانيّ/ يناير 1976

2104 العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 الف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأوّل/ ديسمبر 1966، ودخل حيز التنفيذ في 3 كانون الثانيّ/ يناير 1976

2105 المادة العاشرة من العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمادة 23 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

2106 وهو اعتراف صريح بأن الطفل مستحق لكل أوجه الحماية والرعاية والمساعدة خلال فترة الحمل وبعدها، غير أن هذه الحماية التي حظي بها الطفل في أولى مراحل حياته وهي المرحلة الجنينية، سيتم سحبها بسبب المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل الدولية التي تعترف بأن الأطفال موضوع للحقوق الواردة بمتنها منذ ولادتهم فقط وتقصي الحمل من كل حماية. انظر مقال: اتفاقية حقوق الطفل الدولية قراءة نقدية في حقيقة الحماية وحدودها، م س، ص 946 وما بعدها.

2107 المادة العاشرة من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

2108 المادة 11 من العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمادة 17 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

2109 المادة 18 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة 13 من العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

2110 اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979، وبدأ نفاذها بتاريخ 3 أيلول/سبتمبر 1981، وفقا لأحكام المادة 27 (1).

وتعد المادة 16 بحق حجر الزاوية في الاتفاقية والترجمة الفعلية لمبدإ المساواة بين المرأة والرجل، ضمن الإطار الذي يجمعهما معا والمتمثل في الأسرة، فقضت بمساواة تامة بين طرفي الأسرة في عقد الزواج وحله، وفي تحمل مسؤوليات الأطفال والبيت الأسري، وفي التملك والتصرفات القانونية الخاصة بأملاك الأسرة، وكذا كل ما خص القوامة والوصاية على الأطفال وجعل مصلحتهم الفضلى الفيصل في اتخاذ كل القرارات التي تهمهم، وذلك بهدف ضمان أن تنشأ الأسر على أساس قوي من المساواة بين طرفيها الرجل والمرأة وتكون واجباتهما وحقوقهما واضحة، فتبني هذه الخلية بصورة صحيحة وتؤدي أدوارها تجاه أفرادها والمجتمع بما يكفل تقدم هذا الأخير وانسجامه.

ووعيا بكون الأسرة قد تمر من ظروف تؤدي لتقويض قدراتها في القيام بوظائفها كما يجب، ما يستدعي ضرورة وجود حلول يُضمن عبرها الاستمرار في تقديم الرعاية الواجبة للأطفال، فقد تم اعتماد الإعلان الخاص بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني 2111، والذي تضمن لأول مرة وبشكل مفصل مفهوم الرعاية البديلة والشكل الأمثل الواجب تقديمها من خلاله عبر أسرة بديلة محتضنة أو متبنية، وأكد على أن يكون الايداع في المؤسسات المكلفة برعاية الأطفال آخر ما يلجأ له من حلول لتقديم المساعدة لهم.

حيث حث الدول على إيلاء الاهتمام برعاية الأسر لأطفالها وتقديم المساعدة اللازمة لها بما يجعلها قادرة ومتمكنة من تربية وتنشئة أطفالها وفق ما يتماشى وقناعاتها، ذلك أن توفير الرعاية الجيدة والمناسبة للأسرة من خلال البرامج والخدمات والتسهيلات الاجتماعية يضمن بالتأكيد تلقي الطفل لرعاية جيدة أيضا، ما يتسق ومضمون إعلان حقوق الانسان المؤكد على أن الأسرة هي البيئة المناسبة ليترعرع الطفل، وينمو بشكل جيد ومتوازن داخل وعلى يد أسرته الطبيعية أو الممتدة، ووسط محيطه ومجتمعه المحلي، لضمان تشبعه بقيم وأخلاق وعادات البيئة التي ينشأ وينتمي إليها من جهة، ولكي يترعرع في البيئة الأسرية التي تكفل له النمو النفسي والجسدي والعاطفي الأسلم من جهة أخرى.

ويؤكد الإعلان أنه متى ما كانت الجهود المبذولة من لدن الدول غير كافية وأن البرامج التي تستهدف مساعدة الأسر غير ناجعة وفعالة، وبالتالي فشل الأسر أو انعدام قدرتها على تربية وتنشئة أطفالها رغم المساعدة المقدمة، آنذاك وحرصا على مصالح الطفل الفضلى وجب أن يحاط برعاية أسرية بديلة، تقدم له في شكل أسر محتضنة أو متبنية تعمل على تربيته وتنشئته وحمايته، كما لو كانت أسرته الحقيقية وتوفير الجو الأسري الملائم لترعرعه والذي عجزت الأسرة الأصلية عن توفيره، مع الإشارة طبعا للطابع المؤقت الذي يميز الأسرة المحتضنة باعتبارها نمط رعاية أسري بديل، إذ الرعاية البديلة في صورة أسر محتضنة وإن طالت مدتها في الزمن لا ينبغي أبدا أن تكون بديلا دائما عن رعاية الأسرة الأصلية، خاصة في الحالات التي تنتفي فيها الأسباب وتنقضي الظروف التي أدت بداية لحرمان الطفل من أسرته البيولوجية.

أما اتفاقية حقوق الطفل الدولية2112، التي وإن كانت تعد وثيقة لصيقة بالطفل تضمن له جملة من الحقوق هي في حقيقتها ما تم النص عليه في مختلف الوثائق الدولية المعنية بحقوق الانسان، فقد تطرقت وإن على احتشام لدور الوالدين ومسؤولياتهما تجاه الطفل، فالمادة الخامسة أكدت على احترام الدول الأطراف لحق الوالدين والأسرة الممتدة في توجيه الأطفال ومساعدتهم وإرشادهم لممارسة والإفادة الكاملة من الحقوق المكفولة لهم بمتن الاتفاقية، على اعتبار أن من بين واجبات الأسرة التوجيه والإرشاد الموجه للأطفال بما يتفق وقناعات الأسر في اختيار الطريقة التي يرونها الأنسب في تربية وتنشئة أطفالهم.

في حين شكلت المادة التاسعة ضمانة للأسر بعدم فصلها عن أبنائها إلا إذا تحققت أسباب قوية تجعل من فصل الأطفال عن أسرهم ضرورة محتمة، وذلك في حال تجاهل الوالدان واجباتهما وأنكرا مسؤولياتهما تجاه طفلهما بإهمال احتياجاته الضرورية

2111 الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي، اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 41/85 المؤرخ في 3 ديسمبر 1986

2112 اتفاقية حقوق الطفل الدولية، تم اعتمادها وعرضها للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 44/25 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 ليبدأ تنفيذها في تاريخ 2 سبتمبر 1990.

لبقائه ونمائه وتعريضه لصنوف من الاعتداء والتنكيل الحاط بكرامته والمؤذي لصحته، أو أنهما أصبحا موضوعا للحبس أو النفي أو الترحيل أو الوفاة، ذلك أن القاعدة الأساس هي عيش الطفل مع أسرته وترعرعه في كنفها، وأن الاستثناء من هذه الضمانة يكون في الأحوال التي ينفصل فيها الوالدان أو يهملان احتياجات ولدهما أو يصبحان موضوعا لمتابعات قضائية[2113].

وتعتبر المادة 18 تكريسا وتأكيدا للوارد في المادة الخامسة من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، لكونها مادة اعترفت بمسؤولية الأبوين المشتركة وفي مساواة تامة داخل الأسرة في تربية الطفل وتوفير وتلبية احتياجاته المتنوعة، حتى يضمن أن نموه الجسدي وتطوره النفسي وتشبعه بقيم وأخلاق الأسرة يتم بطريقة آمنة صحية وسلسة من جهة، وتؤسس لدور الدولة وتدخلها عبر شبكة خدماتها ومؤسساتها المتعددة كرياض ودور رعاية الأطفال في دعم الأسرة، وبالأخص الأسر العاملة، للنهوض بمسؤولياتها نحو أبنائها وتوفر لها الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي من جهة أخرى[2114].

واعتبارا لكون هذه الاتفاقية خاصة بالطفل، فقد حرصت على تمتعه بحقه في أسرة حتى في الظروف التي تعجز فيها أسرته الأصلية عن تحمل مسؤولياتها، وذلك عبر التأكيد على واجب الدول الأطراف في توفير خدمات الرعاية البديلة الأسرية، فالمادتان 20 و21 تعدان بحق أساس الرعاية البديلة الأسرية ومحورها، ذلك أنهما تنصان على الترتيب الواجب اتباعه من لدن الجهات الوصية كلما كانت بصدد اختيار حل رعاية بديل للأطفال المحرومين دائما أو مؤقتا من العيش في بيئتهم العائلية؛ إذ كلما حرم طفل من فرص الترعرع في كنف أسرته الأصلية، وجب إحاطته برعاية أسرية بديلة، إما مؤقتة تقدم في شكل أسرة مُحتضنة يودع في عهدتها ريثما تتعدل أوضاع أسرته وتزول الأسباب التي أدت لحرمانه منها، وإما دائمة تقدم في شكل أسرة كافلة أو مُتبنية، كلما كان من المستحيل عودة الطفل لعهدة أسرته البيولوجية لأي من الأسباب التي تجعله عرضة للخطر في حال عودته لها، في حين تظل الرعاية البديلة المقدمة في شكل مؤسسي آخر ما يعمل به من حلول، ولأقصر فترة زمنية ممكنة مع جعل مصالحه الفضلى المقياس الذي تقاس به حمايته[2115].

غير أنه وإن كانت هذه الوثائق الدولية قد تطرقت للأسر وكفلت لها ضمانات حماية تساعدها على القيام بما أنشئت لأجله، فيمكن القول أنها ضمانات غير كافية البتة، وأن هذه الوثائق قد تضمنت موادا عرقلت من حسن أداء الأسر لوظائفها وبخاصة تجاه الأطفال، ولعل أهم ما يمكن ملاحظته بهذا الخصوص هو بداية التغير في اللغة المستخدمة في وثائق الأمم المتحدة، حيث بدأ هذا الأمر في العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، فهو وإن اعترف في المادة العاشرة منه بكون الأسرة الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، فقد أسقط عمدا الإشارة للأفراد المكونين لهذه الأسرة، وهما الرجل والمرأة، معوضا لهما بكلمة الطرفين بدل الزوجين، وإغفال كون عقد الزواج هو الأساس الوحيد المنطلق منه لتكوين هذه الخلية المهمة، وذلك تمهيدا للاعتراف والدعوة لقبول الأشكال الجديدة للأسر، كما سنرى.

وعلى الرغم من كون الضمانات المشار لها على امتداد اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة من مساواة تامة مع الرجل على مستوى الحقوق والواجبات، والاستفادة من الخدمات المخولة من لدن الدولة ومؤسساتها خاصة في الشؤون المتعلقة بالتخطيط الأسري، ورعاية الأطفال، والحصول على القروض، والتعليم والتوظيف والعمل والتملك، غير أن كلمة أسرة لم ترد سوى ثلاث مرات في هذه الاتفاقية، حيث تم التركيز على المرأة لوحدها بالخصوص في المسائل التي المتعلقة بالأسرة وكأنها الطرف الوحيد فيها والمسؤول عن إنشاء الأسرة، وتجاهل كلي للطرف الآخر، واعتبار الأمومة وظيفة اجتماعية في تجاهل للحقائق العلمية القائلة بعكس ذلك[2116].

2113 آسية الخليل الحدري، الآليات البديلة لحماية الطفولة في الأنظمة والقوانين المقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، غير منشورة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة ابن زهر اكادير، السنة الجامعية 2023/2022، ص 66.

2114 الآليات البديلة لحماية الطفولة في الأنظمة والقوانين المقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، م س، ص 67.

2115 الآليات البديلة لحماية الطفولة في الأنظمة والقوانين المقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، م س، ص 68.

2116عمرو شريف ونبيل كامل، المخ ذكر أم أنثى؟، الطبعة الثانية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، سنة 2011.

كما تم تقليص صلاحيات الأسر في اتفاقية حقوق الطفل تجاه أبنائها وحصر مهامها وتقزيم مسؤولياتها، وتحجيم دور الأوصياء القانونيين والمجتمع وتقليص واجبهم جميعا تجاه الأطفال في مجرد التوجيه والإرشاد، وتجاهل مقصود أدوار الأسرة الأخرى التي لا تقل أهمية والمتعلقة بتربية الطفل وتنشئته بطريقة سليمة متوازنة، بل التكريس لشرعية عمليات فصل الطفل عن والديه بذريعة إساءة المعاملة، دون تحديد معنى العبارة بوضوح أو حصر الحالات التي تتحقق فيها، حتى تصبح إساءة المعاملة تهمة جاهزة تستوعب كل توجيه وارشاد أو نهج تربية يخالف رؤية الاتفاقية وإملاءاتها على الدول الأطراف فيها[2117].

ومن أهم الأمور التي تعد عرقلة أمام تمتع الأسر بالحماية المرجوة، هو الدعوة للاعتراف بالأشكال الجديدة للأسر، فهذه الوثائق جميعها تضمنت مصطلح الأسرة لكن دون ذكر الطرفين الذين يكونان الأسرة وهما الرجل والمرأة ، وما ذاك إلا لفسح المجال أمام الدول الغربية لاحقا للاعتراف القانوني والقبول الاجتماعي بأسر الشواذ، ويؤكد هذا الأمر ما جاء في مؤتمري القاهرة وبكين، فقد نص التقرير الوارد عن مؤتمر القاهرة[2118] في مبدئه التاسع على أنه للأسرة أشكال مختلفة تبعا لاختلاف النظم الثقافية والسياسية والاجتماعية، في حين أكد مؤتمر بكين[2119] نفس الأمر واعتبر أن للأسرة أشكالا مختلفة يجب القبول بها، واعتراف المجتمع الدولي بأن الأسرة النمطية أي الأسرة المكونة بين رجل وامرأة يربط بينهما عقد زواج، ليست هي الشكل الوحيد للأسرة، وسن القوانين لحمايتها، كالأسر القائمة دون عقد زواج، والأسر الشاذة، والأسر ذات الوالد الواحد.

زيادة على الدعوة الصريحة لإتاحة الفرص أمام المراهقين كي يمارسوا الجنس ويحصلوا على كل المساعدة والتوجيه اللازم بهذا الخصوص، ومن ذلك ما نص عليه مؤتمر القاهرة في الفصل السابع المتعلق بالحقوق الصحية والإنجابية حيث أكد على الاهتمام بوجه خاص بتلبية الحاجات التثقيفية والخدمية للمراهقين كيما يتمكنوا من معالجة الجانب الجنسي من حياتهم معالجة إيجابية ومسؤولة، وذلك لأن المراهقين معرضون للخطر بوجه خاص بسبب افتقارهم للمعلومات وعدم حصولهم على الخدمات ذات الصلة[2120]، وأكد عليه اعلان بيكين كذلك عندما دعا لتصميم برامج موجهة للرجال من كل الأعمار مع مراعاة أدوار الوالدين وتهدف لتوفير المعلومات الدقيقة والكاملة عن السلوك الجنسي والإنجابي المأمون والمسؤول بما في ذلك الاستخدام الطوعي لوسائل الوقاية الذكرية الفعالة للوقاية من فيروس المناعة المكتسبة[2121]، وكأن كل ما يهم هو عدم إصابة المراهقين من الجنسين بالأمراض المنقولة جنسيا وضمان حصول علاقات جنسية مأمونة، دون إيلاء اعتبار للإطار الذي يجب أن تمارس داخله هذه العلاقات الجنسية وهو الزواج.

وقد أدى هذان المؤتمران إلى احتجاج العديد من الدول وخاصة الدول المسلمة واعتراضها على هذه المقتضيات لتنافيها والفطرة ولمخالفتها لما تمليه قواعد الدين والقانون والأعراف والعادات السائدة بهذه الدول، ودعت الى احترام الخصوصيات الدينية والثقافية والاجتماعية المميزة لشعوب الدول المشاركة في المؤتمرين والأطراف في الوثائق الدولية المتعددة، ذلك أن هذه الأخيرة تنظر للأسرة من زاوية واحدة تراها هي الزاوية الأصح وتتجاهل عمدا السياقات الثقافية والخصوصيات الاجتماعية المميزة للعديد من شعوب العالم.

ولعل هذه النظرة الأحادية تجاه الأسرة فاقمت من حجم الأخطار التي تواجهها هذه الأخيرة، وجعلت واقعها مليئا بتحديات تجابهها كل يوم، فالافتقار للأطر الثابتة والتمتع باللياقة التكيفية لعصر التسارع وانعدام اليقين الذي تفرضه العولمة التي يسيرها قانون

2117 آسية الخليل الحدري، اتفاقية حقوق الطفل الدولية: قراءة نقدية في حقيقة الحماية وحدودها، مجلة أطلنتس، العدد 22، نونبر 2023، ص 961 وما بعدها.

2118 تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، انعقد بالقاهرة في الفترة الممتدة من 5 إلى 13 سبتمبر 1994 برعاية الأمم المتحدة المصدرة للتقرير بتاريخ 1995

2119 إعلان بيجين، صادر عن المؤتمر العالمي المعني بالمرأة، انعقد في بيجين خلال الفترة 4-15 سبتمبر 1995، اعتمدته الأمم المحتدة خلال نفس التاريخ.

2120 مؤتمر القاهرة للسكان والتنمية، م س، ص 39

2121 مؤتمر بيكين، م س، ص55

القوة في جميع مظاهرها، من السمات المميزة لأسر اليوم[2122]، التي باتت تعاني أخطارا داخلية وخارجية، تسرع من تفككها وانحلالها وخلخلة أسسها، في ظل انعدام قدرة الوثائق الدولية على توفير حماية فعالة للأسرة وأفرادها.

وتتمثل الأخطار الخارجية في جملة من الظواهر التي ما فتئت تؤثر سلبا على دور الأسرة وتعرقل عمليات استقرارها وتماسكها، ومنها:

التحضر السريع[2123] وما جاء به من تغيير كبير شمل بنية الأسرة الممتدة، فقلصها وقلص وظائفها إلى ما هي عليه الآن؛ نواتية تكاد تغيب فيها نظم التكافل والتعاضد والتساند الاجتماعي خاصة في أوقات الأزمات، ويشيع فيها تضارب القيم والأفكار الحديثة والتقليدية، ويسود فيها تراخي الالتزام بالأسرة والتماسك الأسري،

والانفتاح على العولمة واقتصاد السوق[2124]، وما أدى له من مصاعب اقتصادية أثرت على معيشة العمالة الوطنية، فالسياسات والاستراتيجيات والخطط الاقتصادية المروج لها من لدن صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، وما تمارسه من ضغوط على الدول للقبول بهذه الخطط وتنفيذها، وما جرى من فتح للأسواق الوطنية ورفع لقيود الحماية، وترويج لشعار التكيف الهيكلي وخفض حجم العمالة والاستعانة بالعمالة الخارجية الأرخص كلفة، كلها عوامل كانت ذات آثار وخيمة بعيدة المدى على السكان والعمالة الوطنية، لعدم قدرة عمالة الشباب على المنافسة، حيث انتشرت البطالة وشحت موارد الأسر وتأثر تماسكها، وبالطبع وقوع حالات كثيرة من التخلي عن الأطفال وهجرهم أو إيداعهم بمؤسسات الرعاية.

ثم هوس الاستهلاك[2125]، باعتباره أحد أهم أعمدة العولمة المروج له عبر وكالاتها باستخدام وسائل الإعلان لتشجيع الناس على استهلاك ما ينتج ويعرض في الأسواق وخلق حاجات للاستهلاك عند الناس تتجاوز مسألة سد الاحتياجات الضرورية، لدرجة أصبح معها الاستهلاك بحد ذاته ضرورة، وغدا نوعا من الهوية الذاتية 'أنت ما تستهلكه، وقيمتك تتحدد بمقدار فوزك في التباري الاستهلاكي'، الذي ليست جميع الأسر قادرة على دخوله والتنافس فيه، ما يولد مشاعر الغبن والإحباط وينعكس سلبا على حسن إدارة ميزانية الأسرة ويخلق صراعات تهدد تماسكها واستقرارها بسبب التفاوت بين الرغبات الاستهلاكية وإمكانات تلبيتها.

زيادة على عولمة الثقافة والقيم[2126]، عبر تنميط السلوكات والأذهان والقيم والأفكار، والإجبار على القبول بالانفتاح الكوني الذي يستهدف فئة الشباب، بغرض تنميطها في أكلها ولباسها وذوقها وتوجهها وطريقة تفكيرها وتصرفها، ومن ثم القضاء على الانتماءات الوطنية والأسرية والاجتماعية وإحلال الانتماء لهوية بطاقة الائتمان المصرفية والحساب البنكي وتقنيات التواصل الاجتماعي محلها، والعيش في العوالم الافتراضية التي ابتدعتها العولمة بدلا عن التفاعل والعيش في العالم الحقيقي الاجتماعي.

أما الأخطار الداخلية التي تستهدف نسيج الأسرة والعلاقات السائدة بين أعضائها، فتتمثل في:

التفكك أسري[2127]، حيث يحدث هذا التفكك في حالة طلاق الوالدين أو موت أحدهما أو هجره لأسرته مدة طويلة من الزمان، أو فشله في القيام بدوره تجاه الأسرة، ويكون هذا هو التفكك المادي، أما التفكك المعنوي فيحدث عندما تتخلخل العلاقات العائلية وتفشل أساليب التربية وتطفو على السطح أزمات تخنق كيان الأسرة وتهدد تماسكها كما لو انشغل الآباء بأعمالهم وأحجموا عن الاهتمام كفاية بأبنائهم.

2122 مصطفى حجازي، الأسرة وصحتها النفسية: المقومات-الديناميات-العمليات، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، بيروت-لبنان، 2015، ص 11.

2123 الأسرة وصحتها النفسية: المقومات-الديناميات-العمليات، م س، ص 56.

2124 الأسرة وصحتها النفسية: المقومات-الديناميات-العمليات، م س، ص 57.

2125 الأسرة وصحتها النفسية: المقومات-الديناميات-العمليات، م س، ص 58.

2126 الأسرة وصحتها النفسية: المقومات-الديناميات-العمليات، م س، ص 59.

2127 عبد اللطيف مصلح، مشاكل الوسط الأسري وعلاقتها بانحراف الأحداث في المجتمع المغربي، الطبعة الأولى، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، 2004، ص، ص 58، 59.

الخصام الأسري[2128]، الذي يؤثر على العائلة عموما وعلى الأطفال بالخصوص، إذ لما كان للانسجام الحاصل بين الأبوين فائدته العظيمة وأثره الإيجابي على استقرار انفعالات الطفل وبنائه لثقته بنفسه وبالآخر، ما دام يرى قدوته -الأب والأم- منخرطا في علاقة قوية مبنية على الاحترام والمودة والألفة، وما يؤدي له هذا الأمر من قوة وتماسك للحياة الأسرية ونشأة الطفل نشأة سليمة صحية، فإن التوتر والخصام بين الوالدين والمشاجرات الثائرة ووجود اختلافات عميقة تعمق الشقاق الحاصل بينهما يجعل من بيئة المنزل بيئة متوترة غير صحية ولا صالحة لتربية الطفل المتأثر سلبا بما يحدث أمامه من نزاعات وشجارات، ويتخذها نمطا للتفاعل والتعامل مع زوجه وأطفاله في مستقبله.

فيما يعد الحرمان العاطفي الكلي أو الجزئي[2129]، أكثر هذه الأخطار تأثيرا وأبعدها مدى وأشدها قدرة على هدم ركائز الأسرة، إذ ضحيته الطفل وبخاصة عندما يحدث التخلي أو الهجر أو تجهل هوية الأبوين، أو يقع اليتم، فالحرمان في هذه الحالات من حنان وعطف وشفقة ورعاية الأسرة، وعدم توفر البدائل الأسرية المعوضة لما فُقد، يعطل نموه العاطفي ويمنعه القدرة في المستقبل على بناء علاقات ارتباط عاطفية مستقرة بالرغم من استكمال نموه الجسماني، وبالتالي تكرار حلقة الحرمان العاطفي مع أطفاله وأفراد أسرته.

المبحث الثاني: ضمانات حماية الاسرة في بعض الوثائق الخاصة

ويمكن القول بأن الوعي بهذه الأخطار التي تواجهها الأسرة، خاصة في الدول المسلمة وما يتهدد قيمها وهويتها وثقافتها من عوامل انحلال وتفكك، كان عاملا قويا عجل بإصدار وثائق إقليمية تراعي بالأساس الاختلاف والتنوع البشري وتحترم فطرته، وتهتم بالأسرة وتكفل لها ضمانات حماية تشمل كل مناحي الحياة المتنوعة دون إضرار بأفرادها، وتحفظ لهذه الخلية هويتها وقيمها مهما كان المجتمع الذي تتأسس فيه، ومن هذه الوثائق البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام2130الذي ضمن في العموم حقوقا للإنسان هي عين ما تضمنته الوثائق الدولية، لكنه تطرق لكل ما من شأنه أن يشكل ضمانات حماية للأسرة بالخصوص، بدءا من تكوينها ومرورا بحقوق أفرادها وبما يتوجب على كل واحد منهم تجاه الآخر، وانتهاء بما تضمنه الدولة لهذه أوجه الحماية، فإلى جانب الحق في الحياة والحرية والمساواة والعدالة وعدم التعرض للتعسف من لدن السلطة أو التعدي وما الى ذلك، فقد نص هذا البيان على أن من حق كل فرد في أن تكون له أسرة، وأن يكون هذه الأخيرة على أساس صحيح متمثل في عقد زواج شرعي يتحقق في إطاره إنجاب الذرية وإحصان النفس، ويمكن إجمال الضمانات التي كفلها البيان للأسرة في الآتي:

- عقد الزواج بالرضى التام لطرفيه واحترام حق كل منهما في اختيار شريك حياته
- احترام كل طرف للآخر في العلاقة الزوجية ومعاملته بالحسنى وتقدير جهوده في بناء ورعاية الأسرة وبمسؤوليتهما المشتركة بهذا الخصوص
- الإنفاق على الأسرة وتلبية احتياجاتها المادية، والسهر على جعل تلبية وإشباع الحاجات المعنوية والنفسية لأعضائها شيبا وشبابا أولوية
- تمتيع الأمومة بما تستحقه من رعاية ومساعدة سواء خلال فترة الحمل أو ما بعدها
- تربية الأطفال وتأديبهم وتعليمهم والإحسان إليهم وحمايتهم من كل ما من شأنه الإضرار بهم جسديا ونفسيا والعمل على عدم استغلالهم بتشغيلهم أو تجنيدهم أو حرمانهم من حقوقهم وعلى رأسها الحق في التعليم
- إحاطة الأطفال برعاية الأسرة الموسعة والمجتمع في الأحوال التي يعجز فيها الوالدان عن تربية ورعاية ولدهما والقيام بأموره
- حماية حق الأسرة في خصوصيتها وعدم التجسس عليها أو التدخل في شؤونها

2128 مشاكل الوسط الأسري وعلاقتها بانحراف الأحداث في المجتمع المغربي، م س، ص، ص 64، 65.

2129 الأسرة وصحتها النفسية: المقومات-الديناميات-العمليات، م س، ص 64.

2130 البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام، اعتمد من قبل المجلس الإسلامي بتاريخ باريس 21 من ذي القعدة 1401هـ، الموافق 19 أيلول/سبتمبر 1981

وإلى جانب هذه الوثيقة الهامة، صدر ت كذلك وثيقة أخرى لا تقل أهمية، وهي ميثاق الأسرة في الإسلام[2131]، الذي كفل مجموعة من الضمانات هي في حقيقتها حماية شاملة للأسرة من عوامل التفكك والانحلال، ومن أهم الضمانات:

-المساواة التامة بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات العامة والاعتراف بكون الاختلافات الجسدية والنفسية بينهما إنما هي عوامل تكامل لا عوامل تنافر، فهذه الاختلافات لا تعني أن أحدهما أعلى شأنا من الأخر بل هي دليل قاطع على ما يميز كلا منهما ويجعله متمما ومكملا ومساعدا للأخر ليقوم بواجباته[2132].

-التأكيد على الحقيقة القائلة بكون الأسرة نواة المجتمع الإنساني وأساسه، وأن السبيل الأوحد لتكوينها هو عقد زواج صحيح يربط بين المرأة والرجل على وجه الدوام والاستمرار وبرضاهما الحر التام، وتوفر كل الشروط الشرعية المطلوبة، ليضمن إنشاء الأسر وفق التصور المتماشي مع الفطرة الإنسانية والمحترم لكرامة الانسان، ويكون كل ما يتكون خارج هذا الإطار الشرعي من علاقات، محرما ولو أجازته القوانين[2133].

-حماية الأسرة هي مهمة الأمة جمعاء، فاعتبارا لكون الأمة/المجتمع يتكون من أسر مترابطة ومتماسكة كالجسد الواحد، فإن واجب حمايتها يقع على عاتق الأمة، وهي بذلك إنما تحمي نفسها من مسببات الانهيار والانحلال، عبر وضع الخطط والبرامج لتشجيع الزواج وتسهيله بحل المشكلات التي تعترضه، ورفع الوعي بأهمية الزواج وبحق الأفراد فيه، والحرص على أن يتم بناء هذه الوحدة على أسس دينية قوية واستحداث الوسائل التي من شأنها حل المشاكل التي تعترض الأسر وتؤدي لهدمها وتفككها[2134].

-تأسيس مؤسسات اجتماعية خاصة بالشؤون الأسرية، سواء تعلق الامر بالتشجيع على الزواج وتقديم تسهيلات له، أو تقديم المساعدة فيما خص رعاية الأمومة والطفولة والمسنين لحل المشكلات التي قد تنجم بين أعضاء الأسرة الواحدة، أو توفير فضاءات للصغار والأطفال، بما يعكس دور المجتمع الإيجابي في حماية الأسرة ورعايتها.

-حماية الأسرة هي من المسؤوليات التي تضطلع بها الدول، وعلى هذا الأساس يتوجب عليها سن القوانين الكفيلة بتنظيم كافة شؤون الأسرة، منذ عقد الزواج وانحلاله والحضانة والارث والولاية...، والحرص على جعل التقاضي في هذه الشؤون ميسرا وسريعا مع إيلاء الاعتبار حل المنازعات الأسرية والإبقاء على الأسر مجتمعة الأولوية الكبرى، إضافة الى تمتيع الأسر بنظام تأمينات متكامل، وممارسة الرقابة والتوجيه عبر منع بث كل ما من شكله الإضرار بتماسك الأسر وانسجامها[2135].

-حماية الأسرة تعني حماية أفرادها، وبالأخص الأطفال باعتبارهم الفئة الأكثر احتياجا للرعاية والاهتمام، ولأجل ذلك لا يجب إجهاض الطفل بغير ضرورة طبية، وأن تمر فتر الحمل به وولادته في أحسن الظروف، وأن يأتي للحياة عن طريق زواج شرعي بين الرجل والمرأة، والحرص على أن تمده الأسرة بالقيم الروحية والأخلاقية والدينية باعتبارها محضن الطفل وبيئته الطبيعية فلا يتعرض للتمييز أو التفرقة بينه وبين إخوته، وتحمى عناصر هويته، ونسبه، ويحظى بكل أوجه الرعاية الملائمة لنشأته، ويتلقى من والديه المعاملة الحنونة وينشأ في كنف رعايتهما وحضانتهما، فلا يحرم من طفولته ولا يعامل معاملة تهين كرماته وانسانيته[2136].

-إرساء نظام رعاية خاص بالأطفال الأيتام وفاقدي السند الأسري وكل المحرومين بصفة دائمة أو مؤقتة من بيئتهم الأسرية، تكون الدولة مسؤولة عنه عبر مؤسساتها وهيئاتها وجعل مصلحة الطفل الفضلى هي الأساس فيما يتخذ من قرارات تهمه[2137].

2131يوسف القرضاوي، وهبة الزحيلي وآخرون، ميثاق الأسرة في الإسلام، اللجنة العالمية للمرأة والطفل التابعة للمجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة، الطبعة الرابعة، الجيزة-مصر، سنة 2011.

2132 المادة السادسة والسابعة من ميثاق الأسرة في الإسلام، م س.

2133 المادة 10 و11 و12 و16، ميثاق الأسرة في الإسلام، م س.

2134 المادة 21 و22 و23 و24، ميثاق الأسرة في الإسلام، م س.

2135 المادة 43 و44 و45، ميثاق الأسرة في الإسلام، م س.

2136 المواد من 91الى 105، ميثاق الأسرة في الإسلام، م س.

2137 المادة 106-107، ميثاق الأسرة في الإسلام، م س.

-إحاطة الأطفال بالحماية اللازمة من كل أشكال الايذاء وسوء المعاملة والإهمال، بما في ذلك منع كل تصرف من شأنه أن يؤدي لاستغلال الطفل اقتصاديا أو جنسيا، أو المساس بشرفه وسمعته وصحته، والحرص على أن يتمتع بحقه في التعليم المنمي لوعيه ولشخصيته، والتطبيب والترفيه والعبير عن رأيه، وحقه في أن يتلقى التربية القويمة الكفيلة بتهذيبه وتدريبه على طاعة الله وحسن عبادته، ووقايته من الانحراف وكل ما يثير غريزته عبر ادماج المعلومات الجنسية في المواد التعليمية بصورة تتماشى ومراحله العمرية[2138].

-تفعيل مبدأ المصلحة الفضلى للطفل في كل الإجراءات التي تتخذها هيئات ومنظمات ومؤسسات حكومية أو غير حكومية، مع الأخذ بعين الاعتبار حقوق والديه أو الأوصياء القانونيين عليه بهذا الخصوص.

وعلى نفس النهج سار ميثاق حقوق الطفل العربي[2139]، الذي وإن جاء خصيصا للتأكيد على أن الطفل العربي لا يقل أهمية عن أترابه في الدول الأخرى، فقد حرص كذلك على أن تحظى البيئة التي يحيا فيها هذا الطفل بنفس الأهمية، ولأجل ذلك أكد على ما جاءت به الوثائق الدولية والإقليمية من حيث كون الأسرة نواة المجتمع الإنساني وأساسه، والضامن لتماسكه وقوته، وأن قوامها التعاضد والتكافل المبني على أسس من الدين والأخلاق والقيم الإنسانية النبيلة، وأوجب على الدول حمايتها من كل مسببات الانحلال والانهيار، وكفالة الضمانات الكافية لتقويتها وتعزيز قيامها بوظائفها وبالأخص وظيفة التربية والرعاية ومنح الدفء للأبناء، وذلك عبر تمتيعها بجملة من الخدمات الأساسية الاجتماعية والاقتصادية المدعومة من لدن الدول والممكنة للأسرة من القيام بهذا الدور.

وأكد الميثاق على أن البيئة الأولى المفضلة لتنشئة الأبناء هي الأسرة، لذلك لا يمكن التدخل في شؤونها أو طريقة تربية أطفالها ورعايتهم الا إذا تبين أنها تؤذي الأطفال وتمنعهم حقوقهم وتؤثر على نمائهم وبقائهم بصورة سلبية، آنذاك تحرم الأسرة من ولايتها على أطفالها، ويحاط هؤلاء برعاية بديلة أسرية قادرة على منحهم ما فقدوه داخل أسرهم الأصلية.

هكذا يتبين من خلال تحليل الوثائق الدولية أنها وإن حمت الأسرة وكفلت لها ضمانات هامة الا انها ضلت حماية قاصرة وبضمانات غير كافية، خاصة في ظل التحولات التي تشهدها المجتمعات في وقتنا الحالي، ما يجعل الاسر في مواجهة فردية مع التحديات والعراقيل التي يفرزها واقع سمته الخاصة التغير السريع في شتى المجالات وإذابة الخصوصيات الثقافية والدينية والاجتماعية المميزة لشعوب العالم، في حين أن الوثائق الإقليمية كفلت لنواة المجتمع حماية تشمل كل المجالات وبما يتسق وفطرة الانسان وقيمه وأخلاقه، دون ضرر أو إضرار بقيمته وكرامته أو مس بحقوقه، وهي على هذا الأساس وفقت لحد كبير في ما أخفقت فيه الوثائق الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة، ما يعني ضرورة الأخذ بما جاء في تلك الوثائق الإقليمية والعمل وفقها حتى يتسنى للأسر تنفيذ مهامها وتأدية وظائفها.

الخاتمة:

في الختام يمكن القول بأن مسألة حماية الأسرة على الصعيد الدولي أو الوطني كانت وما تزال من بين المسائل الشائكة، بالنظر لاختلاف المرجعيات المنطلق منها لحماية الأسرة بل ولاختلاف تعريف هذه الأخيرة باختلاف السياق الثقافي والاجتماعي والاقتصادي الذي توجد فيه، ما يجعل شمول الحماية لمختلف المجالات التي تطال الأسرة مسألة صعبة، خاصة فيما تعلق بالقانون الدولي وتأثر القانون الوطني بهذا الأخير بسبب سمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية، وان كانت للأمانة الوثائق الإقليمية قد نجحت في هذه المهمة واستطاعت تكريس حماية ناجعة للأسرة.

لائحة المصادر والمراجع:

2138 المواد من 112 الى 118، ميثاق الاسرة في الإسلام، م س.

2139 ميثاق حقوق الطفل العربي، أصدرته جامعة الدول العربية بتاريخ 6 ديسمبر 1984.

-الإعلان العالمي لحقوق الانسان اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

-الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي، اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 41/85 المؤرخ في 3 ديسمبر 1986

-العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 الف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأوّل/ ديسمبر 1966، ودخل حيز التنفيذ في 3 كانون الثانيّ/ يناير 1976

-العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 الف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأوّل/ ديسمبر 1966، ودخل حيز التنفيذ في 3 كانون الثانيّ/ يناير 1976

- البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام، اعتمد من قبل المجلس الإسلامي بتاريخ باريس 21 من ذي القعدة 1401هـ، الموافق 19 أيلول/سبتمبر 1981

-اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979، وبدأ نفاذها بتاريخ 3 أيلول/سبتمبر 1981، وفقا لأحكام المادة 27 (1).

-اتفاقية حقوق الطفل الدولية، تم اعتمادها وعرضها للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 44/25 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 ليبدأ تنفيذها في تاريخ 2 سبتمبر 1990.

إعلان بيجين، صادر عن المؤتمر العالمي المعني بالمرأة، انعقد في بيجين خلال الفترة 4-15 سبتمبر 1995، اعتمدته الأمم المحتدة خلال نفس التاريخ.

-آسية الخليل الحدري، اتفاقية حقوق الطفل الدولية: قراءة نقدية في حقيقة الحماية وحدودها، مجلة أطلنتس، العدد 22، نونبر 2023.

-آسية الخليل الحدري، الآليات البديلة لحماية الطفولة في الأنظمة والقوانين المقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، غير منشورة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة ابن زهر اكادير، السنة الجامعية 2023/2022،

-تقرير المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، انعقد بالقاهرة في الفترة الممتدة من 5 إلى 13 سبتمبر 1994 برعاية الأمم المتحدة المصدرة للتقرير بتاريخ 1995.

-مصطفى حجازي، الأسرة وصحتها النفسية: المقومات-الديناميات-العمليات، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، بيروت-لبنان، 2015،

-عمرو شريف ونبيل كامل، المخ ذكر أم أنثى؟، الطبعة الثانية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، سنة 2011.

-عبد اللطيف مصلح، مشاكل الوسط الأسري وعلاقتها بانحراف الأحداث في المجتمع المغربي، الطبعة الأولى، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، 2004،

-سايمون آدامز، الحرب العالمية الأولى: مشاهدات علمية، د. ط، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، د. ن.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
جامعة الحسن الأول سطات
Labo de Recherche: Droit des Affaires
Université hassan 1er settat
ISSN:2509-0291

السياق الدولي والمحلي للمواثيق والأعراف الدولية المتعلقة بحقوق الأطفال المحتجزين

The international and local context of international conventions and norms related to the rights of detained children

الباحثة : سناء محمود خليل زكارنه

فلسطين / جنين

المستخلص:

هدفت الدراسة لتحديد القوانين والقواعد التي وضعت في إطار حقوق الأطفال المحتجزين، ودراسة التحديات التي تواجه تطبيق القوانين والأسس التي وضعت لحماية حقوق الأطفال المحتجزين، ثم معرفة الجهود الدولية لمراقبة ومحاسبة الدول التي تنتهك حقوق الأطفال المحتجزين، وتقديم الدعم للمجتمعات المحلية لتعزيز قدراتها في حماية الأطفال. اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي والمقارن. من أهم نتائج الدراسة يوجد الكثير من القوانين والأسس والقواعد التي وضعت لحقوق الأطفال المحتجزين، هنالك العديد من التحديات التي تواجه تطبيق القوانين والأسس التي وضعت لحماية حقوق الأطفال المحتجزين، من أكبرها عدم تطبيق القوانين على عديد الدول مثل إسرائيل، هنالك جهود دولية لمراقبة ومحاسبة الدول التي تنتهك حقوق الأطفال المحتجزين، وتقديم الدعم للمجتمعات المحلية لتعزيز قدراتها في حماية الأطفال، لكنها غير كافية. أوصت الدراسة بعديد التوصيات منها العمل على تفعيل وتنفيذ القوانين والأسس والقواعد التي وضعت لحقوق الأطفال المحتجزين بصورة كاملة، الاهتمام بإزالة أو تقليل التحديات التي تواجه تطبيق القوانين والأسس التي وضعت لحماية حقوق الأطفال المحتجزين، ضرورة زيادة الجهود الدولية لمراقبة ومحاسبة الدول التي تنتهك حقوق الأطفال المحتجزين، وتقديم الدعم للمجتمعات المحلية لتعزيز قدراتها في حماية الأطفال.

الكلمات المفتاحية: المواثيق الدولية، الأعراف الدولية، حقوق الأطفال، الاحتجاز.

Abstract

The study aimed to identify the laws and rules that were established within the framework of the rights of detained children, and to study the challenges facing the implementation of the laws and foundations that were established to protect the rights of detained children, then to identify international efforts to monitor and hold accountable countries that violate the rights of detained children, and to provide support to local communities to enhance their capabilities in protecting children. The study followed the descriptive, analytical and comparative approach. Among the most important results of the study are that there are many laws, foundations and rules that were established for the rights of detained children, and there are many challenges facing the implementation of the laws and foundations that were established to protect the rights of detained children, the biggest of which is the failure to apply the laws to many countries such as Israel. There are international efforts to monitor and hold accountable countries that violate the rights of detained children, and to provide support to local communities to enhance their capabilities in protecting children, but they are not sufficient. The study recommended several recommendations, including working to fully activate and implement the laws, foundations and rules that were established for the rights of detained children, paying attention to removing or reducing the challenges facing the implementation of the laws and foundations that were established to protect the rights of detained children, the need to increase international efforts to monitor and hold accountable countries that violate the rights of detained children, and providing support to local communities to enhance their capabilities in protecting children.

مقدمة:

تعد حماية حقوق الأطفال في جميع أنحاء العالم موضوعًا رئيسيًا في القانون الدولي. منذ اعتماد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948، تم التأكيد على ضرورة توفير الحماية الكاملة للأطفال، خاصة في ظل الظروف القاسية مثل النزاعات المسلحة والاعتقال. تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة العديد من المعاهدات والاتفاقيات التي تهدف إلى حماية حقوق الأطفال، ومن أبرزها اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.[2140]

اتفاقية حقوق الطفل هي الوثيقة الأساسية التي تحدد حقوق الأطفال في جميع أنحاء العالم، وقد تم التصديق عليها من قبل 196 دولة. تنص الاتفاقية في المادة 37 على أن "لا يُعرض أي طفل للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. لا يُحرم أي طفل من حريته بشكل غير قانوني أو تعسفي." كما تفرض الاتفاقية ضرورة أن تكون عملية اعتقال الأطفال مجرد إجراء أخير ولأقصر مدة زمنية ممكنة، إن القواعد النموذجية الدنيا للأمم المتحدة لإدارة شؤون قضاء الأحداث، والمعروفة باسم قواعد بكين (1985)، تقدم إرشادات تفصيلية حول كيفية معاملة الأطفال المحتجزين. تؤكد هذه القواعد على ضرورة توفير ظروف إنسانية للأطفال المحتجزين، بما في ذلك الحصول على التعليم والرعاية الصحية والحفاظ على كرامتهم[2141]. وعلى المستوى المحلي، تتباين الدول في التزامها وتطبيقها للمعاهدات الدولية الخاصة بحقوق الطفل. في فلسطين، يعتبر وضع الأطفال الفلسطينيين المحتجزين في السجون الإسرائيلية حالة ملحة في مجال حقوق الإنسان. تشير التقارير إلى أن الأطفال الفلسطينيين يواجهون ظروف احتجاز قاسية تشمل التعذيب والحرمان من حقوقهم الأساسية، وهو ما يتعارض بشكل مباشر مع الالتزامات الدولية، وفي هذا تتعاون العديد من المؤسسات المحلية والدولية مثل هيئة شؤون الأسرى والمحررين ونادي الأسير الفلسطيني مع منظمات حقوقية دولية مثل هيومن رايتس ووتش ومنظمة العفو الدولية لتسليط الضوء على هذه الانتهاكات والمطالبة بتحسين ظروف احتجاز الأطفال الفلسطينيين، وضمان تطبيق المعايير الدولية في هذا المجال[2142].

يشكل القانون الإنساني الدولي جزءًا أساسيًا من الإطار القانوني الذي يحمي الأطفال في النزاعات المسلحة، بما في ذلك حالة احتجاز الأطفال .اتفاقيات جنيف لعام 1949 وبروتوكولاتها الإضافية لعام 1977 تضع قواعد واضحة بشأن معاملة الأطفال أثناء النزاع، مع التركيز على حمايتهم من العنف وسوء المعاملة والاحتجاز غير القانوني. على سبيل المثال، المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول تنص على أن "يُمنح الأطفال عناية واحترامًا خاصين، ويُحمى من أي شكل من أشكال الاعتداء عليهم في أي وقت"[2143]. ولتعزيز حماية الأطفال المحتجزين، يعد التعاون بين المنظمات الدولية والمحلية أمرًا ضروريًا. على الصعيد الدولي، تلعب منظمات مثل اليونيسف واللجنة الدولية للصليب الأحمر دورًا محوريًا في مراقبة تنفيذ المعايير الدولية وتقديم الدعم للأطفال المحتجزين. أما على الصعيد المحلي، فتقوم المؤسسات الحقوقية والاجتماعية في المناطق المتأثرة بالنزاعات بتقديم المساعدة القانونية والنفسية والاجتماعية للأطفال المحتجزين وعائلاتهم، بالإضافة إلى توثيق الانتهاكات ورفعها إلى المحافل الدولية[2144].ولتعزيز هذا التعاون يمكن أن يساهم في تحسين الظروف المعيشية للأطفال المحتجزين وضمان حصولهم على حقوقهم الأساسية وفقًا للمعايير الدولية[2145].

مشكلة الدراسة:

(2140) . اتفاقية حقوق الطفل، 1989 .الأمم المتحدةhttps://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/ instruments/Convention-rights-child .

(2141) . قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين)، 1985- https://www.ohchr.org/en/ instruments-mechanisms/instruments/standard-minimum-rules-administration-juvenile-justice

(2142) منظمة العفو الدولية، تقارير حول انتهاكات حقوق الأطفال الفلسطينيين في الاعتقال، 2023 https://www.amnesty.org . /en/latest/research/2023/05/children-in-detention-in-israel/

(2143) اتفاقيات جنيف لعام 1949 والبروتوكولات الإضافية لعام 1977 .اللجنة الدولية للصليب الأحمرhttps://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/380 .

(2144) اليونيسف، تقارير حول وضع الأطفال في النزاعات المسلحة، 2023https://www.unicef.org/reports/children-armed-conflict-2023 .

(2145) هيومن رايتس ووتش، تقارير حول أوضاع الأطفال الفلسطينيين المحتجزين في السجون الإسرائيلية، 2023 https://www .hrw.org . /report/2023/07/24/children-and-conflict

بالرغم من أن القانون الإنساني الدولي يفرض أيضًا قيودًا صارمة على اعتقال الأطفال، فهو يؤكد على استخدام الاحتجاز فقط كملاذ أخير، مع ضمان تقديم جميع أشكال الرعاية الصحية والنفسية والتعليمية اللازمة لهم، وعلى الرغم من هذا الإطار القانوني الدولي الشامل لحماية الأطفال المحتجزين، إلا أن هنالك العديد من التحديات لتطبيق هذه القوانين فعلياً، ففي الكثير من النزاعات بما في ذلك النزاع الفلسطيني-الإسرائيلي الأخير، سجلت انتهاكات واسعة النطاق لحقوق الأطفال، كما وثقت العديد من التقارير الصادرة عن المنظمات الدولية مثل الأمم المتحدة واللجنة الدولية للصليب الأحمر أن الأطفال المحتجزين يتعرضون لظروف قاسية، بما في ذلك التعذيب، والحرمان من التعليم، والمعاملة اللاإنسانية.

أهداف الدراسة:

1. تحديد القوانين والقواعد التي وضعت في إطار حقوق الأطفال المحتجزين.
2. دراسة التحديات التي تواجه تطبيق القوانين والأسس التي وضعت لحماية حقوق الأطفال المحتجزين.
3. معرفة الجهود الدولية لمراقبة ومحاسبة الدول التي تنتهك حقوق الأطفال المحتجزين، وتقديم الدعم للمجتمعات المحلية لتعزيز قدراتها في حماية الأطفال.

أسئلة الدراسة:

1. ما هي القوانين والقواعد التي وضعت في إطار حقوق الأطفال المحتجزين؟
2. ما هي التحديات التي تواجه تطبيق القوانين والأسس التي وضعت لحماية حقوق الأطفال المحتجزين؟
3. هل هنالك جهود دولية لمراقبة ومحاسبة الدول التي تنتهك حقوق الأطفال المحتجزين، وتقديم الدعم للمجتمعات المحلية لتعزيز قدراتها في حماية الأطفال؟

منهج الدراسة:

تتبع الدراسة المنهج الوصفي التحليلي والمقارن.

الإطار النظري

المحور الأول: المواثيق والأعراف الدولية المتعلقة بحقوق الأطفال المحتجزين:

اتفاقية حقوق الطفل (1989): تعتبر **اتفاقية حقوق الطفل** الوثيقة الأساسية التي تحدد حقوق الأطفال على الصعيد الدولي. تنص **المادة 37** على أنه لا يجوز تعريض الأطفال للتعذيب أو المعاملة القاسية أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة، ويجب أن يكون الاعتقال هو الملاذ الأخير ولأقصر مدة زمنية ممكنة. كما تضمن الاتفاقية حقوق الأطفال المحتجزين في الحصول على الرعاية الصحية والتعليم، والحفاظ على الاتصال مع عائلاتهم[2146].

قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين، 1985): توفر قواعد بكين إرشادات شاملة حول معاملة الأطفال المحتجزين. تؤكد هذه القواعد على ضرورة تقديم الرعاية الصحية والتعليم، والحفاظ على كرامة الأطفال المحتجزين، وتوفير بيئة إنسانية وآمنة. كما تشدد على أن يكون الاحتجاز هو آخر خيار ويجب أن يكون في ظروف تراعي رفاهية الطفل[2147].

اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها الإضافية (1949 و1977): تحدد **اتفاقيات جنيف** وبروتوكولاتها الإضافية معايير لحماية الأطفال في النزاعات المسلحة. **المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول** تنص على ضرورة منح الأطفال عناية واحترامًا خاصين، وحمايتهم من أي شكل من أشكال الاعتداء أثناء النزاع[2148].

(2146) اتفاقية حقوق الطفل، 1989. الأمم المتحدة https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/Convention-rights-child .

(2147) قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين، 1985). https://www .ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/standard-minimum-rules-administration-juvenile-justice

(2148) اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها الإضافية (1949 و1977) اللجنة الدولية للصليب الأحمر https://ihl-databases .icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/380 .

السياسات الإسرائيلية المتعلقة بالأطفال المحتجزين:

القوانين والسياسات الإسرائيلية: في سياق النزاع الفلسطيني-الإسرائيلي، تتعرض سياسات الاحتجاز الإسرائيلية لانتقادات واسعة من قبل المنظمات الحقوقية الدولية. تشير التقارير إلى أن الأطفال الفلسطينيين المحتجزين في السجون الإسرائيلية يواجهون ظروفًا قاسية، بما في ذلك التعذيب والمعاملة اللاإنسانية. يتم اعتقال الأطفال الفلسطينيين بتهم تتعلق بالنشاطات السياسية أو التظاهرات، ويتم محاكمتهم أمام محاكم عسكرية، وهو ما يتعارض مع المعايير الدولية للمحاكمة العادلة[2149].

التقارير عن الانتهاكات: تقارير منظمات مثل **هيومن رايتس ووتش** و**منظمة العفو الدولية** توثق الانتهاكات التي يتعرض لها الأطفال الفلسطينيون المحتجزون، بما في ذلك التعذيب والحرمان من التعليم والرعاية الصحية. على سبيل المثال، توثّق التقارير كيفية تعرّض الأطفال للضغوط النفسية والجسدية خلال فترة الاحتجاز، والحرمان من حقوقهم الأساسية[2150].

مقارنة بين المعايير الدولية والسياسات الإسرائيلية: تظهر المقارنة بين المعايير الدولية والسياسات الإسرائيلية أن هناك فجوة كبيرة في التزام إسرائيل بالمعايير الدولية لحماية الأطفال المحتجزين. بينما تؤكد المواثيق الدولية على حقوق الأطفال في الحماية من التعذيب والمعاملة اللاإنسانية، فإن التقارير تفيد بأن الأطفال الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية غالبًا ما يُحرمون من هذه الحقوق. تبرز هذه الفجوة الحاجة إلى تعزيز الرقابة الدولية والضغط على الجهات المعنية لضمان تطبيق المعايير الدولية بشكل كامل.

تحليل الفجوة بين المعايير الدولية والسياسات الإسرائيلية:

معايير حقوق الأطفال المحتجزين: توفر المواثيق الدولية إطارًا واضحًا لحماية حقوق الأطفال المحتجزين، بما في ذلك منع التعذيب، وتوفير التعليم، والرعاية الصحية، والحفاظ على كرامة الطفل. تعتبر اتفاقية حقوق الطفل وقواعد بكين من أهم الوثائق التي تضع الأسس لحماية الأطفال في كافة الظروف، بما في ذلك حالات الاحتجاز. توصي هذه الوثائق بأن يتم احتجاز الأطفال فقط كملاذ أخير، وأن يتم ذلك في ظروف تراعي رفاهيتهم وتنميتهم[2151].

تطبيق السياسات الإسرائيلية: على الرغم من أن إسرائيل هي طرف في العديد من المواثيق الدولية، فإن التقارير الحقوقية تسلط الضوء على التباين بين السياسات الإسرائيلية والمعايير الدولية. تشير التقارير إلى أن الأطفال الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية غالبًا ما يُحرمون من حقوقهم الأساسية مثل التعليم والرعاية الصحية، ويواجهون ظروفًا قاسية قد تشمل التعذيب وسوء المعاملة. هذا التباين يشير إلى وجود فجوة كبيرة في تطبيق المعايير الدولية، مما يتطلب تدخلاً دولياً أقوى لضمان الالتزام الكامل بهذه المعايير.

جهود تحسين الوضع: تسعى المنظمات الدولية والمحلية إلى تحسين وضع الأطفال المحتجزين من خلال الضغط على السلطات لضمان تطبيق حقوق الأطفال وفقًا للمعايير الدولية. تعمل منظمات مثل اليونيسف واللجنة الدولية للصليب الأحمر على توثيق الانتهاكات وتقديم الدعم للأطفال وعائلاتهم، بينما تدعو الهيئات الحقوقية الدولية إلى إجراء إصلاحات قانونية في السياسات الإسرائيلية المتعلقة بالاحتجاز. ومع ذلك، تظل التحديات قائمة وتتطلب جهودًا متواصلة لتحقيق تحسينات ملموسة[2152].

التوصيات:

1. **تعزيز الرقابة الدولية** :يتعين على المجتمع الدولي تعزيز دوره في مراقبة وتقييم وضع الأطفال المحتجزين، وضمان الالتزام بالمعايير الدولية من قبل كافة الأطراف المعنية.

(2149) هيومن رايتس ووتش، تقارير حول أوضاع الأطفال الفلسطينيين المحتجزين في السجون الإسرائيلية، 2023. https://www.hrw.org/report/2023/07/24/children-and-conflict

(2150) منظمة العفو الدولية، تقارير حول انتهاكات حقوق الأطفال الفلسطينيين في الاعتقال، 2023. https://www.amnesty.org/en/latest/research/2023/05/children-in-detention-in-israel

(2151) اتفاقية حقوق الطفل، 1989. الأمم المتحدة https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/Convention-rights-child .

(2152) منظمة العفو الدولية، تقارير حول انتهاكات حقوق الأطفال الفلسطينيين في الاعتقال، 2023. https://www.amnesty.org/en/latest/research/2023/05/children-in-detention-in-israel

2. **دعم المنظمات المحلية والدولية** :يجب تقديم دعم أكبر للمنظمات التي تعمل على توثيق الانتهاكات وتقديم المساعدة للأطفال المحتجزين.

3. **إصلاح السياسات المحلية** :ينبغي الضغط على السلطات الإسرائيلية لإجراء إصلاحات في سياساتها المتعلقة بالأطفال المحتجزين بما يتوافق مع المعايير الدولية.

تأثير السياسات الإسرائيلية على حقوق الأطفال المحتجزين:

تأثيرات سوء المعاملة: تشير التقارير إلى أن الأطفال الفلسطينيين المحتجزين في السجون الإسرائيلية يعانون من سوء المعاملة. يشمل ذلك التعذيب الجسدي والنفسي، والذي يتناقض مع الالتزامات الدولية بموجب **اتفاقية حقوق الطفل وقواعد بكين** . يتعرض الأطفال للضغط النفسي بسبب ظروف الاحتجاز القاسية، مثل الافتقار إلى الرعاية الصحية الجيدة، وحرمانهم من التعليم، والتهديدات بالعنف. هذه الانتهاكات تؤثر سلبًا على صحة الأطفال النفسية والجسدية، مما يفاقم معاناتهم ويؤثر على تنميتهم الشاملة[2153].

الآثار الاجتماعية والنفسية: الاحتجاز في ظروف قاسية لا يؤثر فقط على الأطفال المحتجزين أنفسهم، بل يمتد تأثيره إلى أسرهم والمجتمع بشكل عام. تشير الدراسات إلى أن الأطفال المحتجزين يواجهون صعوبات طويلة الأمد في التكيف مع الحياة بعد الإفراج عنهم، بما في ذلك صعوبات نفسية واجتماعية. هذا يمكن أن يتسبب في مشاكل طويلة الأمد في تعليمهم وعملهم، بالإضافة إلى زيادة التوترات في المجتمع المحلي.

الاستجابة الدولية والمحلية: تستجيب المنظمات الدولية والمحلية لهذه القضايا من خلال تقديم الدعم القانوني والنفسي للأطفال المحتجزين وأسرهم. منظمات مثل هيومن رايتس ووتش ومنظمة العفو الدولية تعمل على توثيق الانتهاكات وتقديم التقارير إلى الجهات الدولية لزيادة الضغط على السلطات الإسرائيلية. بالإضافة إلى ذلك، تسعى اليونيسف واللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى توفير الدعم المباشر للأطفال المحتجزين، بما في ذلك الرعاية الصحية والتعليم، والعمل على تحسين ظروف الاحتجاز.

التوصيات لتحسين الوضع:

1. **زيادة الدعم النفسي والاجتماعي** :يتعين توفير برامج دعم نفسي واجتماعي للأطفال المحتجزين وعائلاتهم لمساعدتهم على التعافي من تأثيرات الاحتجاز.

2. **الضغط على السلطات** :يجب على المجتمع الدولي تكثيف الضغط على السلطات الإسرائيلية لتطبيق المعايير الدولية وضمان تحسين ظروف الاحتجاز للأطفال.

3. **تعزيز المراقبة الدولية** :يتطلب الوضع تعزيز المراقبة الدولية لضمان الالتزام بالمعايير الدولية وحماية حقوق الأطفال المحتجزين بشكل فعال.

4. **إصلاح السياسات** :ينبغي العمل على إصلاح السياسات الإسرائيلية المتعلقة بالاحتجاز، بما **يتماشى مع المعايير الدولية، لضمان توفير بيئة إنسانية للأطفال المحتجزين.**

التحديات والفرص ونقاط الضعف في معالجة قضايا الأطفال المحتجزين: التحديات ونقاط الضعف :

1. غياب الإجراءات القانونية العادلة: الأطفال الفلسطينيون لا يحصلون على محاكمات عادلة وفقًا للمعايير الدولية. غالبًا ما تُعقد المحاكمات في المحاكم العسكرية الإسرائيلية التي تفتقر إلى الضمانات القانونية الأساسية.

2. التعذيب وسوء المعاملة: الأطفال يتعرضون للتعذيب النفسي والجسدي، بما في ذلك العزل الانفرادي، الإكراه على الاعترافات، والحرمان من النوم، وهو ما يشكل انتهاكًا للقوانين الدولية الخاصة بحماية الأطفال.

(2153) هيومن رايتس ووتش، تقارير حول أوضاع الأطفال الفلسطينيين المحتجزين في السجون الإسرائيلية، **2023**. https://www.hrw.org/report/2023/07/24/children-and-conflict

3. عدم توافر التمثيل القانوني الكافي: غالبًا لا يُتاح للأطفال التواصل الفعّال مع محامٍ، أو يُمنعون من التواصل بلغتهم الأم، مما يضعف دفاعهم.

4. الاعتقالات الليلية العنيفة: الأطفال الفلسطينيون يُحتجزون في مداهمات ليلية عادةً دون سابق إنذار، ويُحتجزون في ظروف قاسية تثير القلق بشأن حقوقهم وسلامتهم النفسية والجسدية.

5. الحرمان من التعليم: خلال فترة الاحتجاز، يُحرم الأطفال من حقهم في التعليم، مما يعيق نموهم وتطورهم الاجتماعي والمعرفي.

6. الضغوط النفسية والاعترافات القسرية: يواجه الأطفال ضغوطًا نفسية شديدة لإجبارهم على الإدلاء باعترافات، وغالبًا ما يُجبرون على توقيع وثائق بلغة لا يفهمونها.

7. عدم توافر الرقابة الدولية الفعالة: لا توجد رقابة دولية فعالة تضمن تطبيق معايير حقوق الإنسان، كما تفتقر المنظمات الدولية إلى القدرة على الوصول الكافي لتوثيق الانتهاكات.

هذه النقاط تبرز الطبيعة غير الإنسانية للمعاملة التي يتعرض لها الأطفال الفلسطينيون، وتجعل من الصعب تحقيق العدالة لهم في ظل الظروف الحالية.

التحديات السياسية :تلعب السياسة دورًا كبيرًا في التأثير على قضايا الأطفال المحتجزين. النزاع الفلسطيني-الإسرائيلي يزيد من تعقيد الأوضاع، حيث أن السياسة الدولية والمحلية قد تؤثر على كيفية تعامل السلطات مع الأطفال المحتجزين. يمكن أن تكون الضغوط السياسية عاملاً معيقًا لإجراء تغييرات حقيقية في السياسات المتبعة.

التحديات الإنسانية : تتسبب الظروف القاسية في السجون الإسرائيلية في تدهور الحالة الإنسانية للأطفال المحتجزين. يشمل ذلك التهديدات بالعنف، وظروف الاحتجاز غير الصحية، وحرمان الأطفال من الرعاية الطبية الأساسية. تؤدي هذه الظروف إلى تفاقم مشاكل الصحة النفسية والجسدية لدى الأطفال، مما يجعل من الصعب عليهم التعافي والتكيف بعد الإفراج عنهم.

المحور الثاني: المقارنة بين المواثيق والأعراف الدولية المتعلقة بحقوق الأطفال مع السياسات والقوانين الإسرائيلية اتجاه الأسرى الأطفال:

نص القانون الدولي في أكثر من موضع على تحريم التعذيب وسوء المعاملة الإنسانية، وتوجد مجموعة من الصكوك والمواثيق الدولية الهادفة إلى من أجل منع واجتثاث التعذيب وسوء المعاملة الإنسانية، ومنها كالتالي:

أولاً- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م: تناول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حظر التعذيب وسوء المعاملة الإنسانية، عندما نصت المادة الخامسة منه على لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة[2154]"

ثانيًا- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية عام 1920م: وهي أول اتفاقية دولية ملزمة تنص صراحةً على حظر التعذيب، هي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية في العام 1951م، في المادة الثالثة من الاتفاقية" لا يجوز إخضاع أي إنسان للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة المهينة للكرامة"[2155]

ثالثًا- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: وأكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م على حظر التعذيب في المادة السابعة "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرمة وعلى وجه الخصوص" لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر[2156]"

(2154) للاطلاع على بنود الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م
http //www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/index.html

(2155) معن شحدة ادعيس، مراجعة قانونية لأحكام التعذيب في النظام القانوني الفلسطيني، سلسلة تقارير قانونية (69)، ا رم الله، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان ديوان المظالم، 2119، ص25

(2156) للاطلاع على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام 1966 م/http //www.nhrc-qa.org/wp-content/uploads/2014/01

رابعاً- إعلان الأمم المتحدة حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة عام 1975م: وأكد الإعلان في المادة الثانية منه على أن: "أي عمل من أعمال التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة هو امتهان للكرامة الإنسانية، ويدان بوصفه إنكارا لمقاصد ميثاق الأمم المتحدة وانتهاكا لحقوق الإنسان والحريات الأساسية المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، وفي المادة الثالثة بعدم اتخاذ الظروف الاستثنائية، مثل حالة الحرب أو خطر الحرب أو عدم الاستقرار السياسي الداخلي أو أية حالة طوارئ عامة أخري، ذريعة لتبرير التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، وفي المادة الرابعة على أن تتخذ كل دولة، تدابير فعالة، لمنع ممارسة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة داخل إطار ولأيتها[2157]، وكان ذلك مقدمة لاعتماد اتفاقية متكاملة لمناهضة التعذيب عام 1984م.

خامسًا- اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام 1984م: تناولت هذه الاتفاقية في المادة الثانية بطلب سن تشريعي وطني لكل دولة طرف في الاتفاقية ما يلزم من الإجراءات التشريعية والإدارية أو القضائية الفعالة أو أية إجراءات أخرى لمنع التعذيب في أي إقليم يخضع لاختصاصها القضائي، وأكدت على حكم منع التعذيب بشكل مطلق وبهذا وضعت حداً واضحاً لمسوغات العديد من الدول التي تبرر ممارسة التعذيب "بالظروف الاستثنائية"، وعلى الملاحقة القضائية الوطنية لمرتكبي التعذيب، وتشمل كل شخص مارس التعذيب وكل من أصدر أمرا بالتعذيب أو تواطأ وشارك بالتعذيب، كما نصت المادة الرابعة بأن تضمن كل دولة طرف أن تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي، الملاحقة القضائية الدولية عبر تقديم مرتكبي أعمال التعذيب المتواجدين في الأقاليم الخاضعة لولايتها القضائية، بعرض القضية على سلطاتها المحلية المختصة بقصد تقديم الشخص للمحاكمة بحسب المادة السابعة، وتوفير الحصانة والحماية القضائية للمعذب بموجب المادة الثانية عشر[2158].

بالإضافة إلى أدوات الأمم المتحدة المتعلقة بتحريم التعذيب هناك العديد من الاتفاقيات الإقليمية التي تعنى بنفس الموضوع، ومنها الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والإعلان الإسلامي العالمي لحقوق الإنسان [2159],وكانت اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949م وما لحقها من بروتوكولات عام 1977م قد حظرت ممارسة التعذيب على الأسرى والمدنيين في الأقاليم التي تجري فيها العمليات المسلحة، فقد أصبحت قاعدة حظر التعذيب قاعدة دولية عرفية أو هي بمثابة مبدأ عام من مبادئ القانون الدولي المعترف بها من أعضاء المجتمع الدولي، بل يمكن القول أنها غدت قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي[2160] .

سياسية الاحتلال الإسرائيلي في تعذيب المعتقلين الفلسطينيين: سياسة الاحتلال الإسرائيلي في تعذيب المعتقلين الفلسطينيين من خلال رصد موقف التشريع والقضاء، وأساليب التعذيب التي تستخدمها الاحتلال في معتقلاتها.

أولاً- موقف القضاء الإسرائيلي: تعتبر دولة الاحتلال الدولة الوحيدة في العالم التي تمارس التعذيب كوسيلة رسمية تحظى بالدعم السياسي والتغطية القانونية، الأمر الذي يعني إضفاء الشرعية على التعذيب، حيث ضربت عرض الحائط بكل المواثيق

(2157) للاطلاع على إعلان الأمم المتحدة حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة عام 1975 م http //www.ohchr.org/AR /ProfessionalInterest/Pages/DeclarationTorture.aspx

(2158) ربحي قطامش، نمر شعبان: تعذيب السجناء السياسيين الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية، رام الله، الضمير لرعاية الأسيروحقوق الإنسان، 2113، ص ص2-23.

(2159) أمينة سلطان: مرجع سابق، ص9..

(2160) معن شحدة ادعيس: مرجع سابق ص26-27..

والاتفاقيات الدولية التي لا تجيز استخدام التعذيب ضد الأسرى وتعاملت مع هذه المواثيق مجرد حبر على ورق [2161]، ولا يوجد في القانون الإسرائيلي أي ذكر لجريمة التعذيب كما تعرفها الاتفاقيات الدولية[2162].

تصدت الحكومة الإسرائيلية للحملة العالمية الرامية لحظر التعذيب، حينما أقرت عام 1987م رسميا تقريرا للجنة "موشية لانداو"Moshe Landau تحقيق برر استخدام "قدر معتدل من الضغط البدني" خلال الاستجواب[2163]، الذي تنص المادة 7/4 من على التركيز على أساليب الضغط الجسدي والنفسي واستخدام الحيلة، إذا فشلت هذه الأساليب فلا مانع من استخدام الضغط الجسدي، واحتفظ بشأن مدى الضغوط الجسدية المعقولة في فهرس سري[2164]، واسترشد جهاز الشاباك توصياتها أثناء التحقيق مع المعتقلين الفلسطينيين، مع العلم أن معظم ممن اعتقلوا وخضعوا للتحقيق قد تعرضوا للتعذيب النفسي والجسدي في سبيل إدلائهم لاعترافات تدينهم أو شهادات ضد زملائهم، حيث تمارس سلطات الاحتلال الإسرائيلية التعذيب المنهجي ضد المعتقلين في الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967م[2165] ،ويظهر هذا بوضوح مدي تأصل هذه الممارسات في العقلية الصهيونية، ووضع قانون داخلي يجيز للشاباك استمرار تعذيب المعتقلين تحت حجة الخطر الأمني[2166] .

وتمارس سلطات الاحتلال التمييز العنصري تجاه المعتقلين الفلسطينيين في سجونها، حيث أجازت المحكمة العليا الإسرائيلية للمحققين استخدام التعذيب الجسدي والنفسي استنادًا إلى 'مبدأ حماية الضرورة'، والذي يمكن المحققين أثناء التحقيق مع الفلسطينيين من تعذيبهم في حال اعتبروا 'قنبلة موقوتة'، أي في حال كانوا يشكلون - براي جهاز الشاباك الإسرائيلي - تهديدًا فوريًا على سلامة الجمهور، وبالتالي يتمكن المحقق الإسرائيلي من تعذيب الفلسطينيين بمجرد حصوله على تصريح من مسئوليه، ويتجاوز الأمر حد السماح بممارسة التعذيب إلى تشجيع المحققين على ممارسة التعذيب من خلال توفير الغطاء والحماية القانونية لهم، حيث يلزم القانون الإسرائيلي المحققين بتسجيل جلسات التحقيق مع المتهمين من غير الفلسطينيين بالفيديو، حرصاً منه على ضمان عدم قيام هؤلاء المحققين بممارسة التعذيب أثناء هذه الجلسات، ولكنه يعفي المحققين من هذا الإجراء خلال التحقيق مع الفلسطينيين، ما يوفر القانون الإسرائيلي الحصانة لمحققي جهاز الشاباك التي تحول دون مسائلتهم جنائيًا ومدنيًا على ما ارتكبوه أثناء أداء واجبهم طالما قاموا به بنية حسنة[2167]

ثانيًا- موقف التشريع الإسرائيلي: صادقت الكنيست في 30 يوليو 2015 م على قانون "التغذية القسريّة" الذي يسمح بإطعام الأسرى المضربين عن الطعام قسراً، والذي بادرت لتقديمه وزارة الأمن الداخلي ومصلحة السجون الإسرائيليّة. ويخوّل القانون الجديد المحكمة بأن تسمح لطبيب بأن يُطعم أو يعالج مضرب عن الطعام قسراً، بما يخالف إرادة المُضرب ويتناقض مع قانون حقوق المريض، وكان المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان قد قال في بيان صادر عنه أن التغذية القسرية تمثل ضرب من ضروب التعذيب وإساءة المعاملة، وتمثل انتهاكاً صارخاً للقانون الدولي ولأخلاق مهنة الطب المتعارف عليها دولياً، كما يشكل إقرار القانون تكريساً لممارسة التعذيب بحق المعتقلين الفلسطينيين وتنصلاً إضافياً من قبل إسرائيل من التزاماتها القانونية، لتضيف بذلك

(2161) إسرائيل الدولة الوحيدة التي تشرع التعذيب وتوفر له غطاء قانونيا، موقع صحيفة الحياة الجديدة http //www.alhaya.ps/arch_page.php?nid=6201 Accessed 16/10/207

(2162) هل يعتبر التعذيب في إسرائيل جريمة؟، موقع عدالة المركز القانوني لحقوق الأقلية العربية في إسرائيل https //www.adalah.org/ar/content/view/8374 Accessed 16/10/2017 هي لجنة قضائية تراسها القاضي موشيه لانداو للتحقيق في الأساليب التي تتبعاها أجهزة الاستخبارات الإسرائيلية في انتزاع الاعترافات من المعتقلين.

(2163) ساهم معنا في القضاء على التعذيب، ط 1، لندن منظمة العفو الدولية، 2011.

(2164) واقع التعذيب في السجون الإسرائيلية وأثره على المعتقلين الفلسطينيين، مرجع سابق، ص35.

(2165) أحمد أبو شلال: الأسرى الفلسطينيون في السجون الإسرائيلية دراسة لواقع الألم والمعاناة، نابلس، مؤسسة التضامن الدولي لحقوق الإنسان، ط 1، 2019، ص9.

(2166) خضر محمود عباس: رحلة العذاب في أقبية السجون الإسرائيلية، علم النفس الأمني، غزة، مطبعة الأمل التجارية، 2015 ، ص9.

(2167) بيان صحفية صادر عن مركز الميزان لحقوق الإنسان 26 يونيو 2016 في اليوم العالمي لمساندة ضحايا التعذيب مركز الميزان يستنكر استمرار سلطات الاحتلال في ممارسة التعذيب ويدعو إلى مساندة ضحاياه ووضع حد لهذه الجريمة في الأراضي الفلسطينية، موقع مركز الميزان لحقوق الإنسان http //mezan.org/post/12253 Accessed 22/10/2017

جريمة أخرى لسلسلة الجرائم التي ترتكبها بحق الفلسطينيين القابعين تحت احتلالها[2168]. ويخفي الاحتلال ما يجرى في غرف التحقيق من تعذيب وتنكيل بالأسرى، من خلال تمديد الكنيست لقانون مؤقت يعفي الأجهزة الأمنيّة الإسرائيليّة من توثيق التحقيقات مع المعتقلين الفلسطينيين بالصوت والصورة، وذلك خلافًا للقانون الذي يُلزمهم بهذا التوثيق في حالة المعتقلين الجنائيين الإسرائيليين، وبحسب مركز عدالة فإن الضرر المترتب عن الإعفاء ليس ضرراً مؤقتًا إنما هو ضرر لا يمكن إصلاحه أبدًا، حتّى وان كان القانون نفسه مؤقتًا، "حتّى وان ألغي القانون مستقبلًا فذلك لا يسعف من يقبعون في السجون اليوم لسنوات وعقود طويلة بسبب اعترافات كاذبة انتزعت منهم بالقوّة، لا يمكن إعادة عقارب الساعة إلى الوراء، ولا يمكن إعادة فحص الإفادات التي انتزعت خلال التحقيقات والتبيّن من ظروف انتزاعها لطالما لم يكن قد تم توثيقها[2169].

المحور الثالث: انعكاسات السياسات الإسرائيلية بحق الأطفال الأسرى على مستقبل الأطفال المقدسيين وعائلاتهم(من ناحية نفسيه واجتماعيه و اقتصادية) وعلى القضية الفلسطينية عموماً:

منذ احتلال القدس الشرقية في عام 1967، تبنت إسرائيل سياسات قمعية تستهدف بشكل خاص الأطفال الفلسطينيين، بهدف فرض سيطرة كاملة على السكان الفلسطينيين في المدينة المقدسة. تشمل هذه السياسات الاعتقال التعسفي، والتحقيقات القاسية، والأحكام الجائرة بالسجن، وكلها تمثل انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان والمواثيق الدولية التي تحمي حقوق الأطفال[2170] . فالأطفال المقدسيون يتم احتجازهم في ظروف قاسية، وغالبًا ما يتم فصلهم عن أسرهم لفترات طويلة، مما يؤدي إلى اضطرابات نفسية عميقة تشمل القلق، الاكتئاب، واضطرابات ما بعد الصدمة [2171]. من الناحية النفسية، فإن التجارب التي يمر بها الأطفال الأسرى تؤدي إلى آثار طويلة الأمد. يعاني هؤلاء الأطفال من مشكلات نفسية تشمل الاكتئاب والقلق واضطرابات النوم. وفقًا لدراسات أجريت على الأطفال الأسرى، فإن الصدمات النفسية التي يتعرضون لها تؤثر بشكل كبير على نموهم العقلي والاجتماعي[2172] .

هذه الآثار النفسية لا تتوقف عند الأطفال فقط، بل تمتد لتشمل أسرهم، حيث يعاني الوالدان من ضغوط نفسية كبيرة نتيجة قلقهم المستمر على سلامة أطفالهم، مما يؤدي إلى تدهور العلاقات الأسرية واستقرار الأسرة بشكل عام. أما من الناحية الاجتماعية، فإن السياسات الإسرائيلية تؤدي إلى تفكك الأسرة وزيادة التفكك المجتمعي. الأطفال الذين يتم اعتقالهم يواجهون صعوبات في العودة إلى مدارسهم أو الاندماج في المجتمع بعد الإفراج عنهم، حيث يتعرضون للوصم الاجتماعي الذي يؤثر على ثقتهم بأنفسهم وعلى علاقاتهم مع أقرانهم[2173]. هذا الوصم الاجتماعي يزيد من عزلة الأطفال ويؤدي إلى مشكلات سلوكية قد تستمر معهم لفترة طويلة، مما يضع عبئًا إضافيًا على عائلاتهم وعلى المجتمع بأسره. من الناحية الاقتصادية، فإن اعتقال الأطفال يضع ضغطًا ماليًا كبيرًا على الأسر المقدسية. تكاليف المحامين، متابعة القضايا، وزيارات السجون كلها تستهلك موارد الأسر، مما يؤدي إلى تفاقم الوضع الاقتصادي لهذه العائلات التي تعاني أساسًا من صعوبات مالية[2174].

كما أن تأثير الأسر على تعليم الأطفال وفرصهم المستقبلية في العمل يزيد من نسبة البطالة والفقر بين الشباب الفلسطينيين. الأطفال الذين يتعرضون للسجن يفقدون سنوات دراسية مهمة، مما يقلل من فرصهم في الحصول على تعليم جيد أو وظائف مناسبة في المستقبل، وهذا بدوره يساهم في تعميق الأزمة الاقتصادية في المجتمع الفلسطيني. وعلى مستوى القضية الفلسطينية

(2168) إسرائيل تسن قانون "التغذية القسريّة" لكسر إرادة الأسرى والمعتقلين الفلسطينيين، موقع عدالة المركز القانوني لحقوق الأقلية العربية في إسرائيل Accessed 16/10/2017 https //www.adalah.org /ar/content/view/8607

(2169) . التماس للعليا ضدّ اعفاء الأجهزة الأمنيّة الإسرائيليّة من توثيق التحقيق، موقع معاً https Accessed 16/10/2017 //www.maannews.net/Content.aspx?id=787386

(2170) Defense for Children International Palestine. (2022). *Israeli Military Detention of Palestinian Children (https://www.dcipalestine.org).

(2171) Abu Sada, K. (2021). *Children Under Occupation: Psychological and Social Impacts*. Journal of Palestinian Studies

(2172) Haj-Yahia, M. M. (2020). *Trauma and Mental Health Among Palestinian Children: A Review*. Journal of Child Psychology and Psychiatry

(2173) Shalhoub-Kevorkian, N. (2019). *Incarcerated Childhood and the Politics of Unchilding*. Cambridge University Press

(2174) B'Tselem. (2021). *Economic Impact of Israeli Policies on Palestinian Families (https://www.btselem.org).

بشكل عام، فإن قضية الأطفال الأسرى تشكل جزءًا من الصورة الأكبر للصراع الفلسطيني-الإسرائيلي. الانتهاكات التي يتعرض لها الأطفال المقدسيون تُستخدم في الساحة الدولية لإبراز مدى قسوة السياسات الإسرائيلية ولإثارة الوعي العالمي حول معاناة الشعب الفلسطيني[2175]. في الوقت الذي تسهم فيه هذه القضية في زيادة الدعم الدولي للقضية الفلسطينية، فإنها أيضًا تزيد من حدة التوتر والصراع في المنطقة. الأطفال الذين يتم اعتقالهم وتعذيبهم يكبرون وهم يحملون جروحًا نفسية واجتماعية عميقة، مما يعزز من مشاعر المقاومة والغضب ضد الاحتلال الإسرائيلي. وتؤدي السياسات الإسرائيلية بحق الأطفال الأسرى إلى تأثيرات نفسية، اجتماعية، واقتصادية عميقة على الأطفال المقدسيين وعائلاتهم، وتساهم في تفاقم الوضع في المجتمع الفلسطيني بشكل عام. هذه السياسات لا تؤدي فقط إلى إضعاف النسيج الاجتماعي داخل المجتمع الفلسطيني، بل تزيد أيضًا من تعقيد الصراع وتؤثر بشكل سلبي على مستقبل الأطفال الذين يُفترض أن يكونوا الجيل القادم القادر على بناء دولة فلسطينية حرة ومستقلة. التصدي لهذه السياسات يتطلب جهدًا مشتركًا من المجتمع الدولي والمنظمات الحقوقية والمحلية لدعم حقوق الأطفال الفلسطينيين والعمل على إنهاء الاحتلال الذي هو جذر كل هذه المعاناة [2176] .

بالإضافة إلى التأثيرات النفسية والاجتماعية والاقتصادية المباشرة، فإن السياسات الإسرائيلية بحق الأطفال الأسرى تترك آثارًا دائمة على البنية الاجتماعية والهوية الوطنية للفلسطينيين. الأطفال الذين يعانون من تجربة الأسر يصبحون جزءًا من الذاكرة الجمعية للمجتمع الفلسطيني، حيث تُستخدم قصصهم في تعزيز الشعور بالهوية الوطنية والمقاومة. هذه التجارب تساهم في تشكيل الجيل القادم من الفلسطينيين الذين قد يكونون أكثر تمسكًا بحقوقهم وأقل استعدادًا لتقديم تنازلات فيما يتعلق بحقوقهم الوطنية [2177].

هذه السياسات تؤدي أيضًا إلى تعزيز ثقافة المقاومة داخل المجتمع الفلسطيني، حيث تصبح قضية الأطفال الأسرى رمزًا للصمود والتحدي ضد الاحتلال. يتم استخدام هذه القصص في وسائل الإعلام الفلسطينية والدولية لتسليط الضوء على معاناة الأطفال والأسر الفلسطينية، مما يزيد من الوعي العالمي بالقضية الفلسطينية ويجذب الدعم الدولي. على الرغم من أن هذه السياسات تهدف إلى قمع المقاومة، إلا أنها في كثير من الأحيان تؤدي إلى نتائج عكسية، حيث تُعزز من مشاعر الغضب والتمسك بالحقوق بين الفلسطينيين[2178] .

من ناحية أخرى، تؤدي هذه السياسات إلى تعميق الانقسامات داخل المجتمع الفلسطيني نفسه. هناك اختلافات في الطريقة التي يتعامل بها الفلسطينيون مع تجارب الاعتقال، حيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى اختلافات في الرأي حول كيفية مواجهة الاحتلال والسياسات الإسرائيلية. بعض الأسر قد تكون أكثر ميلًا للانخراط في المقاومة المسلحة، بينما قد تختار أسر أخرى الأساليب السلمية أو القانونية لمواجهة هذه التحديات. هذه الاختلافات يمكن أن تؤدي إلى انقسامات داخل المجتمع، مما يعقد من قدرة الفلسطينيين على توحيد صفوفهم في مواجهة الاحتلال[2179] .

كما أن هذه السياسات تؤثر على العلاقات بين الفلسطينيين والمجتمع الدولي. بينما تساهم قصص الأطفال الأسرى في زيادة الدعم الدولي للقضية الفلسطينية، فإنها أيضًا تسلط الضوء على العجز الدولي في مواجهة الانتهاكات الإسرائيلية المستمرة. هذا الوضع يضع الفلسطينيين في موقف معقد، حيث يجدون أنفسهم بحاجة إلى الدعم الدولي، ولكن في الوقت نفسه يدركون محدودية تأثير هذا الدعم في تغيير الواقع على الأرض[2180].

. Khalidi, R. (2020). *The Hundred Years' War on Palestine*. Metropolitan Books. (2175)

(2176) Human Rights Watch. (2021). *A Threshold Crossed: Israeli Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution*. Available at](https://www.hrw.org).

(2177) Kuttab, D. (2020). *Children in the Crossfire: The Impact of Military Detention on Palestinian Youth*. Journal of Palestine Studies.

(2178) Zureik, E. (2021). *Surveillance and Control in Israel/Palestine: Population, Territory and Power*. Routledge.

(2179) Hammami, R. (2020). *Divided We Stand: The Impact of Internal Palestinian Divisions on the National Struggle*. International Journal of Middle East Studies.

(2180) Said, E. W. (2021). *The Question of Palestine*. Vintage Books.

ويمكن القول إن السياسات الإسرائيلية بحق الأطفال الأسرى تخلق دائرة من التأثيرات النفسية والاجتماعية والاقتصادية التي تؤثر بشكل عميق على المجتمع الفلسطيني. هذه السياسات لا تقتصر على تأثيرها على الأفراد، بل تمتد لتشمل تأثيرات طويلة الأمد على الهوية الوطنية الفلسطينية، العلاقات الاجتماعية، والنسيج المجتمعي. بالإضافة إلى ذلك، فإنها تساهم في تعقيد العلاقة بين الفلسطينيين والمجتمع الدولي، مما يجعل من الضروري تطوير استراتيجيات جديدة لمواجهة هذه التحديات والعمل على حماية حقوق الأطفال الفلسطينيين وتحقيق العدالة لهم[2181].

وتلعب السياسات الإسرائيلية بحق الأطفال الأسرى دورًا كبيرًا في تشكيل الرواية العامة للصراع الإسرائيلي-الفلسطيني. من خلال التركيز على الاعتقالات والانتهاكات التي يتعرض لها الأطفال الفلسطينيون، تُعزز هذه الرواية من فكرة أن الاحتلال الإسرائيلي ليس مجرد احتلال عسكري، بل هو أيضًا احتلال يسعى إلى تفكيك النسيج الاجتماعي الفلسطيني وتدمير مستقبل الأجيال القادمة.

في هذا السياق، يتم توظيف قضية الأطفال الأسرى كأداة دبلوماسية وسياسية. تستخدم المنظمات الحقوقية والدولية هذه القضية للضغط على إسرائيل من خلال تسليط الضوء على الانتهاكات بحق الأطفال، مما يزيد من العزلة الدولية لإسرائيل ويعزز من مطالبات الفلسطينيين بالحرية والاستقلال[2182]. كما أن هذه السياسات تؤدي إلى تطرف بعض الأفراد داخل المجتمع الفلسطيني، وخاصة الشباب الذين يمرون بتجربة الأسر أو يشهدون معاناة زملائهم. هؤلاء الشباب قد يجدون في المقاومة المسلحة وسيلة وحيدة للتعبير عن غضبهم والرد على القمع الذي يتعرضون له، مما يزيد من تعقيد الصراع ويؤدي إلى مزيد من العنف وعدم الاستقرار في المنطقة[2183].

فإن تجربة الأسر تؤدي إلى ما يمكن وصفه بعملية "التسييس القسري" للأطفال. الأطفال الذين يمرون بتجربة السجن يجدون أنفسهم فجأة في مواجهة مباشرة مع الاحتلال، مما يجعلهم ينضجون سياسيًا قبل أوانهم. هذا النضج المبكر يجعلهم أكثر وعيًا بقضيتهم الوطنية وأكثر استعدادًا للمشاركة في النضال من أجل حقوقهم، ولكن هذا أيضًا يأتي على حساب طفولتهم وبراءتهم[2184].

علاوة على ذلك، تؤدي السياسات الإسرائيلية بحق الأطفال الأسرى إلى تعميق الشعور بالظلم وعدم الثقة في المجتمع الدولي، الذي يُنظر إليه على أنه غير قادر أو غير راغب في محاسبة إسرائيل على انتهاكاتها. هذا الشعور يعزز من مشاعر الإحباط واليأس لدى الفلسطينيين، مما يضعف من إمكانية التوصل إلى حلول سلمية للصراع[2185].

وتظهر هذه السياسات كجزء من استراتيجية إسرائيلية أكبر تهدف إلى السيطرة على الفلسطينيين وتقويض قدرتهم على المقاومة والبقاء. الأطفال الأسرى ليسوا فقط ضحايا لهذه السياسات، بل هم أيضًا رمز لمعاناة أمة بأكملها وصمودها في مواجهة الظلم. إن التصدي لهذه السياسات يتطلب من المجتمع الدولي تجاوز مجرد الإدانة اللفظية إلى اتخاذ خطوات عملية لحماية حقوق الأطفال الفلسطينيين وضمان مستقبل أفضل لهم بعيدًا عن الاحتلال والقمع[2186].

ويمكن أيضًا تحليل انعكاسات السياسات الإسرائيلية بحق الأطفال الأسرى على الثقافة والهوية الفلسطينية. الثقافة الفلسطينية تعتمد بشكل كبير على مفاهيم الصمود والتمسك بالأرض والهوية الوطنية، والتي يتم تعزيزها بشكل أكبر في ظل

(2181) Pappé, I. (2021). *The Ethnic Cleansing of Palestine*. Oneworld Publications.

(2182) Amnesty International. (2022). *Israel's Apartheid against Palestinians: Cruel System of Domination and Crime against Humanity https://www.amnesty.org .

(2183) Roy, S. (2021). *Hamas and Civil Society in Gaza: Engaging the Islamist Social Sector*. Princeton University Press.

(2184) Cook, J. (2020). *Israel and the Clash of Civilisations: Iraq, Iran and the Plan to Remake the Middle East*. Pluto Press.

(2185) Barghouti, O. (2021). *Boycott, Divestment, Sanctions: The Global Struggle for Palestinian Rights*. Haymarket Books.

(2186) Masalha, N. (2020). *Palestine: A Four Thousand Year History*. Zed Books

الاحتلال. قضـية الأطفال الأسـرى تبرز كأحد العوامل التي تُغذي هذا الصـمود، حيث تُصـبح هذه التجارب جزءًا من الذاكرة الجماعية الفلسطينية، تُروى من جيل إلى جيل، وتُشكل جزءًا من التراث الثقافي المقاوم[2187].

من الناحية التعليمية، تُعتبر السـياسـات الإسـرائيلية بحق الأطفال الأسـرى عائقًا كبيرًا أمام التعليم الفلسـطيني. الأطفال الذين يتم اعتقالهم يواجهون تعطيلًا في تعليمهم، مما يؤثر سـلبًا على تحصـيلهم العلمي وفرصـهم المسـتقبلية. المدارس الفلسـطينية، خاصـة في القدس الشـرقية والمناطق المحيطة، تعاني من نقص في الموارد والدعم، وتواجه تحديات إضـافية بسـبب الحواجز العسكرية والقيود الإسرائيلية. هذا الوضع يؤدي إلى تراجع في مستوى التعليم، مما يزيد من نسبة التسرب المدرسي ويُضعف من قدرة الأطفال على الحصول على تعليم يمكنهم من بناء مستقبل أفضل [2188].

كما تؤدي هذه السـياسـات إلى تدهور العلاقات بين الأجيال داخل المجتمع الفلسـطيني. الأطفال الذين يُعتقلون ويخرجون من السجون غالبًا ما يعانون من صعوبة في العودة إلى الحياة الطبيعية، مما يؤدي إلى فجوة بين الأجيال ويزيد من التوترات الأسرية. الأجيال الأكبر سنًا قد تجد صعوبة في فهم أو التعامل مع التجارب التي مر بها الأطفال، مما يزيد من العزلة والاضطرابات النفسية بين الأسر[2189].

وعلى صـعيد آخر، تلعب المرأة الفلسـطينية دورًا محوريًا في التعامل مع تداعيات هذه السـياسـات. النسـاء، سـواء كأمهات أو شـقيقات للأطفال الأسرى، يواجهن ضغوطًا هائلة، حيث يُصبحن المسؤولات الأساسيات عن دعم أطفالهن أثناء فترة الاعتقال وبعدها. هذا الدور يُعزز من مكانة المرأة في المجتمع الفلسطيني، ولكنه يأتي بتكلفة عالية على صحتها النفسية والجسدية. النساء الفلسطينيات يواجهن تحديات مضاعفة، حيث يُضطررن للتعامل مع الأعباء الاقتصادية والاجتماعية والنفسية التي تترتب على اعتقال أبنائهن[2190].

ويتعرض الأطفال الفلسـطينيون المعتقلون لانتهاكات صـارخة لحقوقهم، حيث يتم احتجازهم دون توجيه تهم واضحة أو محاكمة عادلة، ويُحرمون من حقوقهم الأسـاسـية مثل الحق في الاسـتعانة بمحامٍ أو الحصـول على رعاية أسـرية. هذه الممارسـات تنتهك المعايير الدولية لحقوق الطفل، مثل اتفاقية حقوق الطفل التي تُلزم الدول بحماية حقوق الأطفال في جميع الظروف، بما في ذلك حالات النزاع المسـلح [2191]. إلى جانب الانتهاكات يؤدي اعتقال الأطفال إلى آثار نفسـية واجتماعية مدمرة. الطفل الفلسـطيني المعتقل يواجه صـدمة مزدوجة: الأولى تتمثل في تجربة الاعتقال نفسـها، بما تحمله من عنف وإهانة، والثانية تتمثل في التبعات النفسـية طويلة الأمد لهذه التجربة. العديد من الأطفال يعانون من اضـطرابات نفسـية مثل اضـطراب ما بعد الصـدمة (PTSD)، والتي قد تؤدي إلى مشكلات سلوكية واضطرابات في النمو العاطفي والاجتماعي [2192].

تأثير اعتقال الأطفال يمتد أيضًـا إلى التماسـك الاجتماعي داخل المجتمع الفلسـطيني. الطفل المعتقل قد يعاني من صـعوبة في العودة إلى الحياة الطبيعية بعد الإفراج عنه، سـواء من الناحية التعليمية أو الاجتماعية. هذا التهميش يمكن أن يؤدي إلى تفاقم مشـاعر العزلة والانفصـال عن المجتمع، مما يخلق فجوة بين الجيل الشـاب وبقية المجتمع. وفي بعض الحالات، قد يؤدي هذا الوضـع إلى انحراف الأطفال نحو أنشـطة خطرة أو غير قانونية كوسـيلة للتكيف مع الصـدمة التي تعرضـوا لها[2193]. من الناحية أخري يتم اسـتخدام اعتقال الأطفال كأداة للضـغط على المجتمع الفلسـطيني، حيث تسـعى السـلطات الإسـرائيلية إلى اسـتخدام

(2187) Nabulsi, K. (2021). *Traditions of Palestinian Resistance: A Critical Perspective*. Journal of Middle Eastern Studies.

(2188) El-Farra, N. (2020). *The Impact of Israeli Occupation on Palestinian Education: A Case Study of East Jerusalem Schools*. Journal of Educational Development.

. Holt, M. (2021). *Women and Conflict in the Middle East: Palestinian Women's Activism*. Zed Books. (2189)

(2190) Falk, R. (2020). *Palestine's Horizon: Toward a Just Peace*. Pluto Press.

(2191) UNICEF. (2021). *Children in Israeli Military Detention: Observations and Recommendations https://www.unicef.org .

(2192) Giacaman, R. (2021). *Psychosocial Effects of Child Detention on Palestinian Youth*. Journal of Psychology and Social Behavior

(2193) El-Kholy, S. (2021). *Social Reintegration Challenges for Palestinian Child Prisoners*. Journal of Social Work and Community Development.

هذه الإجراءات كوسيلة لفرض سياسات أكثر تشددًا على الأرض، بما في ذلك توسيع المستوطنات والسيطرة على المزيد من الأراضي. اعتقال الأطفال ليس فقط جريمة في حد ذاته، بل هو أيضًا جزء من استراتيجية أوسع تهدف إلى تفريغ الأراضي الفلسطينية من سكانها وإضعاف النسيج الاجتماعي للمجتمع الفلسطيني[2194]. ويمكن القول إن اعتقال الأطفال الفلسطينيين هو أكثر من مجرد انتهاك لحقوق الإنسان؛ إنه جزء من سياسة منهجية تهدف إلى تدمير الأمل في مستقبل أفضل للفلسطينيين. من الضروري أن يتم التصدي لهذه السياسات من خلال تعزيز الوعي الدولي والعمل على محاسبة إسرائيل على انتهاكاتها ضد الأطفال الفلسطينيين. الضغط الدولي والدعم الحقوقي يجب أن يكون جزءًا من استراتيجية شاملة لحماية حقوق الأطفال الفلسطينيين وضمان مستقبل أكثر أمانًا وعدالة لهم.

الخاتمة:

إن النظرية الواقية من خلال القوانين في جزء من بنودها تتكرس في انعكاسات السياسة والقوانين الإسرائيلية بحق الأطفال الاسرى حيث تعمق إسرائيل الهمينه الثقافية على الاقتصادية وتأسيس لجيل خانع وتفرض عليه منطق القوة والهيمنة وتوسع بذلك رقعه الاستيطان وتضاعف من مشاريع التهويد في مسعى بحجة الحفاظ على الامن القومي الإسرائيلي، لاسيما وانها تسعى من سياساتها لتدمير الجيل الصاعد من النواحي التعليمية والنفسية والاقتصادية والاجتماعية، وقد خرجت الدراسة بعدد من النتائج كالتالي:

النتائج:

خرجت الدراسة بالعديد من النتائج يمكن تحديدها كالتالي:

1. يوجد الكثير من القوانين والأسس والقواعد التي وضعت لحقوق الأطفال المحتجزين.
2. هنالك العديد من التحديات التي تواجه تطبيق القوانين والأسس التي وضعت لحماية حقوق الأطفال المحتجزين، من أكبرها عدم تطبيق القوانين على عديد الدول مثل إسرائيل.
3. هنالك جهود دولية لمراقبة ومحاسبة الدول التي تنتهك حقوق الأطفال المحتجزين، وتقديم الدعم للمجتمعات المحلية لتعزيز قدراتها في حماية الأطفال، لكنها غير كافية.
4. يتوفر تماسك اسري واجتماعي وتضامن عائلي في بيئة الأطفال الاسرى، خاصة في فلسطين.
5. توجد العديد من المؤسسات والجمعيات التي تهتم بتأهيل الأطفال وادماجهم بالحياة مما يساهم في افشال مخططات إسرائيل تجاه الأطفال.
6. الإطار القانوني لحماية الطفل في بعض الدول قوي نسبيًا، وتوجد لجان حماية الطفل لمنع إساءة معاملة الأطفال والتصدي لها.
7. تحظر العديد من اللوائح العنف ضد الأطفال في جميع الأماكن ، بما في ذلك المدارس. كما يجعل القانون نفسه الإبلاغ عن جميع حالات إساءة معاملة الأطفال إلزاميًا ويسهل إبعاد الأطفال عن حالات العنف.

التوصيات:

بناءا على النتائج توصي الباحثة بالآتي:

1. العمل على تفعيل وتنفيذ القوانين والأسس والقواعد التي وضعت لحقوق الأطفال المحتجزين بصورة كاملة.
2. الإهتمام بإزالة أو تقليل التحديات التي تواجه تطبيق القوانين والأسس التي وضعت لحماية حقوق الأطفال المحتجزين.
3. ضرورة زيادة الجهود الدولية لمراقبة ومحاسبة الدول التي تنتهك حقوق الأطفال المحتجزين، وتقديم الدعم للمجتمعات المحلية لتعزيز قدراتها في حماية الأطفال.

. Falk, R. (2020). *Palestine's Horizon: Toward a Just Peace*. Pluto Press. (2194)

4. العمل على توفير المزيد من التماسك الأسري والإجتماعي من قبل الأهل والأقرباء وكل شخص بصورة عامة لأسر الأطفال الاسرى، خاصة في فلسطين.
5. العمل على زيادة الجهود المبذولة من قبل المؤسسات والجمعيات التي تهتم بتأهيل الأطفال وادماجهم بالحياة.
6. العمل على تقوية الإطر القانونية لحماية الطفل في مختلف الدول العربية وزيادة لجان حماية الطفل لمنع إساءة معاملة الأطفال والتصدي لها.

المصادروالمراجع

المراجع العربية:

1. أحمد أبو شلال: الأسرى الفلسطينيون في السجون الإسرائيلية دراسة لواقع الألم والمعاناة، نابلس، مؤسسة التضامن الدولي لحقوق الإنسان، ط 1، 2019، ص9.
2. معن شحدة ادعيس، مراجعة قانونية لأحكام التعذيب في النظام القانوني الفلسطيني، سلسلة تقارير قانونية (69)، ا رم الله، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان ديوان المظالم، 2119.
3. خضر محمود عباس: رحلة العذاب في أقبية السجون الإسرائيلية، علم النفس الأمني، غزة، مطبعة الأمل التجارية، 2015 ، ص9.
4. ربحي قطامش، نمر شعبان: تعذيب السجناء السياسيين الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية، رام الله، الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان، 2113، ص ص2-23.
5. ساهم معنا في القضاء على التعذيب، ط 1، لندن منظمة العفو الدولية، 2011.
6. مركز عبد الله الحوراني للدراسات والتوثيق، حصاد الانتهاكات الإسرائيلية للعام 2019. رام الله 2020.

المراجع الأجنبية:

1. Abu Sada, K. (2021). *Children Under Occupation: Psychological and Social Impacts*. Journal of Palestinian Studies
2. Amnesty International. (2022). *Israel's Apartheid against Palestinians: Cruel System of Domination and Crime against Humanity https://www.amnesty.org .
3. Ayyash, M. (2022). *The Night Raids: Israel's Strategy of Child Detention in the West Bank*. Journal of Conflict Studies.
4. B'Tselem. (2021). *Economic Impact of Israeli Policies on Palestinian Families (https://www.btselem.org).
5. Barghouti, O. (2021). *Boycott, Divestment, Sanctions: The Global Struggle for Palestinian Rights*. Haymarket Books.
6. Cook, J. (2020). *Israel and the Clash of Civilisations: Iraq, Iran and the Plan to Remake the Middle East*. Pluto Press.
7. Defense for Children International Palestine. (2022). *Israeli Military Detention of Palestinian Children.
8. El-Farra, N. (2020). The Impact of Israeli Occupation on Palestinian Education: A Case Study of East Jerusalem Schools. Journal of Educational Development.
9. El-Kholy, S. (2021). *Social Reintegration Challenges for Palestinian Child Prisoners*. Journal of Social Work and Community Development.

10. Falk, R. (2020). *Palestine's Horizon: Toward a Just Peace*. Pluto Press.
11. Falk, R. (2020). *Palestine's Horizon: Toward a Just Peace*. Pluto Press.
12. Giacaman, R. (2021). *Psychosocial Effects of Child Detention on Palestinian Youth*. Journal of Psychology and Social Behavior
13. Haj-Yahia, M. M. (2020). *Trauma and Mental Health Among Palestinian Children: A Review*. Journal of Child Psychology and Psychiatry
14. Hammami, R. (2020). *Divided We Stand: The Impact of Internal Palestinian Divisions on the National Struggle*. International Journal of Middle East Studies.
15. Holt, M. (2021). Women and Conflict in the Middle East: Palestinian Women's Activism. Zed Books.
16. Human Rights Watch. (2021). *A Threshold Crossed: Israeli Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution*. Available at](https://www.hrw.org).
17. Khalidi, R. (2020). *The Hundred Years' War on Palestine*. Metropolitan Books.
18. Kuttab, D. (2020). *Children in the Crossfire: The Impact of Military Detention on Palestinian Youth*. Journal of Palestine Studies.
19. Masalha, N. (2020). *Palestine: A Four Thousand Year History*. Zed Books
20. Nabulsi, K. (2021). Traditions of Palestinian Resistance: A Critical Perspective. Journal of Middle Eastern Studies.
21. Pappé, I. (2021). *The Ethnic Cleansing of Palestine*. Oneworld Publications.
22. Roy, S. (2021). *Hamas and Civil Society in Gaza: Engaging the Islamist Social Sector*. Princeton University Press.
23. Said, E. W. (2021). *The Question of Palestine*. Vintage Books.
24. Shalhoub-Kevorkian, N. (2019). *Incarcerated Childhood and the Politics of Unchilding*. Cambridge University Press
25. UNICEF. (2021). *Children in Israeli Military Detention: Observations and Recommendations https://www.unicef.org .
26. Zureik, E. (2021). *Surveillance and Control in Israel/Palestine: Population, Territory and Power*. Routledge.

مو اقع الإنترنت:

1. https //www.adalah.org/ar/content/view/8374 Accessed 16/10/2017 هي لجنة قضـائية تراسـها القاضـي موشيه لانداو للتحقيق في الأساليب التي تتبعاها أجهزة الاستخبارات الإسرائيلية في انتزاع الاعترافات من المعتقلين.
2. اتفاقيات جنيف لعام 1949 والبروتوكولات الإضـافية لعام 1977 .اللجنة الدولية للصـليب الأحمر-https://ihl . databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/380
3. اتـفـاقـيـة حـقـوق الـطـفـل، 1989 .الأمـم المـتـحـدة-https://www.ohchr.org/en/instruments . mechanisms/instruments/Convention-rights-child

4. إعلان الأمم المتحدة حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة عام 1975 مhttp //www.ohchr.org/AR /ProfessionalInterest/Pages/DeclarationTorture.aspx

5. بيان صحفي المحكمة العليا الإسرائيلية تشرع التعذيب صادر عن المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان http //pchrgaza.org/ar/?p=11977 Accessed 16/10/2017

6. بيان صحفية صادر عن مركز الميزان لحقوق الإنسان 26 يونيو 2016 في اليوم العالمي لمساندة ضحايا التعذيب مركز الميزان يستنكر استمرار سلطات الاحتلال في ممارسة التعذيب ويدعو إلى مساندة ضحاياه ووضع حد لهذه الجريمة في الأراضي الفلسطينية، موقع مركز الميزان لحقوق الإنسان22/10/2017 Accessed http //mezan.org/post/12253

7. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام 1966 م-http //www.nhrc-qa.org/wp content/uploads/2014/01/

8. قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين)، 1985 . https://www.ohchr.org/en/ instruments-mechanisms/instruments/standard-minimum-rules-administration-juvenile-justice

9. قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين، 1985). https://www .ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/standard-minimum-rules-administration-juvenile-justice.

10. منظمة العفو الدولية، تقارير حول انتهاكات حقوق الأطفال الفلسطينيين في الاعتقال، 2023 . https://www.amnesty.org /en/latest/research/2023/05/children-in-detention-in-israel/

11. منظمة العفو الدولية، تقارير حول انتهاكات حقوق الأطفال الفلسطينيين في الاعتقال، 2023. https://www.amnesty.org /en/latest/research/2023/05/children-in-detention-in-israel

12. هيومن رايتس ووتش، تقارير حول أوضاع الأطفال الفلسطينيين المحتجزين في السجون الإسرائيلية، 2023 . https://www .hrw.org /report/2023/07/24/children-and-conflict

13. هيومن رايتس ووتش، تقارير حول أوضاع الأطفال الفلسطينيين المحتجزين في السجون الإسرائيلية، 2023. https://www.hrw.org /report/2023/07/24/children-and-conflict

14. هيئة مقاومة الجدار والاستيطان 2020، ملخص لأبرز الانتهاكات الإسرائيلية في فلسطين، 2019. رام الله- فلسطين.

اليونيسف، تقارير حول وضع الأطفال في النزاعات المسلحة، 2023 https://www.unicef.org/reports/children-armed-conflict-2023 .

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
جامعة الحسن الأول سطات
Labo de Recherche: Droit des Affaires
Université hassan 1er settat
ISSN:2509-0291

العلاقة بين القاضي الوطني ومؤسسة النظام العام في مجال تنازع القوانين

The Relationship Between the National Judge and the Institution of Public Order in the Field of Conflict of Laws

الباحث : عزيز لبيب
باحث في القانون الدولي الخاص
مدير مجلة عالم القانون للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

ملخص:
يعتبر القاضي الوطني جهة أساسية في حماية النظام العام للدولة التي ينتمي إليها في مجال تنازع القوانين، وهذا يعني أنه حين ينظر القاضي في قضايا قد تتطلب تطبيق قانون أجنبي (بسبب وجود علاقة قانونية تربط بين أطراف من دول مختلفة)، فإنه يجب عليه أن يتحقق من مدى ملاءمة هذا القانون الأجنبي مع مبادئ النظام العام في بلده، وإذا تبين أن تطبيق هذا القانون الأجنبي قد يتعارض مع النظام العام الوطني، فإن القاضي قد يرفض تطبيقه كليا أو جزئيا ويستبدله بالقانون الوطني. وبناء عليه فإن للقاضي الوطني دور كبير في صيانة مؤسسة النظام العام وكذا تطويرها.
الكلمات المفتاحية: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، النظام العام، القاضي الوطني، القانون الأجنبي.

Abstract:
The national judge plays a fundamental role in protecting the public order of their state in the field of conflict of laws. This means that when the judge examines cases that may require the application of foreign law (due to a legal relationship involving parties from different countries), they must verify the compatibility of this foreign law with the principles of public order in their own country. If it becomes clear that applying this foreign law would conflict with national public order, the judge may reject it partially or entirely and replace it with national law. Consequently, the national judge has a significant role in maintaining and developing the institution of public order.
Keywords: Private international law, conflict of laws, public order, national judge, foreign law.

مقدمة

لو أننا تصورنا عالما قائما على الفردية والانعزالية، بحيث تكون قيمة كل دولة من الدول حبيسة حدودها مكتفية -ومعها أفرادها- بنفسها، دولة لا تتعامل مع أحد، حركة الأشخاص والأشياء محصورة داخل حدودها، لكان من الطبيعي عندئذ أن تكون علاقات الأفراد داخل الدولة التي ينتمون لها علاقات وطنية خالصة يحكمها في كافة مراحلها- من النشأة حتى الانقضاء- قانونهم الوطني، ولا ما كان هنالك أي وجود لما يسمى "تنازع القوانين"[2195].

2195 عزيز لبيب، الروابط الأسرية الخاصة بين مقتضيات القانون المغربي وعولمة منظومة تنازع القوانين، الطبعة الأولى، مطبعة جوهرة العلوم، مكناس، طبعة 2024، الصفحة 1.

غير أن الواقع هو عكس هذا تماما، فالأشخاص والأموال ينتقلون بشكل مستمر بين الدول، نتيجة للهجرة المستمرة للأفراد وانتقالهم بين الحدود الوطنية للدول، فالهجرة تعد ظاهرة اجتماعية وإنسانية وسلوك فطري في الإنسان، وهي ليست بظاهرة جديدة بل ارتبطت بوجود الإنسان على الأرض ولازمته منذ قرون وأجيال، فهي تشكل جزءا أساسيا من تاريخ البشرية، فلا توجد منطقة ولا بلد بالعالم لم يتأثر بالهجرة وتداعياتها.[2196]

وقد نتج عن تزايد ظاهرة الهجرة تلاقح الأفراد والمجتمعات، واختلاط الثقافات، واتحاد الأفكار بين مجتمعات عديدة، وفي مقابل ذلك فقد نشأت صراعات وتصادمات بين قوانين الأشخاص الحاملين لجنسيات مختلفة، حال إنشاءهم لروابط أسرية مختلطة بين مختلفي الجنسيات، أو حال إبرام الأفراد متحدي الجنسية لعلاقات قانونية بدول أخرى غير الدول التي يحملون جنسيتها... وهذا نتيجة طبيعية لاختلاف المرجعيات بين الدول والمصادر التي تستقي منها قوانينها...

يضاف لهذا فإن عولمة حقوق الإنسان على الصعيد الدولي من خلال تدعيم سيادة مفهوم الحرية الفردية ومبدأ المساواة المطلقة بين الجنسين في البلدان الأوروبية، وتأثير قوانين الهجرة الأوروبية الحديثة التي أصبحت تنهج مقاربة الإدماج... أدت لظهور اختلالات وتناقضات بين الاتفاقيات والواقع الحديث، مما يجعل القضاء الأوروبي يستبعدها أو يتجاهلها لمخالفتها فكرة النظام العام الحديث.

وبما أن الشريعة الإسلامية تعد هي المرجعية الأساسية في تنظيم أحوال الأسرة عند المسلمين، عن طريق الأحكام المستنبطة من القرآن الكريم وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وما استقر عليه الاجتهاد الفقهي في كتب الفقه الإسلامي منذ ظهور المذاهب الفقهية المختلفة، والتي تشكل في مجموعها ما يسمى بالنظام العام الذي يقصد به في الشريعة الإسلامية الأحكام الشرعية الآمرة والناهية التي ليس للأفراد أن يخالفوها، لوجود الجزاء المترتب عن هذه المخالفة، وعليه وجب احترام هذه النصوص الشرعية الآمرة، والعمل على التقيد بها وتنفيذها دون أن تترك لهم حرية الاختيار في مخالفتها[2197].

إضافة للشريعة الإسلامية فإن هنالك عدة مسائل أخرى تعد من صميم النظام العام، وهي كل المسائل التي تجد مصدرها في دين الدولة وتاريخها ونظام الحكم بها واختياراتها السياسية وثقافتها ومكوناتها الحضارية... وتشكل في مجموعها كما نص على ذلك المشرع المغربي ما يسمى "ثوابت الأمة"، حيث جاء في الفصل الأول من الدستور[2198] المغربي لسنة 2011: " ... تستند الأمة في حياتها العامة على ثوابت جامعة، تتمثل في الدين الإسلامي السمح، والوحدة الوطنية متعددة الروافد، والملكية الدستورية، والاختيار الديمقراطي..."

ويؤدي التمايز والاختلاف في القناعات السائدة من مجتمع إلى أخر والتي يبنى على أساسها النص القانوني، إلا نشوء ما يسمى " بتنازع القوانين "، بمعنى أنه قد يحصل اصطدام ومواجهة بين القوانين ذات المرجعيات الفكرية المختلفة، فكلما كان هنالك مقتضى قانوني يتضمن عنصرا يخالف الشعور الجماعي الذي يسود مجتمع القاضي حول مسألة دينية أو سياسية أو قانونية معينة ويحدث استنكار ذلك المجتمع لها، إلا ويواجه بما يسمى "النظام العام" والذي هو كل المبادئ والأسس المرتبطة بمسائل دينية أو سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو ثقافية... التي كلما تعارض معها القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلا وجب استبعاده لما يمثل التعارض من استنكار من طرف مجتمع القاضي الذي ينظر في النزاع.

فالنظام العام، مؤسسة تهدف إلى حماية المصالح الجوهرية للمجتمع سواء في مجال تنازع القوانين أو في القانون الداخلي، ففي مجال تنازع القوانين يعمل كوسيلة لاستبعاد القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد، لأن في تطبيقه

2196 عبير كريدو، الهجرة بين آليات الحماية واستراتيجية المواجهة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس، السنة الجامعية 2018/2019، الصفحة01.

2197 فكري العلالي، مدونة الأسرة بين الثوابت الشرعية وتطور ضوابط الإسناد بأوروبا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2014/2015، الصفحة 27.

2198 ظهير شريف رقم 91-11-1 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 2011/07/30.

اعتداء على الأركان الأساسية والمبادئ الجوهرية التي ينبني عليها مجتمع القاضي، وتعارض أحكام القانون الأجنبي مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع الأعلى في بلد القاضي؛ فكلما كان مضمن القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بمقتضى قاعدة الإسناد يخالف شعور المجتمع الوطني حول مسألة ما دينية أو سياسية أو اجتماعية بحيث يحدث تطبيقه استنكارا من طرف المجتمع، يمتنع القاضي عن تطبيقه فيقال إذ ذاك إنه يخالف النظام العام بالمعنى الدولي[2199].

وتعتبر فكرة النظام العام فكرة قديمة نسبيا ظهرت أولى ملامحها في الفقه الإيطالي في القرن الثالث عشر ميلادي، حين ميز الفقيه بارتول في العصور الوسطى بين الأحوال المفيدة أو الملائمة، والأحوال البغيضة أو المستهجنة، واعتبر هذا الفقيه أن الأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب فهي وحدها التي يمكنها الامتداد خارج الإقليم، أما الأحوال البغيضة فهي القواعد التي لا تتعدى أثارها حدود إقليم الدولة التي أصدرتها، واعتبر أن تميز الفقه الإيطالي بين النوعين السابقين نواة لفكرة النظام العام.

ولكن أول من أبرز فكرة النظام العام مسماة باسمها الحالي كان الفقيه مانشيني الذي أسس نظام تنازع القوانين والذي أصبحت تسمى بالنظرية الكلاسيكية، وقد استخدمها كفكرة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي[2200]؛ بينما الدور الإستبعادي للنظام العام تبلور أول مرة بصورة واضحة على يدي الفقيه سافيني في القرن التاسع عشر، الذي أوضح أن قواعد الإسناد تعمل في النطاق الذي يسمح به " الاشتراك القانوني" بين الدول، ومضمون فكرته أن هنالك اشتراكا قانونيا بين الدول المسيحية التي استمدت قوانينها من القانون الروماني، فهذا الاشتراك يسمح بتطبيق قواعد التنازع بين الدول المسيحية بما يتيح تطبيق كل دولة لقانون غيرها من الدول التي تتفق معها في وحدة المصدر، وعلى النقيض من ذلك فإنه يتعين استبعاد القانون الأجنبي في الحالات التي تنقطع فيها عوامل الاشتراك[2201].

وفي إطار إعمال القاضي لسلطته التقديرية في مجال تنازع القوانين، فإن له الصلاحية لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص حسب قاعدة الإسناد، وذلك من خلال تطبيقه لقاعدة النظام العام، فالقاضي الوطني له دور مهم في تحصين مؤسسة النظام العام، كما أن له دور بارز في تطوير مؤسسة النظام العام باعتبارها مؤسسة تتغير باختلاف الزمان والمكان، فالقاضي ملزم بابتداع بعض الوسائل التي تساهم في جعل النظام العام يواكب المستجدات ويخدم مصالح الأفراد وفي نفس الوقت هو ملزم بعدم مخالفة الثوابت الشرعية والمبادئ الدستورية... أي يجب أن ينهج مبدأ الوسطية والاعتدال في التعامل مع سلطته التقديرية في مجال النظام العام.

ولسبر أغوار هذا الموضوع سوف أحاول تعميق البحث فيه في هذه الورقة العلمية، لكونه موضوع ذو أهمية بارزة على مستويات مختلفة:

على المستوى العلمي: تتجلى أهمية الموضوع في كونه من أبرز موضوعات القانون الدولي الخاص التي أسيل حولها المداد الكثير، باعتبار أن القاضي هو الحارس لمؤسسة النظام العام بأي دولة، ودائما ما يتدخل بهذه المؤسسة في مجال تنازع القوانين، مما جعل الفقهاء والباحثين تختلف آراءهم حول هذه السلطة الممنوحة للقاضي في إعماله لألية النظام العام.

على المستوى التطبيقي: تتمثل أهمية الموضوع العملية فيما يطرحه من إشكالات كثيرة أمام المحاكم، واختلاف التوجهات القضائية بها، إضافة إلى الرغبة الملحة في معرفة كيفية تعامل القضاء المغربي مع هذه التحولات على مستوى ضوابط الإسناد وكيفية خلق الانسجام من طرف القاضي بين النظام العام وهذه التحولات، وما يعترض تفعيلها من صعوبات.

ويمكن طرح الإشكالية المحورية للموضوع كالتالي:

2199 موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، طبعة 1994، الصفحة 211.

2200 حفيظة الشافعي، رقابة محكمة النقض على تذييل الأحكام الأجنبية الصادرة في المادة الأسرية بالصيغة التنفيذية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2017/2018، الصفحة 65.

2201 عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، تنازع القوانين-دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2002، الصفحة 473.

ما هي طبيعة العلاقة بين القاضي الوطني ومؤسسة النظام العام؟

وتتولد عنها مجموعة إشكاليات فرعية، من قبيل:

- ما هو دور القاضي في تحصين النظام العام؟
- ما هو دور القاضي في تطوير النظام العام؟

وسنحاول الإجابة عن مختلف هذه الأسئلة وفق التصميم التالي:

المطلب الأول: دور القاضي الوطني في صيانة النظام العام

المطلب الثاني: دور القاضي الوطني في تطوير النظام العام

المطلب الأول: دور القاضي الوطني في صيانة النظام العام

اعتبارا لكون القاضي هو المسؤول الأول عن تفعيل المقتضيات القانونية بشكل سليم، فهو المسؤول المباشر أيضا عن حماية وصيانة مؤسسة النظام العام، لكون هذه المؤسسة تتصل بالقوانين بشكل مباشر منذ نشأتها إلى حين تطبيقها من طرف القضاء، فالقاضي ملزم بإصدار أحكام تنسجم مع مؤسسة النظام العام (الفقرة الأولى)، كما أن القاضي عند تلقيه أحكام أجنبية يراد تذييلها بالصيغة التنفيذية، ملزم بالحرص على عدم مخالفة تلك الأحكام الأجنبية للنظام العام (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حماية القاضي للنظام العام عند إصدار الأحكام القضائية

إن الحكم القضائي بمثابة الحجر الأساس في صرح القانون، فالمشرع يضع قواعد تبين حقوق الأفراد والتزاماتهم، كما يضع قواعد لتنظيم الحياة العائلية للأفراد، والحكم القضائي هو الذي يكفل إخراج كافة هذه القواعد إلى حيز الوجود، وتنفيذه هو الغاية من إيجاده وهو ما ينشده كل شخص من لجوئه إلى القضاء.

ونظرا للدور الحيوي للحكم القضائي في اعتباره الآلية الأساسية في تحويل القوانين الوضعية من حالة الجمود لحالة الحركة والتفعيل على مستوى الواقع، فقد كان لزاما على القاضي أن يصدر أحكاما تتناسب وقواعد النظام العام، فالحكم القضائي تشترط فيه مجموعة من الشروط يجب احترامها، وقد تم تحديد هذه الشروط من خلال الفصل 124 والفصل 125 من الدستور المغربي لسنة 2011، وكذا الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية[2202].

فحماية مؤسسة النظام العام عند إصدار الأحكام القضائية التي تحترم تلك الشروط تتجسد في الأمور التالية:

✓ تتجسد حماية الشريعة الإسلامية عند إصدار الأحكام القضائية -باعتبارها ركنا من أركان النظام العام- في كون أن من يصدر الحكم أي القاضي، هو شخص لا يؤدي مهمته تلك إلا بعد أن يؤدي القسم المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المنظم لمهنة القضاء[2203]، والتي جاء فيها: " يؤدي كل قاض عند تعيينه لأول مرة في السلك القضائي وقبل الشروع في مهامه اليمين التالية: "أقسم ب لله العظيم أن أمارس مهامي بحياد وتجرد وإخلاص وتفان، وأن أحافظ على صفات الوقار والكرامة، وعلى سر المداولات، بما يصون هيبة القضاء واستقلاله، وأن ألتزم بالتطبيق العادل للقانون، وأن أسلك في ذلك مسلك القاضي النزيه "؛ فهذا القسم يشكل حماية أساسية لمؤسسة النظام العام في جزءها المتصل بالشريعة الإسلامية، بعلة أن القاضي -ذو الضمير الحي- سوف يحس بالمسؤولية الدينية التي تترتب عن أدائه لذلك القسم، وما يترتب عنه من مسؤولية أمام الله عز وجل قبل العباد، ويقسم على احترام كافة الشروط اللازمة في القاضي المسلم الذي يعرف ما له وما عليه.

2202 ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 الصادر بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد - 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، الصفحة 2741 كما تم تعديله وتتميمه.

2203 ظهير شريف رقم 1.16.41 صادر في 14 من جمادى الآخرة 1437 (24 مارس 2016) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم106.13 المتعلق النظام الأساسي للقضاة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6456 بتاريخ 6 رجب 1437(14 أبريل 2016،) ص 3160.

ISSN:2509-0291

✓ أما فيما يخص ما جاء في الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية، بكون أن الأحكام يجب أن تتضمن عبارة "المملكة المغربية" فهو تعبير صريح عن اعتبار الأحكام صادرة عن دولة واحدة موحدة دون تفرقة ولا تمييز، وهو تحصين لما جاء في الفصل 1 من الدستور القائل بأن من ثوابت الأمة "الوحدة الوطنية متعددة الروافد".

✓ كما أن فكرة جعل الأحكام تصدر باسم "الملك" ليس فيه سوى حفظ للمؤسسة الملكية التي تعد جزءا من النظام العام للدولة، باعتبار أن نظام الملكية بالمغرب يجد مصدره في "إمارة المؤمنين والبيعة" واللذان يحملان القدسية الشرعية، كما أن فيه احترام للملكية الدستورية التي هي جزء من ثوابت الأمة والنظام العام.

✓ أما عن جعل القاضي يصدر الأحكام "باسم القانون" وطبقا لأحكامه، فما هو إلا تعبير عن الاختيار الديمقراطي للأمة المنصوص عليه في الفصل الأول من الدستور.

الفقرة الثانية: حماية القاضي للنظام العام عند تذييل الأحكام الأجنبية

فيما يتصل بمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل المغرب، فقد نص الفصل 19 من الظهير الخاص بوضعية الفرنسيين والأجانب المقيمين بالمغرب الصادر بتاريخ 12 غشت 1913[2204] على أنها تقبل التنفيذ دون ما حاجة إلى إعادة النظر فيها من حيث الجوهر، وهذا فيه تعارض مع شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مجال الأحوال الشخصية بالمغرب، والتي نظرا لأهميتها ورعيا من المشرع المغربي لمصالح وحقوق الجالية المغربية المقيمة بالخارج، وكذا انفتاحه على قواعد القانون الدولي الخاص، عمد إلى تنظيمها في مقتضيات قانونية متعددة[2205]، تنظم مسألة منح الأحكام الأجنبية الصيغة التنفيذية كي تقبل التطبيق بالمملكة المغربية.

المقصود بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي هو: تلك المسطرة القضائية التي تخول للأحكام(وكذا العقود الرسمية) الأجنبية القوة التنفيذية داخل المغرب، وذلك عن طريق صدور حكم قضائي من محكمة مغربية بأمر تنفيذ الحكم الأجنبي كما لو كان حكما مغربيا، فالأمر بالتنفيذ إجراء يترتب عليه رفع الحكم الأجنبي إلى مصاف الحكم الوطني، وبعد صدور الأمر بالتنفيذ تطبق على الحكم الأجنبي نفس القواعد التي تطبق حال تنفيذ حكم مغربي.

غير أن القاضي المغربي لا يمكنه أن يضيف على الحكم الأجنبي مقتضيات جديدة لأنه يكتفي فقط بفحص الحكم من حيث الشكل وذلك بالنظر في مدى استيفائه لبعض الشروط كأن يكون قد صدر من هيئة قضائية مختصة واتبعت بصدده الإجراءات المسطرية وأن يكون قد فصل في النزاع طبقا للقانون المختص، وهذا ما يطلق عليه بمذهب الرقابة، حيث أن المحكمة ليس لها أن تتعرض لموضوع النزاع إلا بالقدر الذي تتحقق منه في أن الحكم الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام، وهو الاتجاه الغالب في التشريع المغربي.

غير أننا قد نجد بأن بعض المحاكم في تشريعات أخرى تعطي لنفسها الحق في التعرض لموضوع الحكم والنظر في مدى تطبيق القانون وتقدير الوقائع لدرجة أنه يحق لها مثلا تعديل الحكم وأن تتخذ تفسيرا مغايرا للوقائع أو تعدد التعويض الذي قضى به ويطلق على هذا الاتجاه بمذهب المراجعة[2206].

ويعتبر إجراء منح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية، الأداة الأساسية المتوفرة بين يدي القاضي لإعمال رقابته من الناحية الشكلية والموضوعية على الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في المغرب، وذلك استنادا إلى مقتضيات الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية[2207]، الذي جاء فيه: " لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما".

2204 نشر باللغة الفرنسية في الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 12 سبتمبر 1913، الصفحة 77.

2205 جليلة دريسي: ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب: أي امكانية للتطبيق أمام تطور ضوابط الاسناد، مجلة الحقوق العدد 13، ماي-دجنبر 2012 ص 103

2206 محمد الأطرش، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون المغربي والمقارن، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2021، الصفحة 190.

2207 تم تغيير وتتميم الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية بموجب المادة الفريدة من القانون رقم 61.19 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.118 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 الموافق ل 9 غشت 2019، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6807 بتاريخ 24 ذو الحجة 1440 الموافق ل 26 غشت 2019 الصفحة 5897.

غير أنه بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، يتم تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان تنفيذ الحكم أو لمحل إبرام عقد الزواج، ويستدعي رئيس المحكمة، أو من ينوب عنه، المدعى عليه عند الاقتضاء، طبقا لأحكام المادة 128 من مدونة الأسرة[2208].

وعموما فإنه يشترط لقبول تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية هي كالتالي[2209]:

- ✓ الشروط الشكلية: احترام الاختصاص النوعي والمكاني حسب مقتضيات الفصل 431 من قانون المسطرة المدنية، إرفاق طلب التذييل بنسخة رسمية من الحكم وأصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه وشهادة بعدم التعرض أو الاستئناف أوالطعن بالنقض صادرة عن كتابة الضبط المختصة، ترجمة الوثائق اللازمة إلى اللغة العربية من طرف ترجمان محلف إذا كانت محررة بغير هذه اللغة.
- ✓ الشروط الموضوعية: صحة الحكم الأجنبي، اختصاص المحكمة الأجنبية، عدم مساس الحكم الأجنبي بالنظام العام المغربي.

ويعد الشرط الموضوعي الثالث- عدم مساس الحكم الأجنبي بالنظام العام المغربي- هو محط النقاش في هذه النقطة، بحيث أن هنالك أحكام أجنبية كثيرة تواجه باستحالة تذييلها بالصيغة التنفيذية وبالتالي عدم نفاذها بالتراب المغربي، وذلك راجع لإعمال القضاء الأجنبي لضوابط الإسناد الحديثة في البث في النزاعات الأسرية الخاصة، مما يجعل مقتضياتها تتعارض مع النظام العام المغربي.

فلحماية النظام العام عند تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، تم تخصيص الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية لها، بالإضافة إلى هذا، فقد قام المشرع المغربي بإحداث فصل خاص في مدونة الأسرة وهو الفصل 128 الذي يهم الأحكام والعقود المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية الصادرة عن المحاكم الأجنبية أو الموظفين والضباط المختصين، وهذه المقتضيات تأكد كلها على إمكانية القاضي لإعمال سلطته التقديرية في قبول أو رفض تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، وصلاحية البث في جوهر الحكم للنظر في إمكانية تنفيذه داخل المغرب من عدم الإمكانية، شريطة عدم إضافة شيء في الحكم[2210].

ومن بين الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية بخصوص رفض تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية لتعارضها مع النظام العام، يمكن أن نذكر الأمثلة التالية:

- ✓ جاء في القرار رقم 361 الصادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 2018/01/16 ما يلي : "حيث بعد الاطلاع على وثائق الملف والحكم المستأنف، فإن الحكم المطعون فيه لم يدخل الطرف المدعى عليه في الدعوى طبقا للفصل 430 من قانون المسطرة المدنية، فالحكم المطلوب تذييله لا يوجد به ما يفيد أن الطلاق تم بتوافق الطرفين، وأن الملف خال مما يفيد بنهائية الحكم من الجهة المختصة، مما يتعين معه تأييد الحكم الابتدائي بالعلة المذكورة أعلاه[2211]"، يستفاد من هذا القرار أن محكمة الاستئناف قامت بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بعدل قبول تذييل الحكم الأجنبي القاضي بالطلاق، بعلة أنه لا يتوافر ما يفيد أن هذا الطلاق قد تم بموجب اتفاق الطرفين معا، أي أنه تنعدم به مسألة المساواة بين الطرفين في اختيار انهاء العلاقة الزوجية، وهو ما يتعارض مع مقتضيات مدونة الأسرة والتي تؤكد على ضرورة إصدار الطلاق برضا الطرفين وإلا كان مخالفا للنظام العام بعلة أن مدونة الأسرة جزء من النظام العام، كما أن فيه تعارض مع الاختيار الديمقراطي للمملكة.

2208 ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 الموافق ل 5 فبراير 2004، الصفحة 118.

2209 للتوسع في الموضوع يمكن الرجوع ل: عبد الغني سليم، تذييل الأحكام الصادرة في القضايا الأسرية بالصيغة التنفيذية، منشور ضمن أعمال ندوة دولية بعنوان: " تطبيق مدونة الأسرة في المهجر " نظمت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، منشورات مختبر البحث في الأسرة والهجرة، العدد 4، الصفحة 321 وما بعدها.

22102210 عزيز لبيب، مرجع سابق، الصفحة 74.

2211 وارد لدى: محمد الأمين بنزغار، رقابة القاضي الوطني على الأحكام الأجنبية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2019/2020، الصفحة 95.

✓ وفي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس[2212] تم فيه رفض تذييل الحكم بالطلاق الصادر عن المحكمة الابتدائية ببوردو بالصيغة التنفيذية، بعلة أن عقد الزواج المدلى به لا يتوفر على الأركان والشروط المنصوص عليها في المادة 14 من مدونة الأسرة من ضمنها حضور شاهدين مسلمين، وبذلك يبقى عقد الزواج المذكور مخالفا لمقتضيات النظام العام المغربي.

✓ في نازلة تتصل بطلب تذييل حكم صادر بالتطليق من المحكمة الابتدائية بلبيج، بين زوجة مغربية وزوج أجنبي، قضت المحكمة[2213] برفض الطلب على أساس أنه : « ... بالرجوع إلى عقد الزواج المدني الرابط بين الطرفين أمام ضابط الحالة المدنية، يتبين أن الزواج قد نشأ بين مغربية مسلمة وبين طرف أجنبي وليس في عقد الزواج المذكور ما يفيد أنه اعتنق الديانة الإسلامية، وحيث أنه من الموانع المؤقتة للزواج، زواج المسلمة بغير المسلم، وبعد الزواج الذي حصل فيه هذا المانع زواجا باطلا، وتصرح المحكمة ببطلان الزواج بمجرد اطلاعها عليه وفق ما تقضي به المواد 39 و 57 و 58 من مدونة الأسرة، وحيث إنه بمقتضى المادة 430 من قانون المسطرة المدنية فإنه يجب على المحكمة أن تتحقق من كون الحكم الأجنبي لا يخالف النظام العام المغربي، وحيث إنه طالما أن الزواج المنعقد بين الطرفين باطل بقوة القانون، ولا يمكن أن ينتج أي أثر، فإن الحكم الأجنبي القاضي بالتطليق بين الطرفين بناء عليه لا يمكن الاعتداد به من وجهة نظر القانون المغربي طبقا للمقتضيات اعلاه ومعارض للنظام العام المغربي ويتعين بالتالي رفض طلب تذييله بالصيغة التنفيذية.»

المطلب الثاني: دور القاضي الوطني في تطوير النظام العام

القاضي الوطني ملزم بإصدار الأحكام والقرارات وإلا اعتبر منكرا للعدالة، وبالتالي فهو ملزم دائما بتقديم حل للنزاع المطروح أمامه شريطة عدم مخالفة القانون، وإعمالا لسلطته التقديرية، فإن للقاضي الحق في خلق بعض الحلول الآنية لفض النزاع، ومن بين الإمكانيات المتاحة للقاضي نجد صلاحية تطوير للنظام العام كي يواكب العصر وكذا القضية المطروحة أمامه، فالنظام العام ليس بالفكرة الثابتة بل يتغير بين الزمان والمكان، ويتجلى دور القاضي في تطوير النظام العام في: مساهمة القضاء في خلق أنماط جديدة من النظام العام (الفقرة الأولى)، وكذا ابتداع حل النظام العام المخفف (الفقرة الثانية) لدوره في حماية حقوق الناس من الضياع.

الفقرة الأولى: مساهمة القضاء في خلق أنماط جديدة من النظام العام

أدت عولمة القوانين إلى التأثير على عمل القاضي نفسه، بحكم أنه الساهر الأول على حسن تطبيق القانون بشكل عادل، بحيث يحرص على حماية مصالح الأفراد وكذا الحفاظ على مقومات الدولة، وفي إطار سعيه لحماية حقوق الأفراد، فقد عمل القضاء على ابتكار أساليب جديدة للتعامل مع مؤسسة النظام العام في مجال تنازع القوانين[2214]، بحيث أنه تم ابتداع أنماط جديدة من النظام العام من قبيل:

1- النظام العام المبني على القرب:

نتج عن تزايد حركة الهجرة الوافدة على الدول الأوربية إلى سعي قضاء هذه الدول إلى ابتكار وسائل قانونية جديدة لاستيعاب المهاجرين وإدماجهم في المجتمعات الغربية، وهو ما أدى إلى ظهور فكرة النظام العام المبني على القرب الذي يعد أحدث هذه الوسائل إذ لجأ إليها القضاء الأوربي في ثمانينات القرن الماضي، وهذه الآلية المستحدثة في فض النزاعات الأسرية ذات العنصر الأجنبي هي مستوحاة من النظرية الألمانية التي تؤكد على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار عند إعمال النظام العام لسلطة قانون اجنبي وإخضاعها في الأخير لقانون بلد القاضي لوجود روابط قانونية مع هذا البلد[2215].

2212 الحكم رقم 3136 الصادر بتاريخ 2006/09/26 في الملف رقم 5/06/3315ج، وارد لدى: محمد المهدي، النظام القانوني لزيجات وأطلقة المغاربة المقيمين بالخارج بين النص وإشكالات التطبيق، منشور ضمن أعمال ندوة دولية بعنوان: "تطبيق مدونة في المهجر" نظمت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، منشورات مختبر البحث في الأسرة والهجرة، العدد 4، الصفحة 288.

2213 حكم المحكمة الابتدائية بالناظور، بتاريخ 2010/05/03، في الملف الشخصي عدد 2010/447، وارد لدى: الحسين بلحساني، زواج المسلمة بغير المسلم بين أحكام مدونة الأسرة ومقتضيات الاتفاقيات الدولية، مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد 15، يونيو 2013/يناير 2014، الصفحة 20.

2214 عزيز لبيب، مرجع سابق، الصفحة 103.

2215 Paul Lagard, le principe de proximité dans le droit international contemporain, Revue critique de droit international privé, 1986, Page 25.

ويعتبر القضاء الفرنسي الرائد في الأخذ بمفهوم النظام العام المبني على القرب، وقد لجأ إليه بشأن العديد من روابط الأحوال الشخصية، وهكذا رسخت محكمة النقض في قرار لها باللجوء إلى النظام العام المؤسس على القرب ويتعلق هذا الحكم بزوجة فرنسية قاطنة بإسبانيا فتطبيقا للمادة 310 في فقرتها الثالثة من القانون المدني الفرنسي يعتبر القانون الإسباني هو المختص باعتباره القانون الوطني للزوج، لكن هذا القانون الذي كان يجهل في تلك الفترة الطلاق تم اعتباره من طرف محكمة النقض متعارضا مع المفهوم الفرنسي السائد للنظام العام الدولي الذي يتيح الإمكانية للزوج المستوطن بفرنسا لطلب التطليق[2216].

فمفاد فكرة النظام العام المبني على القرب هو بحث القاضي عن عنصر للارتباط تكون له قوة أو قيمة أو مكانة قانونية مهمة في العلاقة المطروحة أمامه، بحيث بناء على عنصر الارتباط هذا يقوم القاضي بتطبيق قانونه عوض قانون أخر، بغية التخفيف من حدة النظام العام في استبعاد القانون المختص، وحماية للأطراف المعنيين، كي لا تضيع حقوقهم، وغالبا يكون عنصر الارتباط الذي يتم الاستناد إليه هو عنصر الجنسية أو الإقامة، بحكم أن كلاهما رابطتان قويتان بين الفرد والدولة يمكن اعتمادهما لتحديد القانون المختص للفصل في النزاع.

2- النظام العام المسطري

تعد الإجراءات المسطرية الضمانة الأساسية للحفاظ على حقوق الأفراد وحمايتها، التي يجب أن تقوم بناء على ضوابط تحددها القاعدة القانونية لكل مجتمع ويتجلى دور هذه الإجراءات بجلاء في النزاعات الأسرية، هذا ما جعل القضاء الأوربي يركز عليها في العديد من أحكامه، بحيث يقوم باستبعاد أي حكم أجنبي تم فيه خرق أحد هذه الضمانات المسطرية من خلال الاعتماد على ما يسمى بالنظام العام المسطري " l'ordre public procédural "[2217]. ويقصد بالنظام العام المسطري ذلك الاجراء الذي يقوم به القاضي حالما يستبعد تنفيذ حكم صادر عن محكمة أجنبية ومنحه الصيغة التنفيذية، لعدم احترامه للإجراءات المسطرية اللازم اتباعها كي يعد الحكم صحيحا من الناحية الشكلية.

ويجد النظام العام المسطري مرجعيته في الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1957 في مادتها الخامسة التي أشارت إلى الضمانات المسطرية اللازم توفرها لمنح القاضي الوطني الصيغة التنفيذية للأحكام فوق تراب الدولتين المتعاقدتين، والتي تشكل ما يطلع عليه بالنظام العام المسطري، وتتمثل بالخصوص في استدعاء الطرفين بصفة قانونية، وتمثيلها تمثيلا صحيحا، والإشارة إلى تخلفها عن الحضور[2218].

وفي خضم التشدد من قبل القضاء الأوربي في قبول الطلاق الواقع بالمغرب بالاستناد إلى مبرر الضمانات المسطرية جاءت مدونة الأسرة لتجاوز كل هذا القصور الذي كان يشوب مسطرة الطلاق في ظل المدونة الملغاة وأصبحت فيها مسطرة الطلاق الذي يوقعه الزوج مشمولة بضمانات مسطرية مهمة تبتدئ من خلال فرض التوصل الشخصي للزوجة حيادا واستثناء على القواعد العامة للتبليغ في قانون المسطرة المدنية التي لا تشترط التوصل الشخصي.

ويتجلى الهدف الأساسي من خلال سن المشرع المغربي لهذه القواعد المسطرية في مدونة الأسرة، هو الحد من حالات الطلاق التي كانت تتم في غيبة الزوجة واشترط الصيغة التنفيذية لطلاقهم بالخارج، وبالتالي قد ساهمت هذه المقتضيات في تغير موقف القضاء الفرنسي، والاستدلال على ذلك ورد في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 8يناير 2005 جاء فيه " ... ما دام أن مسطرة الطلاق تمت بطريقة قانونية في احترام كامل للقانون الفرنسي"[2219] .

2216 إبراهيم بوريش، محددات النظام العام في العلاقات الأسرية بين الثابت والتطور، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2007/2008، الصفحة 41.

2217 فكري العلالي، مرجع سابق، الصفحة 313.

2218 محمد الرماش، مظاهر تصادم مدونة الأسرة مع النظام العام الجديد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس، السنة الجامعية 2014/2015، الصفحة 42.

2219 محمد الرماش، مرجع سابق، الصفحة 43.

خلاصة القول أن التجديدات التي طالت مسطرة الطلاق في مدونة الاسرة انعكست إيجابا على الاعتراف بالطلاق الواقع بالمغرب في أوربا وضيقت من حالات التشديد التي كانت تحول دون تنفيذ الأحكام المغربية أمام القضاء الأوربي بعلة الدفع بالنظام العام المسطري.

الفقرة الثانية: ابتداع القضاء لفكرة النظام العام المخفف

احتراما من القضاء للحقوق التي يكتسبها الأشخاص في الخارج، فقد ثم ابتداء فكرة النظام العام المخفف، وفكرة الأثر المخفف وتمييزها عن الأثر المطلق أو الكامل للنظام العام، هي فكرة من صنعة القضاء الفرنسي وعنه تلقفها الفقه وراح يروج لها ويجد فيها مبررا للإعتراف بآثار حق -كلها أو بعضها- نشأ في الخارج، وهي مقننة في بعض التشريعات الحديثة مثل التشريع التونسي في الفصل 37 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية[2220].

فقد استقر الفقه والقضاء في مختلف الدول على التفرقة بين الحالة التي يراد فيها انشاء مركز قانوني في دولة القاضي والحالة التي يراد فيها مجرد الاحتجاج أو ترتيب آثار معينة على مركز قانوني تم إنشاءه في الخارج، ويرون أن أثر النظام العام يختلف بالنسبة لكل حالة من الحالتين، فبالنسبة للمراكز القانونية التي تم إنشاءها بالخارج لا يكون للنظام العام نفس الأثر الذي يكون له بصدد مركز قانوني يراد انشاءه في دولة القاضي نفسها، ذلك أن الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر ازاء مركز أو علاقة تم إنشاءها في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به اذا ما أريد انشاء نفس العلاقة داخل إقليم دولة القاضي.

فمن غير المستساغ مثلا أن يسمح القاضي الفرنسي للأجنبي، بإنشاء علاقة لا يبيحها القانون الفرنسي، كالزواج بأكثر من زوجة داخل الإقليم الفرنسي، نظرا لما يؤدى إليه ذلك من مساس واضح بالأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة في فرنسا، في حين أنه إذا قام الأجنبي بإبرام نفس الزواج خارج الإقليم الفرنسي فإن مجرد امتداد آثار العلاقة الى فرنسا لن يخدش الشعور العام بنفس الدرجة.

والأمثلة على الأثر المخفف لإعمال فكرة النظام العام عديدة فقد جرى في كثير من الدول على السماح لمراكز قانونية تم إنشاءها بالخارج كإنهاء رابطة الزوجية بالتطليق مثلا بإنتاج آثارها داخل اقليم دولة القاضي رغم أنها كانت ستصطدم بالنظام العام أو أريد انشاؤها في دولة القاضي، إما لأن النظام القانوني في دولة القاضي لا يسمح بإنهاء رابطة الزوجية بالتطليق على الاطلاق كما كان الحال في ايطاليا، و لأن المشرع الوطني لا يجيز الحكم بالتطليق الا لأسباب حددها على سبيل الحصر ولم يكن التطليق الذي تم بالخارج مبنيا على أي منها، كذلك استقر القضاء الفرنسي على اعتبار الشركة التي تؤسس في الخارج من شخص واحد صحيحه في فرنسا عندما كان المشرع الفرنسي لا يسمح بإنشاء هذه الشركة في فرنسا لمخالفتها للنظام العام[2221] .

ويلاحظ أن فكرة الأثر المخفف للنظام العام لا تعنى عدم الدفع بالنظام العام على الاطلاق بالنسبة للمراكز القانونية التي تم إنشاءها في الخارج أو الحقوق التي تم اكتسابها في الخارج، بل هي تعني فقط عدم اعمال هذا الدفع بالنسبة لهذه الفئة بنفس الدرجة التي يتم بها إعماله إزاء المراكز القانونية التي يراد انشاؤها داخل دولة القاضي، والواقع أن الأثر المخفف النظام العام، أي عدم إعمال الدفع أمام المراكز القانونية والحقوق التي تنشأ في الخارج بنفس الدرجة التي يتم بها اعماله أمام المراكز والحقوق التي يراد انشاؤها داخل دولة الفاضي، أمر يقتضيه اضطراد المعاملات الدولية، فإعمال فكرة النظام العام لتعطيل آثار المراكز والحقوق التي تتم خارج دولة القاضي من شأنه الحد من العلاقات القانونية التي تمتد عبر حدود الدول بشكل قد يهدد حياة المجتمع الدولي للأفراد ويصيب التجارة الدولية بالأضرار نظرا لحرمانها تحتاج اليه من تأمين لحقوق الدائنين في المجال الدولي.

ويبرر الفقه الفرنسي هذا التباين في رد فعل النظام العام بين الإطلاق والتخفيف على أساس أن هناك حالات تكون فيها درجة تأثر الرأي العام الفرنسي إزاء المركز القانوني الذي نشأ في الخارج صحيحا وفق قانون يقره أقل حساسية عنه فيما لو أريد إنشاؤه في

2220 قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نونبر 1997 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، الرائد الرسمي التونسي عدد 96 بتاريخ 1 دجنبر 1998، صفحة عدد 2392.

2221 فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، طبعة 1992، الصفحة 157.

فرنسا، هذا التميز المقال به تسطره محكمة النقض الفرنسية في تواتر في صياغة باتت تقليدية، حين تقول: " إن رد الفعل في مواجهة نص (في القانون الأجنبي مخالف للنظام العام الفرنسي) ليس واحداً بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بمنع نشوء حق في فرنسا، أو يتركه يرتب آثارا لحق اكتسب في الخارج بدون غش وكان موافقا للقانون الواجب التطبيق مقتضى القانون الدولي الخاص الفرنسي[2222]...

" La réaction à L'encontre d'une disposition contraire à L'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à L'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis à L'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé ، sans fraude، français ."

ورغم التسليم بهذا التميز فإن الفقه يقرر – على ضوء تحليله لأحكام القضاء – أن فكرة الأثر المخفف لا تعني استبعاد الدفع بالنظام العام تماما بالنسبة لمفاعيل أو آثار المؤسسات القانونية أو الحقوق التي نشأت صحيحة لو تم اكتسابها في الخارج وفقا للقانون المختص بمقتضى قواعد التنازع الفرنسية بعبارة أخرى، فإنه قد يحدث أن يتعارض نفاذ الحق الذي تم اكتسابه في الخارج مع اعتبارات النظام العام في دولة القاضي حتى في جانبها المخفف[2223].

والحق أن كثيرا من أحكام القضاء الفرنسي والإنكليزي والألماني وغيرها أمكنها عن طريق فكرة الأثر المخفف للنظام العام أن تبرر لنفسها الاعتراف ببعض النظم المعروفة في الشريعة الإسلامية مثل تعدد الزوجات والطلاق بالإرادة المنفردة وذلك على الرغم من عدم إمكانية نشوء هذين الحقين في هذه الدول.

خاتمة

خلاصة القول في هذا المقام هي أن للقاضي الوطني علاقة وطيدة ومباشرة بمؤسسة النظام العام، فالقاضي هو الساهر الأول على حماية تلك المؤسسة وتحصينها مما قد يطالها من إخلال، فهو يسهر على ضرورة إصدار احكام مطابقة للنظام العام، ويحرص أيضا على أن تكون الأحكام الأجنبية التي تصدر للأطراف المغاربة أيضا تحترم النظام العام.

كما أن الدراسة أبانت على أن هنالك تحول عرفه القضاء في تعامله مع موانع تطبيق قواعد الإسناد الحديثة، حيث أن هذا الجهاز باعتباره الساهر الأساسي على حسن تطبيق القانون، فقد ابتكر أنماط جديدة من النظام العام (مثل النظام العام المخفف، النظام العام المسطري، والنظام العام المبني على القرب) للتخفيف من حدة هذه المؤسسة أثناء تعامله مع ضوابط الإسناد واستقباله للحقوق المكتسبة بالخارج، وكذا قبوله بالقوانين الأجنبية.

لكن الملاحظ هو أن هنالك قصور تشريعي كبير في القانون المغربي فيما يرتبط بهذه التطورات، فظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب المقيمين بالمغرب باعتباره أساس مادة تنازع القوانين بالمغرب، أصبح الفصل 19 منه متجاوزا بشكل كبير، أما المقتضيات الواردة في مدونة الأسرة وكذا قانون المسطرة المدنية بالرغم مما منحته من سلطات للقاضي الوطني في مجال النظام العام، إلا أنها مقتضيات لا تواكب مستجدات الساحة القانونية الدولية لتنازع القوانين.

لكل هذا فإننا نطرح التوصية التالية التي يمكن أن تشكل تغييرا كبيرا في منظومة تنازع القوانين برمتها وهي:

إلزامية نسخ المقتضيات القانونية الحالية المنظمة للقانون الدولي الخاص وصياغة مدونة واحدة موحدة تنظم هذا المجال القانوني الشاسع بشكل حداثي متطوريواكب التطورات الحاصلة فيه، بغية خدمة مصلحة كل من الوطن والمواطنين، وتسيير عمل القاضي المعتبربمثابة الحارس الأساسي لحسن تفعيل القانون.

لائحة المراجع

2222 كريم متقي، تطور النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، مقال منشور في مجلة القضاء المدني، العدد 14 مكرر، سنة 2017، الصفحة 27.

2223 عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، الصفحة 549.

المؤلفات:

- ✓ عزيز لبيب، الروابط الأسرية الخاصة بين مقتضيات القانون المغربي وعولمة منظومة تنازع القوانين، الطبعة الأولى، مطبعة جوهرة العلوم، مكناس، طبعة 2024
- ✓ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، تنازع القوانين-دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2002.
- ✓ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، طبعة 1992.
- ✓ محمد الأطرش، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون المغربي والمقارن، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2021.
- ✓ موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، طبعة 1994.

الأبحاث الجامعية:

○ **الأطروحات الجامعية:**

- ✓ حفيظة الشافعي، رقابة محكمة النقض على تذييل الأحكام الأجنبية الصادرة في المادة الأسرية بالصيغة التنفيذية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2017/2018.
- ✓ فكري العلالي، مدونة الأسرة بين الثوابت الشرعية وتطور ضوابط الإسناد بأوروبا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2014/2015.

○ **الرسائل الجامعية:**

- ✓ إبراهيم بوريش، محددات النظام العام في العلاقات الأسرية بين الثابت والتطور، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2007/2008.
- ✓ عبير كريدو، الهجرة بين آليات الحماية واستراتيجية المواجهة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس، السنة الجامعية 2018/2019.
- ✓ محمد الأمين بنزغار، رقابة القاضي الوطني على الأحكام الأجنبية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2019/2020.
- ✓ محمد الرماش، مظاهر تصادم مدونة الأسرة مع النظام العام الجديد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس، السنة الجامعية 2014/2015.

المقالات:

- ✓ جليلة دريسي: ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب: أي امكانية للتطبيق أمام تطور ضوابط الاسناد، مجلة الحقوق العدد 13، ماي-دجنبر 2012.
- ✓ الحسين بلحساني، زواج المسلمة بغير المسلم بين أحكام مدونة الأسرة ومقتضيات الاتفاقيات الدولية، مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد 15، يونيو 2013/يناير 2014.
- ✓ كريم متقي، تطور النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، مقال منشور في مجلة القضاء المدني، العدد 14 مكرر، سنة 2017.

القوانين:

ISSN:2509-0291

✓ ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب المقيمين بالمغرب، منشور باللغة الفرنسية في الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 12 سبتمبر 1913، الصفحة 77.

✓ قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نونبر 1997 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، الرائد الرسمي التونسي عدد 96 بتاريخ 1 دجنبر 1998، صفحة عدد 2392.

✓ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 الصادر بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد - 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، الصفحة 2741 كما تم تعديله وتتميمه.

✓ ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

✓ ظهير شريف رقم 1-11-91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 2011/07/30.

✓ ظهير شريف رقم 1.16.41 صادر في 14 من جمادى الآخرة 1437 (24 مارس 2016) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم106.13 المتعلق النظام الأساسي للقضاة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6456 بتاريخ 6 رجب 1437(14 أبريل 2016،) ص 3160.

✓ القانون رقم 61.19 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.118 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 الموافق ل 9 غشت 2019، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6807 بتاريخ 24 ذو الحجة 1440 الموافق ل 26 غشت 2019 الصفحة 5897.

أعمال الندوات:

✓ عبد الغني سليم، تذييل الأحكام الصادرة في القضايا الأسرية بالصيغة التنفيذية، منشور ضمن أعمال ندوة دولية بعنوان: " تطبيق مدونة الأسرة في المهجر" نظمت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، منشورات مختبر البحث في الأسرة والهجرة، العدد 4.

✓ محمد المهدي، النظام القانوني لزيجات وأطلقة المغاربة المقيمين بالخارج بين النص وإشكالات التطبيق، منشور ضمن أعمال ندوة دولية بعنوان: " تطبيق مدونة في المهجر" نظمت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، منشورات مختبر البحث في الأسرة والهجرة، العدد 4.

المراجع باللغة الفرنسية:

✓ Paul Lagard, le principe de proximité dans le droit international contemporain, Revue critique de droit international privé, 1986.

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

الحدود المغربية خلال القرن التاسع عشر: "قراءة تاريخية وقانونية في تحديات السيادة والجغرافيا من خلال الأرشيفات الوطنية والأجنبية"

Moroccan borders during the nineteenth century: "a historical and legal reading in the challenges of sovereignty and geography through national and foreign archives"

الباحث : فؤاد المستفيد

طالب باحث في سلك الدكتوراه، تخصص: التاريخ المعاصر، كلية الآداب والعلوم الإنسانية فاس-سايس.

وأستاذ الثانوي التأهيلي.

الملخص:

المقال يتناول جهود النائب السلطاني امحمد بركاش في معالجة قضية الحدود المغربية خلال فترة كانت فيها الأطماع الاستعمارية الفرنسية والإسبانية تهدد سيادة المغرب. ركز المقال على محاور عدة، أبرزها:

1. الحدود الشرقية مع الجزائر: تناول مقاومة المغرب للتمدّد الفرنسي بعد احتلال الجزائر، ودور بركاش في المفاوضات ومحاولات صد الاعتداءات.

2. اتفاقية للامغنية 1845: انتقدت التنازلات التي قُدمت لفرنسا والخلافات حول تطبيق الاتفاقية وتأثيرها على حدود المغرب الشرقية.

3. التنافس على الجنوب المغربي: ناقش الأطماع الأوروبية في السواحل الأطلسية، خاصة من إسبانيا وفرنسا، وأدوار بركاش في التصدي لها دبلوماسياً.

4. سانتا كروز الصغيرة (سيدي إفني): ركّز على محاولة إسبانيا الاستيلاء على المنطقة بسبب موقعها الإستراتيجي ومواردها، وجهود بركاش لإلغاء بنود معاهدة تطوان المرتبطة بذلك.

5. الدعم الشعبي والرسمي: أوضح التعاون بين بركاش والسلاطين المغاربة مثل المولى الحسن والقبائل الحدودية لمواجهة التهديدات الخارجية.

6. الدبلوماسية كوسيلة أساسية: برز دور بركاش في التفاوض المباشر مع ممثلي القوى الاستعمارية لتخفيف حدة النزاعات.

المقال يُظهر براعة بركاش في إدارة الأزمات الحدودية وتأثيره في الحفاظ على سيادة المغرب بطرق دبلوماسية رغم الضغط الاستعماري.

Abstract

The article discusses the efforts of Sultanate deputy Mohammed Barkach in addressing Moroccan border issues during a period when French and Spanish colonial ambitions posed a threat to Morocco's sovereignty. The article focuses on several key aspects, including:

1. Eastern Borders with Algeria: It examines Morocco's resistance to French expansion following the occupation of Algeria, highlighting Barkach's role in negotiations and attempts to repel attacks.

2. The Treaty of Lalla Maghnia (1845): It critiques the concessions made to France, the disputes over the treaty's implementation, and its impact on Morocco's eastern borders.

3. Competition for Southern Morocco: The article addresses European ambitions in the Atlantic coasts, particularly by Spain and France, and Barkach's diplomatic efforts to counter these threats

تقديم:

تعتبر القضايا الحدودية للمغرب من بين القضايا الشائكة التي شغلت ذهن النائب السلطاني امحمد بركاش، خاصة إزاء التفوق الواضح للدول الأجنبية التي أصبحت تهدد الداخل المغربي متجاوزة الاعتداء على حدوده الشرقية والجنوبية والشمالية.

- فما هي أهم التحديات التي صادفها امحمد بركاش في معالجته لقضايا الحدود المغربية؟

- وهل ارتبطت الاستفزازات الحدودية للمغرب بدول محددة، أم أن الأمر تجاوز ذلك لصراع بين عدة دول أجنبية؟

-وما هي ردود الفعل المخزنية والشعبية إزاء هذه التجاوزات الأجنبية ضد الحدود الترابية للمغرب؟

1- النزاعات والصراعات بالحدود الشرقية المغربية.

يعتبر المغرب البلد الوحيد في شمال إفريقيا الذي قاوم الغزو التركي، وحافظ على حدوده الشرقية مع الإمبراطورية العثمانية، لكن مع حلول القرن التاسع عشر بدأ المخزن المغربي يستشعر الخطر الأوربي من جهة الشرق بعدما كان يأتيه خطرهم من الشمال وبالضبط من البرتغال وإسبانيا، لكن هذه المرة من فرنسا التي احتلت الجزائر سنة1830، وبفعل الشرعية القبلية والدينية لدى المخزن العلوي، استطاعت المقاومة بهذه المناطق من دّحر المستعمر وتأخير احتلاله للمنطقة، فظلت فرنسا تراقب باستمرار الوضع الراهن في المغرب، كما كان يزعجها بشكل كبير مستقبلها في الجزائر وإفريقيا بسبب المنافسة الأجنبية لها بالمغرب، فكانت تبحث عن منفذ للجزائر على المحيط الأطلسي لذلك من الواضح أنها انتظرت وضعا دوليا ملائماً، فعملت على كسر التضامن الداخلي للإمبراطورية الشريفة لتشرع في احتلاله، وهو الأمر الذي سيتأتى لها ابتداء من سنة 1845[2224]، وفي هذا يقول فيكتور بيرارد:« بعد فتح الجزائر لمدة أربعة عشر عاما(1844-1830)، نهج السلطان الشريف في علاقتنا معه سياستين الأولى تميزت بالعداء المعلن والثانية بالهدنة والاحتياط منا، وكان بإمكانه أن يستغل تساقط مدن الجزائر في قبضتنا ويحصل هو على إمارة تلمسان الحدودية لأراضيه، لكن خيانة قضية الإسلام قد تسبب له إحراجا خطيراً في الداخل، خاصة في ظل تواجد الجهاد البحري بزعامة القائد عبد القادر»[2225]، لكن السلطان تبنى الجهاد ومساندة الأمير عبد القادر الذي فقد أكثر مساعديه إخلاصاً سيدي مبارك الذي استشهد عام1843 ، لينسحب عبد القادر بعد استنفاد موارده وإحباطه إلى ما وراء حدود الجزائر فاستعان بالقبائل المغربية في جهاده خاصة: بني يزناسن وبني منقوش وأولاد العباس وأولاد عزوز، وقد اعتبرهم Achille Fillias بأنهم كانوا الأكثر تعصبا في المغرب والأكثر خطورة على فرنسا، فرحبوا بحماس بعبد القادر الجزائري الذي حاربنا بشراسة لمدة عشر سنوات، ليطلب الدعم من الشرفاء والطوائف الدينية بالمنطقة مثل جماعة مولاي الطيب وعيساوة باسم نصرة الإسلام فحشد حوله أعدادا كبيرة من المتعاطفين والغيورين على الدين الإسلامي، ليأمر السلطان عبد الرحمان بن هشام خليفته بالاستعداد من أجل حملة عسكرية ضد فرنسا[2226]، فوقعت معركة إيسلي1844، التي انهزم فيها المغرب، وتلتها معاهدة طنجة سنة 1844، ثم معاهدة للامغنية1845[2227]، التي أفرزت عدة شروط استعمارية أفقدت المغرب حدوده الشرقية، بل إن فرنسا اعتبرت هذه المعاهدة بمثابة الضوء الأخضر لها لملاحقة المتمردين(المقاومة الجزائرية) على الأراضي المغربية، حتى وإن لم يكن هذا الحق مكرسا في المعاهدة[2228]، وقد رفض السلطان عبد الرحمان هذه الاتفاقية التي تم خلالها التغرير بالمفاوضين المغاربة، ففي مراسلة من المولى عبد الرحمان

2224. B. N. F. P. Saïd (Sayagh), La France et les frontières Marocco-algériennes (1873-1902) ،Editions Du Centre National De La Recherche Scientifique, Paris, 1986.P P. 2-3.

2225. B. N. F. P, Victor (Bérard). L'Affaire marocaine : le Maroc, la France et le Maroc, l''accord franco-anglais, l'accord franco-espagnol, le désaccord franco-allemand, les réformes, Librairie Armand Colin, Paris, 1906, P. 55.

2226. B. N. F. P, Achille Fillias, Campagne du Maroc. Tanger, Isly, Mogador, 1844. Récits militaires, Typographie Et Lithographie A. Bouter, Alger, 1881, P P. 3-4.

2227 . A. D. F. N, Recueil Des Actes Internationaux Et Incidence Internationale Concernant Le Maroc, Résidence Générale De France Au Maroc, P P. 451-452-453.

2228. B. N. F. P, Le Petit colon algérien, Journal, N° 1400-Cinquiéme année, Éditeur : Bureaux Alger, Mercredi 10 Mai 1882, P. 1

بن هشام إلى عامله بتطوان عبد القادر أشعاش أكد فيها أن وادي تافنا هو الحد بين المملكة المغربية والإيالة الجزائرية، وبأن المفاوضين الفرنسيين قد غروا بالمفاوضين المغاربة، خصوصا العامل حميدة بن علي الشجعي الذي تنازل للفرنسيين عن أراضي شاسعة من التراب المغربي وجعلوها من إيالة الجزائر، ولم يستبعد معها السلطان مسألة ارتشاء رئيس المفاوضين حميدة، وهو الأمر الذي يستشف من الرسائل السلطانية العديدة التي تمت بين السلطان وعماله، الذي ما كاد يَطَّلِعْ على مَشروع اتفاقية الحدود التي وقعها مفوضه حميدة الشجعي بقرية للامغنية يوم 18 مارس 1845، حتى قَام لِذلك وَقَعَدْ، لأنه رأى أن مُفَوضه وعَامِله تجاوز رسالة التفويض بتخليه عن أراضي مغربية شاسعة للفرنسيين، كما فتح أبواب التعامل التجاري بين المملكة المغربية ومستعمرة فرنسا الجزائرية، وهو الأمر الذي لم يأذن لهم به[2229]، وقد شكل هذا الحدث الدنيء من فرنسا اتجاه المغرب رفضا من ممثلي المخزن على الصعيدين المركزي والجهوي، ففي مراسلة من الوزير محمد بن إدريس إلى عامل العرائش في شأن قبائل مغربية ألحقتها فرنسا بالمستعمرة الجزائر مؤرخة في 11 جمادى الثانية 1261 /1845:« أخانا البار الفقيه الأجل الخديم الأنصح الأمثل القائد السيد بوسلهام بن علي. أعانك الله وسلام عليك ورحمة الله تعالى وبركاته بوجود مولانا أيده الله ونصره. وبعد فقد وصلنا كتابك وعرفنا ما فيه وما ذكرت من أن الجنس الخسيس لا يقبل ما ذكرنا لك قبل تعديهم على بلاد المسلمين علمناه وذلك صحيح وما وجهنا لك مرات ما حاز من بلاد المسلمين إلا لتعلم وتتيقن بذلك. فعامل وجدة والذي كان معه كلاهما انخدعا بعدم المعرفة وأنت لم ترَ تلك البلاد فإن البلاد التي زعم أنه تبرع بها على النائب بعدم قبض كرائها التي بها بنو منفوش التحاتة هي بلاد العقود لبعض أولاد منصور ورسم ملكيتها لا زالت تحت أيديهم وإنما أعطوها لهم على وجه الأرفاق. ففهم اللعين بأنها من حساب إيالته هذه واحدة وقد جعل ذلك الحد بشهوته وعلى خاطره والمنتصرة هم الذين يذكرون له هذا وشبهه وهو تابع لهم في ذلك ومعلوم عند الخاص والعام أن الحد القديم المشهور بين إيالة الترك والمغرب هو وادي تافنا فما يوالي وجدة وحوزها فللمغرب وما هو تلك الناحية مما يلي فللترك. إلا أن القائل حيث كانت تضعف الدول في بعض الأحيان كانوا يوالون الأتراك حيث كانت ملة الإسلام واحدة فيكونون تارة من هذه الناحية وأخرى من الجانب الآخر فكان الأمر يسهل واليوم تبدلت الأحوال ولا حولا ولا قوة إلا بالله. في 11 جمادى الثانية 1261 محمد بن إدريس لطف الله به»[2230]، وقد استمر المغرب بعد اتفاقية للامغنية في فقدان عدد من الواحات التي قامت فرنسا باحتلالها بسبب الدعم الموجه للمقاومة الجزائرية[2231]، كما شجعت فرنسا هجومات بعض القبائل الجزائرية الموالية لها في الهجوم على القبائل المغربية المحاذية لهم وسلبهم المواشي[2232]، حيث برز تصوران متنافيان في نوع العلاقات المستقبلية لفرنسا مع المغرب، التصور الأول كان طامحا بشكل كبير في إتمام المشروع الاستعماري الذي انطلق من الجزائر وأنصار هذا التصور ساندوا الاحتلال ومنحوه الشرعية تحت غطاء محاربة قطاع الطرق والمتمردين ضدها الذين تمركزوا بالواحتين فكيك وتوات، بالإضافة إلى نشر الحضارة بالمغرب، ومن بين دعاة هذا الطرح نجد القائد تيرنانت (M.Ternant)، الذي اعتبر أن التدخل في المغرب هو: «ضرورة حتمية لتجاوز المفارقة التاريخية في هذا البلد حيث أنه من العار على فرنسا ومن غير المقبول أن توجد بين الجزائر وتونس، اللتان تحررتا بفضلنا من الهمجية بدماء فرنسا، بالمقابل توجد أرض شاسعة وغنية بالثروات والكنوز لا تعد ولا تحصى مثل المغرب، الذي

2229. (م. م. و. م)، المجموعة 2، رقم الوثيقة: 151، ص، 7.

2230. (م. م. و. م)، المجموعة 2، م. س، ص، 12.

2231. رسالة من السلطان المولى الحسن إلى النائب السلطاني امحمد بركاش، تتعلق باعتداء الجيش الفرنسي في الجزائر على القبائل المغربية المتاخمة للحدود الجزائرية، حيث تم احتلالها مثل: قبيلة العمور، وهي قبيلة مغربية تقع بالعين الصفراء، قبيلة زناكة، وهي تابعة لواحة فكيك، الوادغير، قبيلة تابعة لفكيك أيضاً، قبيلة حميان الجنبة، وهي تابعة لعين الصفراء، المهاية، قبيلة ألحقت أيضا بعين الصفراء، مؤرخة 26 ربيع الأول عام 1299/ 15 فبراير 1882، (م. م. و. م)، المجموعة 13، الوثيقة 1522، ص 110.

2232 . رسالة من المولى الحسن للنائب بركاش مؤرخة في فاتح ربيع الثاني عام 1297، تتعلق بهجوم قبيلة أولاد المبخوت من الإيالة الشرقية ومعهم قبيلة احميان على قبيلة مغربية وسلبوا السيد علال بن الطيب واخوانه السيد عبد الحاكم واولاد السيد محمد، عشرة آلاف من الغنم وثلاثين جمل واثنى عشرة خيمة وبهائم وأموال، وبالتالي وجب إعلام السفير الفرنسي بالأمر لرّد الحقوق للقبيلة المغربية والحد من الاعتداءات الايالة الشرقية الخاضعة لفرنسا، مح 57ر/ 53، وثائق أرشيف المغرب.

ISSN:2509-0291

لا يزال بدون حكومة راسخة حقا، وبدون علاقات مفتوحة مع الدول الأخرى، ومنغلق تقريبا أمام الحضارة»[2233]، أما التصور الثاني فقد اعتبر الاحتلال خطأ إستراتيجيا في هذه الظرفية، ومن بين المساندين لهذا الطرح نجد القائد هوبير(M. Hubert) الذي اعتبر:« أن سياسة فرنسا في المغرب خلال هذه المرحلة كانت مجرد سياسة حدودية، مدعيا أن الدافع الرئيسي في هذه السياسة يتمثل في وضعية المغرب خلال نهاية القرن التاسع عشر، حيث اعتبرتها فرنسا بأنها وضعية لا تطاق بمنطقة مجاورة لمستعمرتها الجزائر، فالمغرب هو بلد متحلل تسود به القبائل المتمردة ومناطق السيبة وهو غير قادر على إخضاعهم، وبالتالي فمسألة تصحيح الحدود غير كافية بعد توقيع معاهدة لالة مغنية، لأن أهميتها ثانوية فقط، لذلك فالطرف الفرنسي المفاوض اعتبر الأمر مجرد مصالحة لتجنب الخلاف الذي تسبب في معركة إيسلي، وأن المسار الذي أخذته المفاوضات كان إلى حد كبير هو المسار الذي طلبه المفوضون المغاربة، لذلك نحن نؤيد مراجعة معاهدة لالة مغنية، لكن سنواجه صعوبات بسبب حالة فوضى السلاطين الذين لا يقعون تحت مطامحنا وإرادتنا، وبالتالي لن تنتهي خطورة قبائله الحدودية إلا في اليوم الذي ستخضع فيه لإدارة منتظمة تكون قادرة على إبقائها في الخدمة»[2234]، بينما يقول الكابتن فريش الذي تميز بدهائه في احتلال الجزائر: لم تفكر فرنسا على الإطلاق في احتلال المغرب، لكنها بعد معركة 1844 والمعاهدة التي تلتها سنة 1845، أنداك فكرت فرنسا فقط في الإنصاف وتصحيح الحدود وفقا لمصلحتها وسلامة مستعمرتها العظيمة (الجزائر)[2235]، حيث إن تدخلات فرنسا لم تكن فقط بسبب دعم الأمير عبد القادر الجزائري، بل أيضاً بدعم سكان فكيك للمقاوم الشيخ بوعمامة المغربي الأصل[2236] الذي ينتمي لقبيلة سيدي الشيخ وهي أكبر القبائل المرابطية بمنطقة فكيك التي ينحدر منها محمد بن العربي بن الشيخ بن الحرمة بن إبراهيم الملقب بالشيخ بوعمامة المزداد بها سنة 1838، حيث برزت ميولاته الجهادية في سن مبكرة ضد الاحتلال الفرنسي للمنطقة وتميز بصيت ديني قوي بسبب عدد مريديه، فبرزت بشكل كبير أولى دعواته الجهادية سنة1878، لتصل مرحلة أوجها سنة 1881 حقق خلالها انتصارات عديدة ضد فرنسا[2237] ، فأسس سنة 1876 زاويته بمغرار التحتاني التي لعب فيها دورا في تأطير مريديه وتأجيج الجهاد بها ضد الاستعمار الفرنسي بعد أن تمكن من توحيد وتجنيد قبائل الجنوب الغربي الجزائري وقبائل الشرق المغربي التي كانت تمر بمرحلة تفكك قبلي مثل: قبائل حميان والعمور والطرافي وأولاد زياد والقصور، فاتخذ من زاويته والطريقة العمامية أو كما سماها الشيخ بوعمامة بالطريقة الإيمانية[2238]، فكانت المنطقة في بداية الاحتلال الفرنسي تضم أراضي شاسعة وممتدة من الجنوب-طرابلس إلى الجنوب-المغربي، وكان رؤساؤهم شخصيات عالية يبايعون سلطان فاس عليهم ويخضعون له[2239]، لكن بعد معاهدة للامغنية سنة 1845 انقسم أولاد الشيخ إلى فرعين تنازعا على السلطة الدينية للقبيلة، أي الميراث القطبي لزاوية سيدي الشيخ، خاصة بين ثلاثة زعماء وهم: بوبكر ومحمد والطيب. عاش الاثنان الأولان، في الشرق وقادوا زاوية الشيخية الشرقية التابعة للحدود المحتلة بالجزائر؛ بينما الطيب قاد الزاوية الشيخية الغربية التابعة للمناطق المستقلة التابعة للمغرب وقد تنازعا الفرعين حول المرجعية الدينية العليا للقبيلة، حيث خضع الفرع الشرقي لفرنسا وخدمة مصلحتها، بينما فضل الفرع الغربي الذي سيبرز منه الشيخ المجاهد بوعمامة الذي قاد الجهاد والدعوة ضد فرنسا لدرجة جعلت ألبرت نوير(Albert Noyer) يصفه:« لطالما كان أولاد سيدي الشيخ فرسانا

2233. B. N. F. P, Jean (Alengry) ،**Les relations franco- espagnoles et l'affaire du Maroc: la France et l'Espagne au Maroc,** La Vie Universitaire "Maurice D'Albigny, Éditeur, 1920, paris, P.111.

2234. Ibid, P. 110.

2235. Ibid, P. 111.

2236 . مراسلة من الشيخ بوعمامة ابن العربي للنائب السلطاني امحمد بركاش، مؤرخة في 2 شهر رجب عام 8/1300ماي عام1883، تتعلق بشرحه للنائب أسباب الصراع مع فرنسا التي يحملها كامل المسؤولية في اندلاعها حيث بعد اعتدائها على القطر الجزائري قامت باعتداء على القبائل المغربية الشرقية التي تضم مريدي الزاوية البوعمامية، مح 53-2/35، أرشيف المغرب.

2237. B. N. F. P, La Commandante. Graulle, Insurrection de Bou-Amama (avril 1881), Imprimerie Librairie militaire, Paris, 1905, P. 8.

2238. Ibid, P. 7.

2239. B. N. F. P, Albert Noyer, Questions coloniales. Les Ouled-Sidi-Cheïkh et Bou-Amama, Evreux Imprimerie Gaston Lamaury, Paris, 1901, P. 6.

شجعان ومحاربين أقوياء، مدافعين عن استقلالهم كان لهم نزاع وصراع مع القبائل المجاورة لهم محاولين السيطرة عليها بالتعسف بهذه الطريقة تم تقليص وضم معظم القبائل الأخرى الأقل أهمية في جنوب الجزائر من قبل هؤلاء المحاربين الأقوياء»[2240]، دفعت هذه المقاومة الشرسة للشيخ بوعمامة إلى الدفع بفرنسا إلى محاصرة الشيخ بقوات عديدة مجهزة بأسلحة متطورة، لدرجة أنه لم يجد ملجأ يحميه إلا المنطقة التي ازداد فيها بفكيك؛ لذلك التجأت فرنسا في المرحلة الأولى بشكل دبلوماسي عن طريق وزيرها أورديكا للتضييق على المقاوم الجزائري بوعمامة وغيره من المقاومين الذين ظلوا مساندين بدعم من القبائل المغربية المجاورة للحدود الجزائرية المحتلة عن طريق حفر ملاجئ لهم تحت الأرض، وقد طورت فرنسا من ضغطها الذي تجاوز امحمد بركاش إلى سلطان المغرب مباشرة[2241]، فكان هذا الضغط ممهدا لتوقيع معاهدة جديدة تضمن مصالح فرنسا على حساب المغرب[2242]، لكن الأمر سيتجاوز العمل الدبلوماسي إلى احتلال عدد من الواحات الشرقية[2243]، ومع تنصيب السلطان المولى الحسن على العرش –1873) (1894، كانت فرنسا تتعافى من حرب عام 1870، لتصحيح الوضع في فرنسا نفسها ثم في مستعمرتها بالجزائر، وأخيرا تنفيذ مشروعها الاستعماري بالمغرب الذي كان محط تنافس بين القوى الأوروبية، وهكذا إلى حدود 1882 كانت مشاكل الحدود معقدة بين المغرب والمحتل الفرنسي للجزائر إلى حد كبير بسبب معاهدة للامغنية الملغومة ضد المغرب؛ حيث أصبحت المنطقة الممتدة بين وجدة وفجيج محور الخلاف بين الدولتين، ففرنسا رغم تعمدها عدم ترسيم الحدود الشرقية للمغرب من أجل اجتياح القبائل والمناطق المغربية، إلا أنها بالمقابل لم تنعم بالهدوء، لأن قبائل البدو الرحل لم تتوقف عن مقاومة فرنسا بهجومات خاطفة، لذلك نهجت فرنسا سياسة التوسع من الغرب الجزائري إلى شرق المغرب، ثم في اتجاه الجنوب المغربي إلى حدود الصحراء، وإلى غرب وادي ملوية، كما اعتمدت فرنسا لضبط الهجومات ضدها على شريف المغرب الأكبر عبد السلام الوزاني الذي لقب نفسه بالأمير بحكم انتمائه للسلالة النبوية، حيث ارتبط وجوده الأول بشرق المغرب في مهمة كلفه بها السلطان من أجل ضبط الجانب الأمني والتقليل من مخاطر هجومات القبائل الشرقية على فرنسا خاصة عائلة أولاد سيدي الشيخ القوية، مقابل أرض كبيرة يمنحها له السلطان بالقرب من مدينة فاس، لكن عبد السلام الوزاني فشل في مهمته، ليحصل بعدها على الحماية الفرنسية التي ستمنحه، وساما برتبة ضابط جوقة الشرف(officier de la Légion d'honneur)، على خدماته في منع هجومات قبائل شرق المغرب عليها وتسهيل مأموريتها في الحصول على توات، خاصة بعد رحلته الدينية عبر القبائل الجزائرية التي استوصى خلالها خيراً بفرنسا كدولة جاءت لنشر الحضارة، فحصل سليل البيت النبوي على ترحيب ودعم من وهران إلى الجنوب الجزائري ، الذين وهبوا له الخيل والحبوب والحيوانات الأليفة والأذرع وكانوا يتلمسون حذاءه، فقام بتحويل التبرعات العينية إلى عملات فضية وذهبية بسرعة لدرجة بلغت قيمتها مليون ونصف المليون، بعد انتهاء مهمته الدبلوماسية بشرق المغرب، توجه إلى لندن، فتزوج من امرأة إنجليزية، وهي ابنة رجل يمتهن مهنة حمال في برج لندن، فكانت لها سلطة كبيرة على زوجها، الذي كان يتعاطى الشمبانيا مثل عائلة زوجته، إلا أن تصرفاته لم تفقده هيبته عند مريديه من الغرب الجزائري والشرق المغربي[2244]، وبهذا كان شريف وزان عبد السلام خير معين لفرنسا في إخماد الثورات التي اندلعت ضدها في المغرب الشرقي، مثل: ثورة المجاهد المقراني في الجزائر سنة1871، أو تيسير مهمتها

2240. Ibid, P P. 6-7.

2241. مراسلة المولى الحسن للنائب بركاش، مؤرخة في 10 رمضان عام 1299، تتعلق بشكاية السفير الفرنسي من الدعم الذي يتلقاه بوعمامة من القبيلة المغربية التي ينتمي بها وهي قبيلة أولاد الشيخ الغرابة في شمال الحدود من ثنية ساسي، وبأن تواجده سيشكل ضرر على الحدود بين الدولتين، مح 57ر/88، وثائق أرشيف المغرب.

2242 Troisième année, Algérie, Lundi, 19 et Mardi, 20, Mai 1884, P. 5 -. B. N. F. P, Journal : Le Radical algérien, Journal Politique, N°576

2243 . مراسلة سلطانية من المولى الحسن إلى النائب السلطاني امحمد بركاش، مؤرخة في 26 محرم عام 1296، تتعلق باقتحام قبائل جزائرية بدعم من فرنسا للحدود المغربية وصولا إلى وجدة دون أي سند قانوني، وهما قبيلة ابني سنوس وقبيلة أولاد نهار ومعهم القبطان الفرنسي بيژوا، حيث تجاوزا الحدود المغربية بحوالي الساعتين وصولا لمكان يسمى حاسي الكرمة وهجموا على قبائل بهذه الأراضي المغربية منها قبيلة ابني حمليل بسبب خصومات كانت بينهم حيث وقع القتال بينهم، مح 53ر/52، أرشيف المغرب.

2244 . B. N. F. P, Montpellier Méditerranée Métropole - Médiathèque centrale Emile Zola, Le Messager du Midi : journal du soir, 30 Année-N° 237, Troisième Ed, Montpellier, Jeudi 30 Aout 1877, P.2

في الحصول على توات[2245]، وقد اعترض المولى الحسن ومعه النائب بركاش على تجاوزات فرنسا ومعها محميها شريف وزان، لذلك كانت هناك مراسلات عديدة ما بين امحمد بركاش وأحمد بن العربي العلوي البلغيتي كاتب السلطان من جهة، وامحمد بركاش والمولى الحسن من جهة ثانية، حول مسألة الحدود وتجاوزات فرنسا إلى المناطق المغربية بدعوى ملاحقة المقاومة الجزائرية حيناً ومواجهة القبائل المغربية المساندة للجزائريين حيناً أخر، ففي7 صفر عام 20/1297 يناير عام 1880، راسل أحمد البلغيتي النائب بركاش بهدف تسوية المشاكل القائمة بين سكان الحدود المغربية-الجزائرية محددا في ذلك عدة شروط بالاتفاق مع المولى الحسن[2246]، وقد ركزت المفوضية الفرنسية في إعادة ترسيم الحدود فقط على مشاكل السقي والرعي والاختلاف على حدود المراعي والمزارع، رافضة تعديل بنود اتفاقية للامغنية أو التراجع عن الأراضي التي اجتاحتها بدعم من شريف وزان، وفي نفس السياق راسل النائب بركاش المولى الحسن بتاريخ 8 صفر عام 21/1297 يناير 1880، يخبره بسفر المندوب المغربي مولاي أحمد البلغيثي المكلف بتسوية نزاعات سكان الحدود المغربية الجزائرية[2247] لمباشرة عمله والفصل في دعاوي الإيالة الغربية والشرقية، كما أمرّ السلطان باطلاعه على المستجدات التي يتم التوصل إليها؛ ليكون على بينة من جميع الأمور، بالإضافة إلى إخبار السفير الفرنسي بضرورة إطلاع قنصلهم بالمنطقة من أجل التعاون المثمر لحل المشاكل الحدودية والتفاوض معه في شأن دعاوي الإيالتين وتوضيح له شكايات أخرى حدثت بالمنطقة[2248]، كما راسل الصدر الأعظم مُحمد الجامعي امحمد بركاش بتاريخ 23 محرم عام 1880/1297 من أجل التعجيل بتسوية الدعاوي التي لم تفصل لتنحسم مادة الخصام[2249]، والتي تم حصرها في ست قضايا، لكن عندما توجه المبعوث المغربي أطلعه المفوض الفرنسي على أربع قضايا أخرى، فامتنع أحمد لبلغيتي عن معالجتها لأنه ليس مفوضا فيها، مما دفع الوالي العام الفرنسي بالجزائر إلى مراسلة الوزير الفرنسي المفوض بالمغرب السيد دي فيرنوي يشكو له موقف المبعوث المغربي ورفضه معالجة باقي القضايا الأخرى المطروحة والتي كان أخطرها هجوم قدور بن حمزة من أسرة أولاد سيدي الشيخ على قبيلة بريزنة من الإيالة الشرقية ومعه ستون فارساً ومائتان وأربعون راجلاً، نهبوا حسب المفوض الفرنسي من القبيلة ثلاث عشرة من الإبل، مما دفع ممثل فرنسا بالمغرب إلى التفاوض مباشرة مع النائب بركاش الذي استطاع تهدئة ممثل فرنسا واعداً إياه بإرسال المبعوث من جديد والتفاوض معه في باقي القضايا الأخرى بين الدولتين، وعلى إثر هذه المستجدات راسل النائب بركاش المولى الحسن بتاريخ 16 ربيع الأول عام 1880/1297 لاطلاعه على مستجدات النقاش مع الوزير الفرنسي[2250]، كما راسل بركاش أيضا أحمد البلغيثي بتاريخ 17 ربيع الأول 1297، يحثه على تسوية باقي النزاعات والقضايا الشائكة بين الدولتين مطالباً إياه ببذل الجهد اللازم في فصال باقي القضايا، بالإضافة إلى قضية هجوم قدور بن حمزة، وأيضاً دعوى جديدة مطروحة من الباشدور تتعلق بدعوى ديدي الفلالي[2251]، بالإضافة إلى قضية النزاعات على الحدود المغربية الجزائرية، برزت قضية أخرى تتعلق بفرع من أسرة الشرفاء العلويين من أبناء المولى عبد الملك ابن المولى إسماعيل المستقرين بالصحراء الشرقية للمغرب بمنطقة تيوت التي تعرضت للاحتلال

2245 . أحمد بوكاري، الإحياء والتجديد الصوفي في المغرب (1790-1912)، ج3، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 2006، ص ص، 162-163-164.

2246. مراسلة من مولاي أحمد البلغيتي إلى النائب السلطاني امحمد بركاش تتعلق بتسوية الحدود المغربية-الجزائرية، مح53ر/40، وثائق أرشيف المغرب.

. (م. م. و. م)، المجموعة، 6، رقم الوثيقة 770، ص، 95.

2247 . مراسلة المولى الحسن إلى نائبه امحمد بركاش، المؤرخة في مستهل ربيع الثاني عام 1297، تتعلق بشكاية القائد علي المسفيوي من تجاوزات حاكم الجزائر قدور ابن حمان وشيعته الذين اشتغلوا بالخوض وإثارة نار الهرج والفتنة ومساندة القبائل في فعلهم الذميم ضد بني منيع وبنوكيل وحميان، مح 53ر/55، وثائق أرشيف المغرب.

2248. (م. م. و. م)، المجموعة 6، الوثيقة 773، ص 101.

2249 . جواب من الصدر الأعظم السيد محمد بن العربي الجامعي عن رسالة النائب السلطاني السيد امحمد بركاش حول طلب سفير فرنسا التعجيل بتسوية الدعاوي (م. م. و. م)، المجموعة 6، الوثيقة 748، ص 38.

2250. رسالة من النائب السلطاني امحمد بركاش إلى السلطان المولى الحسن في موضوع مهمة أحمد البلغيتي إلى الجزائر (م. م. و. م)، المجموعة 6، الوثيقة 845، ص ص، 344-345.

2251. رسالة من النائب السلطاني امحمد بركاش إلى أحمد البلغيتي تتعلق بتسوية باقي النزاعات الأخرى المتعلقة بالحدود الجزائرية المغربية، (م. م. و. م)، المجموعة 6، الوثيقة 846، ص ص، 347-348.

. رسالة من المولى الحسن للنائب بركاش مؤرخة في 24 شعبان عام 1297، تتعلق بشكاية ضد هجومات قبائل حميان من الايالة الشرقية على قبائل حدودية مغربية وسرقتهم، مح 53ر/39، وثائق أرشيف المغرب.

الفرنسي بعد الاتفاقية الملغومة سنة1845، وقد ظلت هذه الأسرة الشريفة متعلقة بوطنها الأم محافظة على ولائها لسلاطين المغرب، بالمقابل تعرضوا باستمرار لضغط ومضايقات من طرف الحكام الفرنسيين وأشياعهم من الأهالي لحمل الأسرة الشريفة على الهجرة من أرضهم وقطع دابرهم عن المنطقة التي استقروا فيها ما بين 100 إلى 125 سنة، وللضغط عليهم أكثر وضع القائد الفرنسي معسكراتهم في الجزء من الإقليم بين فكيك وإيش من جهة، وقصر عسلة وأغرام بوسمغون من جهة أخرى، أي في المنطقة التي تشكل حاليا دائرة عين الصفراء، وبحكم الاضطهاد والتقسيم الذي تعرضوا له طلبوا النجدة من المولى محمد بن عبد الرحمان، ثم من بعده المولى الحسن من أجل التدخل لكف الاعتداءات الفرنسية عليهم، وهو الأمر الذي استجاب له سلاطين المغرب من خلال العديد من المراسلات التي كانت لهم مع النائب بركاش، مثل: مراسلة جوابية من النائب بركاش للمولى الحسن، مؤرخة بتاريخ7 ربيع الأول عام 1297/ 1880، جاء فيها بعد البسملة والحمدلة:« ينهى لكريم علم سيدنا أيده الله ونصره، أنه وصلنا كتابه الشريف أسماه الله بأن الشرفاء العلويين المسمين بالطرة(مولاي قدور، مولاي علي بن علي، سيدي محمد بن الهاشمي) المستوطنين بقصر تيوتْ تشكوا على جانب سيدنا العالي بالله بأن واحداً من سكان القرية المنسوبة لسيدي أحمد بن يوسف يُقالُ له أحمد بن بوبكر أضرَّ بهم وتخوفوا مما عاينوه من خوضه ووسوسته لأعيان الإيالة الشرقية، وصار يُحسِّن لهم البناء بتلك القرية توصلاً لاستلائه على أملاكهم على وجْه الاختلاس، ولا يبعد أن يغبنهم في البيع. وأمر مولانا أدام الله علاه أن نتكلم مع باشدور الفرنصيص بما يحمله على الكتابة لكبير وهران بإجراء أولئك الأناس على مقتضى ما هو اللازم من توقير سُكان قصور المملكتين ومراعاتهم في أنفسهم ومتاعهم حتَّى لا تنالهم مضرة بوجه، وإذا طابت أنفسهم لبيع أرض من بلادهم أو بيْع غيرها مما هُو لهم فلا يُضيق عليهم في ذلك ولا يُمنعون من البيع على الوجْه الشرعي من غير تعرض لهم فيما تمكن الغبطة فيه ممن يشتريها منْهم، كما أمرني سيدُنا أعزه الله أن نبالغ في تقرير ذلك له حتى نتيقن حصول المراد فيما نتكلم معه فيه، لأن الاهتمام بهؤلاء الشرفاء من المتعيّن الواجب. فيعلم مولانا أيَّده الله أنا أخبرنا الباشدور المذكور بذلك، وما قصرنا في تقرير ذلك له حتَّى كتبَ لحاكم الجزائر وأخبره بذلك، وذكر أنه لم يقصرْ بالوصية علىْهم. طالباً من مولانا رضاه والسلام. في 7 ربيع الأول عام 1297.خديم سيدنا أعزَّه الله محمد برقش لطف الله به »[2252]، حيث سبق للنائب بركاش مراسلة ممثل فرنسا بطنجة السيد تيسو(M. Tissot) سنة 1874يطالبه فيه بمراعاة واحترام الدولة الفرنسية بالجزائر لشرفاء العلويين بمنطقة تيوت وردّ الاعتبار للقبيلة المغربية، معتبرا أنه على الرغم من أنهم يعيشون في المكان الذي ضمته فرنسا إليها على إثر معاهدة للامغنية، فإنهم يعيشون في أراضي مغربية ويدفعون ما يُدينُونَ به، وبأن المخزن المغربي يعتبر هذه القبيلة وغيرها من القبائل الأخرى المسلوبة من فرنسا بأنهم رعايا السلطان، وأن الفرنسيين الذين يعيشون في المغرب لا يَخضعُون لأي ضريبة وأنهم يعاملون من قبل السلطات المغربية باحترام [2253]، وأقاموا معسكراتهم بشكل عام في الجزء من الإقليم بين فكيك و إيش[2254]، وبأن الشرفاء العلويين لم يحضوا بالاهتمام الكبير بهم حتى عام 1872، لكن في ذلك الوقت حسب جريدة Le Progrès de Bel-Abbés، صرحت بحادث اغتيال قائد تيوت (tiout) وتم اتهام الشرفاء بالتحريض على القتل، وأيضا اتهامهم بالتحريض على هجمات ضد فرنسا، الأمر الذي استدعى التدخل الفوري لردعهم، لكن الجناة فروا إلى المغرب. وفي عام 1873 تأكدت فرنسا بأن الوضع المضطرب في تيوت لن يتوقف إلا عندما يتم القبض على مرتكبي الاضطرابات من الشرفاء الذين كانوا يحاولون إقناع باقي القصور الأخرى في المنطقة بالاعتماد على الدعم المغربي، وهو ما دفع فرنسا إلى إجبار الشرفاء العلويين إما الاعتراف بسلطتهم على المنطقة والالتزام بدفع الضريبة أو سيتعرضون للطرد من أراضيهم

2252. مراسلة من النائب السلطاني امحمد بركاش إلى السلطان المولى الحسن مؤرخة في 7 ربيع الأول عام 1297، تتعلق بما يلاقيه شرفاء تيُّوت من مضايقات، (م. م. و. م)، المجموعة 6، الوثيقة 825، ص ص، 262-263.

2253 al Vingtième Année. N°6919, Jeudi ، . B. N. F. P, Le Petit fanal, Journal Politique Quotidien Du Matin « Le Traité de 1845 En Ce Qui Concerne Le Sahara » 25 Octobre 1900, Oran, P. 2.

2254 . إيش : هي قرية مغربية تقع في الجنوب الشرقي للمغرب على الحدود الجزائرية المغربية، وهي تابعة إدارياً للجماعة القروية بني كيل بإقليم فجيج، وتبعد عن مدينة بوعرفة بـ 100 كلم.https://ar.wikipedia.org/wiki

التي استقروا بها ما بين مائة ومائة وخمس وعشرين سنة [2255]، وقد دفعت هذه الأحداث الخطيرة التي تعرض لها الشرفاء إلى تدخل النائب بركاش من خلال مراسلاته سنة 1874 لممثل فرنسا السيد تيسو ومطالبته بالاحترام والتقدير للأسرة الشريفة رعية السلطان رغم استقرارها بالمناطق المغربية المحتلة بسبب اتفاقية للامغنية، وبناء على شكاية جديدة من السفير المغربي في باريس، تقرر إلغاء جميع الضرائب المفروضة على الشرفاء، وقدموا الطاعة والولاء لسلطان المغرب على المجهودات التي قدمها لهم النائب السلطاني كممثل للمخزن المغربي بطنجة[2256]، وفي نونبر عام 1879صرح الجنرال سيريز(Cérez) قائد فرقة وهران، أن الشرفاء كانوا يسيئون استخدام وضعهم على حساب الساكنة في تِيُّوتْ، حيث مَنحُوا اللّجُوء والحِماية في مسّاكنهم لمجموعة من المتمردين والمجرمين ضد فرنسا، وهو الأمر الذي أثار غضبنا، وبالتالي وجب سحب طلب الإحسان إليهم بسبب انتمائهم للشرفاء العلويين، وإجبارهم على الاعتراف الفعلي بالسلطة الفرنسية على المنطقة وأداء الضرائب مثل باقي السكان الآخرين، وفي هذا تضيف جريدة Le Progrès de Bel-Abbés بقولها: « إنه من الواضح أن شرفاء قبيلة تيوت كانوا متواطئين مع أولاد سيدي الشيخ الشراقة»[2257] المتمردين على فرنسا[2258]، ولا يمكن التسامح مع هذا الموقف لفترة أطول، حيث انخرط الشرفاء بدورهم في حركة التمرد وظلوا مرتبطين بثورة بوعمامة التي كانوا يساندونها في كل مكان تقريبا، لكن في عام 1882 وضع جزء من القبيلة تحت سلطتنا وبقي قسم آخر، حوالي 25 خيمة، في بني قيل(قبيلة عربية موجودة في الجنوب الشرقي للمغرب وفي بعض مناطق بشار وتندوف : قبائل بن فرع بن خميس بن عروة بن زغبة الهلالية) حتى نهاية عام 1892 ولم يتغير وضع الشرفاء لكن في عام 1894 علمنا أنهم انشقوا وتم أخذ زعيمهم بالقوة من قبل الإدارة الفرنسية، وانضمت هذه الخيام إلى خيام أولاد سيدي الشيخ الغرابة يتبعونهم في كل تجوالهم، خمس الخيام فقط منها ضلت في دائرة عين الصفراء، كما تم حجز ممتلكات القبيلة منذ عام1881[2259]، وقد رفض المغرب هذه الاتهامات الباطلة، حيث تدخل مرة أخرى النائب بركاش، مطالبا السلطات الفرنسية بضرورة حماية الشرفاء وتوقيرهم وبأنهم ينتمون إلى أسرة السلطان، أما فيما يتعلق بالواحتين التابعتين للمغرب إيش وفكيك والتي شهدت عدة ثورات ضد فرنسا، فالأمر طبيعي بحكم لجوء الفرنسيين إلى ضم هذه الأراضي عنوة من أصحابها الحقيقيين، مستغلين الفراغ الحاصل في اتفاقية للامغنية، حيث اعتبرت الصحيفة الباريسية Le Progrès de Bel-Abbés: « بأن فرنسا تتطلع إلى معالجة مسألة الجنسية في فكيك التي تعتبر حجرة عثرة في سياساتها بالمنطقة الصحراوية المغربية جنوب الجزائر، فالسيطرة على الواحتين كان يبدو سهلا جدا، وبأنه يمكن حل مسألة انتمائهم إلى المغرب بسهولة، لكن الأمر لم يكن سهلاً كما اعتقدنا، فالأمور خطيرة ومعقدة بسبب سوء سياستنا، يمكننا أن نعترف بوضوح أننا أصحاب هذا التعقيد، وإذا كانت فكيك مغربية اليوم فذلك لأننا أردنا ذلك، ولأننا أجبرنا السلطان الشريف على اتخاذ موقف ليس رغما عنه، لأنه كان يريد ذلك فعلا فقد جعلناهم مغاربة بالقوة، وبالتالي كانت ردود فعلهم ضدنا قوية

2255 B. N. F. P, Journal : Le Progrès de Bel-Abbés, N° 1521, 19éme Année, Mercredi 7 Novembre 1900, " Le Traité de 1845 En Ce Qui Concerne Le Sahara ". l'arrondissement de Sidi-Bel-Abbès, P. 1.

2256. Ibidem.

2257 . قبيلة أولاد الشيخ سيدي هي قبيلة عربية لا تنحدر مباشرة من البيت النبوي الشريف مثل باقي الشرفاء، ولكنهم ينحدرون من خليفته أبو بكر الصديق، الذي تزوج إحدى بناته. في حوالي القرن الرابع عشر، جاء أحد أفراد هذه العائلة، وهو معمر بن علية، المطرود من تونس يعود تاريخ دخولهم للمغرب العربي إلى القرن الرابع عشر حيث وصل أسلافهم سيدي معمر بن سليمان تونس مع القبائل الهلالية في الهجرة العربية واستقر أحفادهم في صحراء شلف من حدود الشلف الى البيض وصولا لواحات فجيج بالمغرب الأقصى، تعتبر قبيلة أولاد سيدي الشيخ قبيلة قوية يدعي جميع أفرادها أنهم ينحدرون من سيدي عبد القادر بن محمد سيدي الشيخ، لكن العديد من الخدم والعبيد المحررين يختلطون مع أحفادهم المباشرين. بصرف النظر عن سكان قصر الأبيض ...، أنظر:

B. N. F. P, H. Charles-La Vauzelle ،En Algérie. Les Ouled sidi Cheikh, Imprimerie Et Librairie Militaires, Paris, 1891, P P 5-6.

2258 . مراسلة سلطانية من المولى الحسن إلى بركاش تتعلق، بشكايتين تقدم بهما السفير الفرنسي بالمغرب، الأولى: ضد قبيلة أولاد الشيخ والثانية: ضد القائد بوشتى بن البغدادي، بتاريخ 7 رمضان عام 1295، حيث اعتبر السفير الفرنسي القائد بوشتى متكاسل بالمنطقة وبأنه لم يستطع معالجة التحديات على الحدود وتمرد القبائل، مح 57ر/86، وثائق أرشيف المغرب.

2259. B. N. F. P, Journal : **Le Progrès de Bel-Abbés**, » Le Traité de 1845 En Ce Qui Concerne Le Sahara », N° 1521, 19éme Année, Mercredi 7 Novembre 1900, l'arrondissement de Sidi-Bel-Abbès. P. 1.

واستفزازية بلا هوادة»[2260]، وبهذا يتضح مدى تمسك القبائل المغربية المحاذية للجزائر المحتلة بمغربيتهم ومقاومتهم للوجود الفرنسي باسم السلطان، الذي ظل على تواصل مع هذه القبائل وداعما لاستمرارها تحت حكم الإيالة الشريفة، بالرغم من الزحف الفرنسي عليها، مثل منطقة فجيج، كان السلطان يرسل بعض رجالاته إلى الحدود لسنتي 1901 و1902 ووضع إشارات على الحدود المغربية الجزائرية، والإشراف على تنفيذ اتفاقيات بين الدولتين، وفض بعض النزاعات الحدودية، غير أن القوة السياسية والعسكرية الفرنسية واستفزازاتها لأهل فجيج ونواحيها، كانت تقابل في بعض الفترات بطلب من المخزن بضرورة المهادنة وعدم المواجهة بحكم عدم تكافؤ القوى، واللجوء للعمل الدبلوماسي، مع ضرورة الحفاظ على حقوق الجوار وحسن المعاملة مع الموالين من الإيالة الجزائرية، وهو ما كان يؤدي أحياناً إلى صعوبة تحمل تلك الاستفزازات من أهل الواحة ونواحيها[2261]، الذين كانوا يعتمدون على نهج المقاومة، وقد حاولت فرنسا استمالتهم دبلوماسيا واقتصاديا، إلا أنهم رفضوا الخضوع للفرنسيين محافظين على بيعتهم لسلطان المغرب، وهو الأمر الذي أشار إليه جيرمان عياش، بأنه: في سنة 1862 قدم جزائري يدعى محمود نفسه لأهالي فجيج بالضبط إلى بني كيل وأولاد سيدي علي بوشنافة، الذين أعلن لهم أنه قد أرسل من قبل المارشال والي الجزائر لإجراء اتصالات معهم وإقامة علاقات تجارية وروابط صداقة، هذه المحاولة التي كانت بمثابة اختراق سلمي، بعدما فشلت الطرق العسكرية الأخرى، لكن بالرغم من عدم تضمن هذا الاختراق السلمي لأي انتهاك لأراضي فجيج، إلا أن أهلها رفضوه بشدة وراسلوا السلطان يطلبون منه التدخل مباشرة مع والي الجزائر وتخليصهم من تصرفات مبعوثه محمود، حيث سبق لهم قبل سنة 1861 إرسال وفد إلى السلطان سيدي محمد بن عبد الرحمان من قبل سكان توات أعلنوا فيه للسلطان أن الفرنسيين الكفار هم أعداء للدين الإسلامي وبأن سكان توات يعرضون عليه الخضوع لسلطته ، وقد ترافق هذا العرض مع هدايا تهدف إلى إغواء جميع الرؤساء وأصحاب النفوذ[2262] وفي السياق نفسه، استغل النائب السلطاني امحمد بركاش زيارته لفرنسا سنة 1884 التي حظي فيها بترحيب كبير، فتقدم بشكاية إلى وزير خارجيتها ضد الاعتداءات التي يتعرض لها المغاربة على الحدود الشرقية الجزائرية ونهب أراضيهم[2263]، وقد اعتبر روبرت رينو أن واحة فجيج المغربية التي يتجه انتباهنا إليها بشكل خاص ظلت تحت السيادة الدينية لسلطان المغرب، في الواقع هي حتى الآن نوعًا من الجمهورية المستقلة وهي واحدة من الواحات الغنية والمهمة في جنوب المغرب تصل ساكنتها إلى 12.000 نسمة، طباعهم عدوانية لكنهم نشيطون ومجتهدون، وقد تأثرت أذهاننا منذ فترة وجيزة بالأحداث العسكرية التي شهدتها واحة فكيك إذ نستذكر النجاح السهل لأسلحتنا على الرغم من وعود أهل فجيج بعدم الهجوم، لكن ضمان الأمن على حدودنا يستوجب التدخل؛ لأن الاعتماد على قوة المدفع هو السبيل لضمان الأمن لحدودنا[2264]، وبهذا تكون منطقة فجيج قد شكلت حاجزا منيعا في وجه الأطماع الفرنسية، سواء بجبالها المنيعة من جهة ومقاومتها الشديدة من جهة ثانية، كما استمروا محافظين على ولائهم وتعلقهم بالسلطان ومخزنه من خلال الروابط التاريخية والروحية والسياسية التي كانت تجمع بينهم خاصة رابطة البيعة للسلطان، حيث كانت تتم المبايعة كلما اعتلى العرش سلطان جديد[2265]، وهو الأمر الذي أكد عليه السلطان المولى الحسن حيث كان يؤكد على ارتباط المغرب الشرقي بواحاته توات وفجيج وتدكيلت واحتماء سكانها بالسلطان وأدائهم للضرائب على عهد جده السلطان المولى سليمان، الذي عين على إقليم توات القائد الحاج العباس بظهير مؤرخ سنة في فاتح محرم سنة 7/1211 يوليوز1796، وأعفاه بظهير مؤرخ في 28 صفر 21/1215 يونيو 1800 بعدما تبين له جوره وتعنيفه وظلمه للمساكين وأكل أموالهم، وما إن وصل السلطان

2260 .Ibidem.

2261 . أحمد بوحسن، «مراجعة كتاب من ذاكرة واحة فجيج: مجموعة وثائقية (1882-1912)»، مجلة أسطور، العدد 18، فبراير 2023، ص 181.

2262. Germain Ayache, « Le Sentiment national dans le Maroc du XIX siècle » ، Revue Historique, 92e Année Tome CCXL (240) ، Presses Universitaires De France, Paris, 1968, P .400

2263. B. N. F. P, Journal, Le Petit Parisien : journal quotidien du soir, Neuvième Année -N°2754, Lundi 12 Mai 1884, Paris, P.2.

2264. B. N. F. P, J. Paul Trouillet, La Dépêche coloniale illustrée ،« Le Maroc, par robert Raynaud » ، op. Cit, P. 234.

2265. أحمد بوحسن، مراجعة كتاب من ذاكرة واحة فجيج: م. س، ص 182.

عبد الرحمان إلى الحكم سنة 1822/1238، حتى جددت القبائل الصحراوية البيعة له وعين القاضي مولاي أحمد بن هاشم خليفة له بتوات[2266]، وهذا التأكيد جاء على إثر الأطماع الفرنسية خاصة أمام المجزرة التي قام بها الكولونيل فلاتر(colonel Flatter) بتوات مما خلق لدى ساكنتها جوا من الرعب والخوف فالتجأوا للاحتماء بالسلطان المولى الحسن، وفي عام 1884 قام السلطان بتعيين قائد له في فجيج، وفي عام 1890 أعد السيد تيرمان(M. Tirman) الحاكم العام للجزائر رحلة استكشافية إلى توات[2267]، لكن خطته لم يتم تنفيذها، وفي سنة1891 دخلت قوات فرنسية من فكيك وتافيلالت إلى توات، رفض خلالها السيد سوشارد(M. Souchard) أن يناقش مع السلطان مسألة توات وأعلن السيد ريبو(M. Ribot) أنه يرى في مسألة توات فقط مسألة تتعلق بالشرطة الجزائرية، وكان السلطان دائمًا مطالبا بالمنطقة، مستدلا بعدد من الخرائط الألمانية التي تظهر توات كجزء من الإيالة الشريفة. وفي عام 1895على عهد السلطان عبد العزيز توغلت القوات المغربية حتى منطقة تيميمون التابعة لكورارة، وفي عام 1897، دخل قائد الفرقة العسكرية الفرنسية كودرون(Godron) توات، وبعد فترة وجيزة دخل وادي زوفانا بشرق الجنوب الشرقي للمغرب، الذي ظل خاضعا لفرنسا بالرغم من شدة المقاومة المغربية، وفي هذا الإطار أرسل المولى عبد العزيز رئيسًا إلى فجيج وسفارة إلى باريس للمطالبة بتوات وبأحقيته في ممارسة سيادته على هذه الأرض التي أعلنتها الحكومة الفرنسية تابعة لها، لكن اشتداد مقاومة القبائل المغربية في كل من كورارة وتيميمون ساهم في تراجع فرنسا بمسافة 800 كيلومتر إلى الجنوب من توات، والدفع بالسيد ديكلاس(M. Delcassé) إلى توقيع بروتوكول يهدف إلى حل الصعوبات التي تعترض معاهدة 1845. وكان ديكلاس قد قال للسفارة المغربية من خلال الاستقبال الذي حظي به: تمكنت السفارة المغربية من إقناع نفسها بأنه إذا كانت فرنسا حاكمة الجزائر المجاور للمغرب على مساحة شاسعة مطالبة بمتابعة ما يحدث هناك بدافع المصلحة والبحث عن الاعتراف بشرعيتها، فإن يقظة فرنسا تهدف أيضا إلى استتباب الأمن والازدهار وسلامة البلدين[2268].

2- التنافس الأوربي على السواحل الأطلسية الجنوبية للمغرب، وموقف امحمد بركاش منها.

شكلت المناطق الجنوبية للمغرب محطة أطماع بين الدول الأوربية، نظراً لمجموعة من الخصائص المميزة للمنطقة من بينها: الغنى الطبيعي للمنطقة، إضافة إلى الموقع الإستراتيجي للسواحل الأطلسية، حيث بدأ اهتمام الأوربيين بالساحل الجنوبي للمغرب منذ القرنين الخامس عشر والسادس عشر مع حركة الاكتشافات الجغرافية وتحول الطرق التجارية من البحر الأبيض المتوسط إلى المحيط الأطلسي، فاستطاعت البرتغال آنذاك إخضاع السواحل الجنوبية للمغرب بالطرق السلمية من خلال المبادلات التجارية مع ساكنة المنطقة، فتأتى لها تحصين أكادير سنة(1505)، ومكادور(1506)[2269]، وخلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر ارتفعت حدة التنافس بين الدول الأوربية مثل: إسبانيا وبريطانيا، فرنسا، ألمانيا، وبلجيكا، لكن تبقى المنافسة الأكثر قوة هي التي كانت بين إسبانيا وبريطانيا وفرنسا، هذا التنافس وجد أمامه استماتة قوية من السلطانين محمد بن عبد الرحمان و المولى الحسن ونائبهما بطنجة بركاش حيث وقفوا سداً منيعاً أمام التسرب السري لعدد من التجار الأوربيين[2270] ، وقد تجسد ذلك من المراسلات السلطانية العديدة مع امحمد بركاش الذي كان له الفضل الكبير في حل الأزمة بالسواحل الجنوبية للمغرب بالوسائل الدبلوماسية مستعيناً في ذلك بالحاج عبد الكريم بريشة ومحمد الزبدي وعمال آيت بوعمران وولد بيروك وغيرهم من عمال قبيلة تكنة في معالجته للأطماع الأجنبية بالسواحل الجنوبية للمغرب، خاصة الأطماع الإسبانية[2271]

2266 . (م. م. و. م)، الصحراء المغربية من خلال الوثائق الملكية، القسم الأول، ج 1، 2012، ص ص، 37-38.

2267. B. N. F. P, Jean Alengry, Les relations franco-espagnoles, op. Cit, P. 163 .

2268. Ibid, P P. 163-164 .

2269. أحمد بوشرب، دكالة والاستعمار البرتغالي إلى سنة إخلاء آسفي وأزمور (قبل 28 غشت1481- أكتوبر 1541)، الطبعة الأولى، دار الثقافة الشركة الجديدة، الدار البيضاء، 1984، ص ص، 164-165.

2270 . حمداتي شبيهنا ماء العينين، قبائل الصحراء المغربية، أصولها، جهادها، ثقافتها، المطبعة الملكية، الرباط، 1998، ص ص، 187-188.

2271 . مراسلة سلطانية من المولى الحسن إلى بركاش، مؤرخة في 12 من ذي القعدة عام 1297، تتعلق بتوجيه بركاش للتشاور فيما يتعلق على مرسى اكديرة، حيث طلب السلطان منه الاستعانة بعبد الكريم بريشة ومحمد الزبدي، مح 57ر/89، وثائق أرشيف المغرب.

أ- الأطماع الإسبانية:

حصلت إسبانيا بعد هزيمة المغرب في معركة تطوان 1859-1860 بموجب المادة الثامنة من المعاهدة على منطقة للصيد في السواحل الجنوبية للمغرب، حيث تشوفوا لتملك بعض المراسي السوسية منذ انعقاد الهدنة الواقعة عقب معركة تطوان[2272]، هذه المادة التي جاء نصها كالآتي: « يتعهد جلالة ملك المغرب، بالتنازل إلى الأبد لجلالة الملكة الكاثوليكية عن أرض كافية لإنشاء مركز لصيد الأسماك على مقربة من سانتا كروز الصغيرة santa Cruz La Pequeña بساحل المحيط الأطلسي مثلما كان للدولة الاسبانية في عهد قديم »[2273]، وقد وضح ابن زيدان المجال المقصود بسانتا كروز، وهو منطقة كويدر الرجيلة وليس سيدي إفني كما زعمت بذلك إسبانيا التي كانت تسعى للحصول على سيدي إفني[2274]، ومبعث تمسكها بهذا الموقع كان بسبب الثروات المعدنية والسمكية المتواجدة به، بالإضافة إلى قرب المنطقة من سواحل جزر الكناري المحتلة، حيث مارست إسبانيا ضغطاً على بركاش من أجل الإسراع في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه في معاهدة تطوان، وفي واقع الأمر فإن تسليم هذا المجال للصيد لم يتم خلال عهد السلطان محمد بن عبد الرحمان، بل تأخر إلى عهد المولى الحسن، وجاء التسليم على وجه الإحسان من السلطان، وليس على وجه الاشتراط من إسبانيا[2275]، ولفض هذا الخلاف الترابي الذي جثم منذ سنة 1860 على العلاقات الثنائية بين البلدين، أطلع السلطان المولى الحسن نائب بركاش على مستجدات تحديد الموقع بالضبط، حيث أرسل مع نائب إسبانيا بعض خدام المخزن للبحث بساحل سوس عن المحل الذي أسمته اسبانيا بسانتاكروز المطلوب لهم في شروط الصلح[2276] راسل المولى الحسن نائبه بركاش من أجل التفاوض مع إسبانيا لإلغاء البند الثامن من معاهدة تطوان، خاصة أمام اشتداد التنافس بين الدول الأجنبية الأخرى على الساحل الجنوبي، وقد بدل بركاش جهداً من أجل إلغائها فأرسل مساعده السفير محمد الزبدي للمحادثة مع السفير الإسباني في جمادى الثانية 1295/ 1878، وقد أبدى الطرف الإسباني مساعدته لحل القضية بطريقة توافقية بين البلدين، وفي شهر فبراير عام 1880 أطلع بركاش المولى الحسن باستعداد إسبانيا للتفاوض، وبأن وزيرها المفوض بطنجة أخبر السيد عبد الكريم بريشة بحذف ذلك البند، وأن يستعجل رَدّ السلطان على هذا الاقتراح، وهو ما يستشف من خلال الجواب السلطاني بعد البسملة والحمدلة:« وبعد، فإنه لما قدم خديمنا الحاج محمد الزبدي لهنا بقصد المحاسبة مع النجليز على مشاهرته، اقتضى نظرنا الشريف حضوره معك في إتمام الكلام على ما دار بينك وبين الصبنيول في شأن مرسى أكدير، وكنت كتبت بأن المناسب لمباشرة هذه القضية هو الحاج عبد الكريم بريشة. وعليه فإن ظهر لك أن يباشرها معك الزبدي فذاك، وإن كان لابد من بريشة، فها كتابنا لعامل تطوان بتوجيهه لك يصلك طيه، فوجهه له وتكلم مع الصبنيول في آمر المرسى المذكورة وتفاصل معه فيها وترشد على المخزن وطير لنا الإعلام قبل بما كان دار بينك وبينهم في ذلك، وقدر المال وكيفية الفصال، حسبما كنت شافهتنا بها قبل. والسلام. في 12 من ذي القعدة 1297»[2277]، ثم اقترح المولى الحسن على إسبانيا دفع مبلغ خمسة عشر مليون فرنك مقابل حذف المادة الثامنة من معاهدة تطوان، وهو الأمر الذي رفضته إسبانيا متمسكة بقرارها القاضي ببناء مركز لها بساحل إفني مطالبة بركاش بالتعجيل بالأمر من خلال مفوضها

. مراسلة المولى الحسن للنائب امحمد بركاش، تتعلق بمراسلة عمال قبيلة تكنة وآيت بوعمران، بتأخير الإذن لنواب الأجناس في جلب المؤونة لمرسى أصاكة، مح 53ر/54، وثائق أرشيف المغرب.

2272. ابن زيدان (عبد الرحمان)، **اتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس**، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ج 2، ط 1، 2008، ص 247.

2273. بنود معاهدة اتفاقية تطوان الموقعة بين المملكتين المغربية والإسبانية بتاريخ في 4 شوال عام 1276 الموافق 26 أبريل 1860، الممثل من الطرف المغربي: محمد الخطيب وأحمد الشبلي بن عبد الملك، ومن الطرف الإسباني:Luis Garcia et Tomàs de Lignes y Bardagi ، من أعلام تطوان الوزير امحمد الخطيب، ج2، ص 191، وثائق غير منشورة بحزانة أبو بكر بنونة.

2274 . مراسلة من المولى الحسن إلى النائب السلطاني امحمد بركاش، مؤرخة في 3 ذي القعدة عام 1293، تتعلق بمطالبة السفير الإسباني بتمكينهم من المحل بجهة واد نون حسب ما اتفق عليه في الشروط، مح 57ر/97، وثائق أرشيف المغرب.

2275. ابن زيدان، الإتحاف...، ج، 3، م. س، ص ص، 559-560.

2276 . مراسلة المولى الحسن للنائب بركاش مؤرخة في 2 ربيع الأول عام 1295، تتعلق بتحديد منطقة سانتاكروز، مح 53ر/56، وثائق أرشيف المغرب.

2277. رسالة من المولى الحسن للنائب بركاش، تتعلق بالمفاوضة مع إسبانيا من أجل إلغاء المادة الثامنة من اتفاقية تطوان، (م. م. و. م)، المجموعة 11، الوثيقة 1297، ص80. - مح 57ر/89، وثائق أرشيف المغرب.

بطنجة ديوسضادو (Diosdado)، لكن النائب بركاش كان دائماً يؤكد لهم على أن إفني ليست هي المركز المعني بالبند الثامن من اتفاقية 1860، وهو الأمر الذي لم تتقبله إسبانيا نظراً للثروات الطبيعية المهمة من أسماك ومعادن بهذا المركز، فلجأت بعد ذلك لأسلوب التهديد والوعيد، وهو الأسلوب الذي اعتبره بركاش والسلطان مرفوضا تماما داعيا إلى الاعتماد على مبدأ التفاوض السلمي، حيث أرسل سفارة إلى مدريد بتاريخ 1882 تحت قيادة بريشة، الذي عرض على إسبانيا منحها منطقة كبدانة الواقعة شمال البلاد مقابل حذف المادة الثامنة[2278]، ليظل السلطان ونائبه بركاش مصرين على إلغاء البند الثامن، وهو ما اتضح من المراسلات بين السلطان وبريشة أو بين بريشة وموظفي المخزن، ففي جواب من الحاجب السلطاني أحمد بن موسى البخاري على رسالة عبد الكريم بريشة، اقترح مرة المغرب الرفع من التعويضات المالية على أن لا تتجاوز مليوني ريال تؤدى تقاضيا من المراسي نقدا أو عينا، مقابل التنازل عن المادة الثامنة وتسوية قضية سنتا كروز[2279]، وفي مراسلة أخرى من المولى الحسن إلى بريشة، مؤرخة في 22 من ربيع 1 النبوي عام 1298، ضاعف السلطان مبلغ التعويض ليتجاوز المليون ونصف إلى المليونين ولكن بنفس الصياغة في التعويض عن طريق الاقتطاع من مداخل المراسي إما عيناً أو نقداً[2280]، كما أرسل بركاش بتاريخ 4رمضان 1300، كاتبه مولاي أحمد البلغيتي والقائد بوشتى بن البغدادي وابنه مُحمد بركاش، إلى دولة إسبانيا من أجل التفاوض معهم في تحديد المنطقة المعنية بالمادة الثامنة من معاهدة تطوان، حيث أشار عليهم بالرجوع إلى سوس والبحث في سواحله من أكادير إلى طرفاية، وإن وجد محل موافق للشرط وحصلت الموافقة عليه يقيد بخطوط الأيدي والنظر فيه للدولتين وإن وقع الخلاف يقيد ويضع كل واحد خط يده بما تحقق عنده والنظر فيه للدولتين أيضا[2281]، وقد ركز الوفد المرسل من بركاش إلى إسبانيا على الالتزام بالمنطقة التي حددها السلطان لهم وهي اكودير الرجيلة[2282]، ومع ظهور بريطانيا كمنافس في السواحل الجنوبية المغربية خاصة مع ماكينزي، ازداد الضغط الإسباني على المغرب، حيث راسل المولى الحسن نائبه بركاش بخصوص الهرج والمرج بالمنطقة الساحلية للجنوب المغربي، وأنه يتعين التعجيل بفتح مرسى هنالك قبل عموم الضرر لتلك النواحي، بحيث إذا لم نعجل بذلك فإنه يحصل الضرر الفادح لمرسى الصويرة وللمغرب كله، وتحدث معك بذلك حديثاً مجملاً من غير تفصيل، وأنك بعد ذلك كنت تتكلم مع خليفة فرنسا فأخبرك أن عندهم المكاتيب من دولتهم بالتكلم في أمر سوس ذاكرين أنه لا يمكن لجنس أن يستغل تلك النواحي بدون أعشار، وهم يؤدون الأعشار في المراسي، ففهمت من كلامه أن فرنسا تكلمت مع إسبانيا في ذلك، ولأجله أجمل الباشدور في كلامه ولم يفصل، وأنك أخبرت على وجه السر بكتاب وجه لفرنسا من فرقة آيت باعمران يطلبون التجارة معهم[2283]، ومع تزايد مضايقات الدول الأجنبية، قرّر المولى الحسن سنة 1886 التوجه للمرة الثانية إلى بلاد سوس للدفاع عن وحدة البلاد ووضع حد للتدخل الأجنبي في السواحل الجنوبية خاصة الإسبانية التي ظلت ملحة على الظفر بسواحل وادي الذهب، وهكذا بعد وصوله إلى بلاد وادي نون[2284]

2278. نور الدين بلحداد، السلطان مولاي الحسن الأول والسيادة المغربية على الأقاليم الجنوبية 1873-1894، ط، 2، نشر المندوبية السامية لقدماء المقاومين وأعضاء جيش التحرير، 2016، ص، 77.

2279. مجموعة المراسلات بين عبد الكريم بريشة والحاجب السلطاني للمولى الحسن أحمد بن موسى البخاري تتعلق بتسوية قضية سنتاكروز مقابل مبلغ مادي، المراسلة الأولى مؤرخة في في 5 أبريل 1298 والمراسلة الثانية في 13 ربيع الأول1298، والمراسلة الثالثة في 21 ربيع الأول 1298، (م. م. و. م)، الصحراء المغربية من خلال الوثائق الملكية، القسم الأول، الجزء الأول، 2012، ص ص، 217-219-221.

2280. رسالة من السلطان مولاي الحسن إلى عبد الكريم بريشة تتعلق بزيادة التعويض لإسبانيا إلى مليونان ريال مقابل تنازلهم عن المادة الثامنة من معاهدة تطوان، (م. م. و. م)، الصحراء المغربية من خلال الوثائق الملكية، القسم الأول، الجزء الأول، ص 223.

2281. ابن زيدان، الإتحاف...، ج 2، م. س، ص 396.

2282. المرجع نفسه، ص، 397.

2283. المرجع نفسه، ص، 398.

2284 . يمتد مجال وادي نون ابتداء من السفح الجنوبي للأطلس الصغير، وهو يتميز بموقع إستراتيجي على الضفة الشمالية للصحراء، حيث ليلعب بذلك دور حلقة الوصل والقناة الطبيعية الوسيطة بين مجالين هامين ألا وهما المغرب والصحراء، وقد حضي باهتمام الدول المتعاقبة على المغرب تبعاً لأهمية المحور الغربي(الطريق اللمتوني)، وازدادت أهمية المجال بتواجد قبائل تكنة، انظر: عبد الهادي المدن، التجارة في واد نون خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، منشورات المندوبية السامية لقدماء المقاومين وأعضاء جيش التحرير، ط1، الرباط، 2018، ص، 131.

، وفي 13 ماي 1886 وَفَدَ على السلطان أعيان وشيوخ وفقهاء ومرابطو القبائل الصحراوية[2285] ، الذين جددوا له البيعة وأذعنوا له بالسمع والطاعة لأوامره، فجدد السلطان ظهائر تعيين العديد من القواد الذين أسند لهم مهمة حراسة السواحل الجنوبية ومنع تواجد السفن الأجنبية بدون إذن من السلطان، ومعاقبة القبائل التي تخرق الأوامر السلطانية، وهو الأمر الذي كان ينفذه بكل صدق وتفان القائد دحمان ولد بيروك الذي كان سداً منيعاً ضد السفن التجارية الإسبانية التي كانت تخرق القوانين المغربية، ونفس الأمر كان مع الشيخ ماء العينين بواد نون الذي كان نائبا للسلطان بالمنطقة، وإزاء تحركات السلطان بالصحراء المغربية، توصل المولى الحسن برسالة من المفوض الإسباني بطنجة ديوسضادو يطلب فيها معرفة حدود الإيالة المغربية الجنوبية لكي تدافع بلاده عن حقوقها المزعومة في وادي الذهب[2286]، وهو الأمر الذي أجاب عنه السلطان بشكل حازم بقوله :«...فأجبه بما حاصله من أن حدها حيث الكرسي المستقل وهو مصر من ناحية والسودان من ناحية ومغنية من ناحية...وأما وادي الذهب فقد بحث فيه أعراب هذه الناحية فأخبروا أن هذا المحل بناحية أولاد دليم وقبيلة تسمى بالعروسين الذين هم بخدمتنا»، وهو الجواب الذي أربك كثيرا إسبانيا، خاصة عندما استجابت القبائل الصحراوية بالامتناع عن المتاجرة مع الإسبان بوادي الذهب إلى حد مهاجمة مركز تجاري لهم بتاريخ 24 مارس 1887حيث أرغمت الحامية العسكرية الإسبانية على الانكماش وأخذ الحيطة والحذر من القبائل المحيطة بالمنطقة، لدرجة جعلت إسبانيا تصدر قرارا بتاريخ 6 أبريل سنة 1887 ينص على إلحاق سواحل وادي الذهب بالقيادة العامة لجزر الكناريا‌س وتعيين بونيللي في منصب الحاكم السياسي والعسكري على هذه السواحل، وفي سنة1888 أرسلت إسبانيا إلى ساحل طرفاية يهوديا من الشام اسمه سبير(Seber) كانت له شركة خاصة من أجل عقد اتفاق تجاري مع أحد الشيوخ لكن ألقي عليه القبض رفقة بعض الإسبان من طرف الشيخ ماء العينين بدعم من القائد بيروك حيث قضوا في السجن مدة ثمانية أشهر، لتتدخل إسبانيا إلى السلطان راجية منه إطلاق سراح رعاياها[2287]، وفي رسالة من المولى الحسن إلى النائب بركاش يأمره فيها بالتفاوض مع وزير خارجية إسبانيا لمنع تجارها من الاستقرار بناحية وادي نون، حيث إن نزولهم بهذه الناحية يفسد خطة المخزن المغربي للحد من التسرب الأجنبي وحصول التسيب في المنطقة، خاصة في ظل تواجد التاجر البريطاني ماكينزي وأجناس آخرين [2288] ، وبعد محاولات عديدة ومتنوعة للإسبان بالسواحل المغربية تنوعت ما بين التهديدات العسكرية والإغراءات المالية والهدايا لشيوخ القبائل، إلا أنها باءت بالفشل ولم تحصل إسبانيا إلا على حيز ضيق أنشأت به حصنها الوحيد بوادي الذهب، لتضل الأوضاع مضطربة بين إسبانيا والدول الأجنبية من جهة وسلاطين الإيالة الشريفة والقواد المخزنيين والشيوخ والمرابطين بالصحراء المغربية من جهة ثانية إلى حدود الاتفاقية الإسبانية الفرنسية 1900 و 1912، التي نتج عنها احتلال تكنة والتوقيع على معاهدة بئر أم كرين، واستسلام القبائل الصحراوية المغربية بعدما لحقها من هزائم أمام فرنسا وإسبانيا، فخضعت على إثرها الصحراء المغربية للاحتلال الإسباني[2289].

ب- الأطماع البريطانية:

. تعتبر بريطانيا العظمى أكثر الدول الأوربية منافسة لإسبانيا، حيث كانت تدعي أن سلطة السلطان غير فعلية في المناطق الجنوبية جنوب وادي سوس، وبالتالي يحق للتجار الإنجليز المتاجرة مباشرة مع السكان من دون ترخيص مسبق من المخزن، وعدم تأدية

2285. ضمت المنطقة عدة قبائل عربية وأمازيغية، مثل: أولاد دليم وأولاد بربش، آيت موسى أوعلي، أزوافيط، آيت حماد، آيت لحسن، وأولاد بوعيطة، وإزركيين، ويكوت، وآيت أوسى...، امتهنوا عموماً ثلاثة مهن بحسب كل قبيلة، فالرحل امتهنوا الرعي، والمستقرين امتهنوا إما الزراعة أو التجارة، لذلك فالمنطقة كانت مجال يجدب له قبائل عديدة، أنظر:
. B. N. F. P, Le Chatelier, Alfred, Tribus du Sud-Ouest marocain : bassins côtiers entre Sous et Drâa, E. Leroux (Paris), 1891, P P. 77-78-79.

2286. بلحداد (نور الدين)، **السلطان مولاي الحسن الأول والسيادة المغربية على الأقاليم الجنوبية 1873-1894**، ط، 2، نشر المندوبية السامية لقدماء المقاومين وأعضاء جيش التحرير، 2016.، ص ص، 91-92-93.

2287. المرجع نفسه، ص ص، 93-95-97-98.

2288. رسالة سلطانية من المولى الحسن إلى النائب السلطاني بركاش يأمره بالتفاوض مع وزير خارجية إسبانيا لمنع تجارها من الاستقرار بناحية وادي نون، (م. م. و. م)، المجموعة8، الوثيقة 1072، ص ص، 316-317.

2289. نور الدين بلحداد، التسرب الإسباني إلى شواطئ الصحراء المغربي (1860-1934)، منشورات معهد الدراسات الإفريقية، الرباط، 2008، ص ص، 246-247.

ضريبة المكوس[2290]، وفي هذا الأمر جاء رد فعل النائب السلطاني امحمد بركاش، الذي راسل المفوض البريطاني جون دراموند هاي بتاريخ 28 صفر 19/1299 يناير 1882، مطالباً فيه المفوض بعدم تسريب الأكاذيب وبأن السواحل السوسية والجنوبية هي أراضي مغربية وبأن على الشركات الإنجليزية المرتادة لتلك الشواطئ احترام القوانين المغربية، وقد أجاب دراموند على رسالة بركاش بقوله:« كتبتْ لنا دولتنا أنها كانت كتبت كتاباً لكبانيات أفريكان وسوس بالتنبيه لهم أن سواحل سوس هي داخلة بإيالة السلطان، أنه إذا أحد من رعية أكريت ابريطن نزل هناك وصدر منه خرق قوانين هذه الإيالة، فإنه جعل نفسه في الخطارة والخطية، ولا تقبل منه شكاية على هذا الأمر قط، والسلام. في 25 صفر عام 19/1299 يناير عام 1881. عن إذن منسطر سلطانة أكريت ابريطن وانبرز الهند بإيالة مراكش. إمضاء جون دراموند هاي»[2291]، وبهذا أقرت بريطانيا تجديد اعترافها بتبعية سوس والجنوب المغربي للسلطان والدفع بشركاتها المروجة للأكاذيب باحترام قوانين المغرب، وترجع أولى اهتماماتها بالسواحل الجنوبية للمغرب سنة 1764حين التجأ جورج كلاص (G. Glass) إلى الاستقرار بنفس المنطقة التي شيد فيها الإسباني ديكو كارسيا هيريرا (D. G. Herrera)، بحصن سانتا كروز دي ماربكينا سنة 1478 من أجل إنشاء علاقات تجارية مع القبائل، وهو الأمر الذي احتجت عليه إسبانيا التي ساهمت في إفشال مشروع كلاص[2292]، لكن بالرغم من الفشل الأول لبريطانيا فإنها لم تتخل عن مشروعها التجاري بالسواحل الجنوبية للمغرب حيث ستعيد عدة محاولات، الأولى: مع جون دافيد سون الذي تقدم للقنصلية العامة بطنجة بتاريخ 13 نونبر 1835 حاملاً معه خطاب الملك وليم الرابع إلى المولى عبد الرحمان، مدعياً رغبته في استكشاف المناطق الصحراوية حتى تمبكتو، وأن ملك بريطانيا يطلب من السلطان تقديم الدعم والمساعدة له، حيث وافق السلطان على ذلك واضعاً له حراسة أمنية، لكن بوصول دافيد إلى واد نون بدأ في محادثات مع الشيخ بيروك، الذي أبدى استعداده حسب المبعوث البريطاني، الذي راسل بالمرستون في 16 غشت عام 1836 يخبره بأن بيروك وافق على ربط علاقات تجارية مع بريطانيا وجبل طارق وتأسيس مركز تجاري قرب مصب نهر واد نون، وقد كان جواب بالمرستون باتخاذ الحيطة من الأمر لكي لا تتوتر العلاقات مع السلطان، وهو الأمر نفسه الذي تنبه له أيضا جون دراموند هاي خاصة مع وصول السفينة الحربية البريطانية إلى ميناء موكادور في 28 نونبر 1836، لكن مشروع دافيد باء بالفشل بسبب اغتياله من طرف بعض قبائل الرحل بالصحراء في الطريق ما بين واد نون وتمبكتو[2293]، وفي الثمانينيات من القرن التاسع عشر ستعيد بريطانيا المحاولة من وادي نون إلى كيب جوبي التي وقعت منذ ذلك الحين تحت السيطرة الإسبانية محاولة نهج الاختراق السلمي من خلال السماح لبعض مواطنيها بالمتاجرة سرا مع الساكنة بالمنطقة وإغرائهم بالبضائع لضمان مساندتهم مستغلة الفقر لدى بعض السكان بالمنطقة، وهذا بالضبط ما فعله الإنجليزي جيمس كورتيس عام 1884، لكن قبيلة آيت باعمران التي وطأت قدمه بها لم تستقبله بالترحيب الذي كان يأمل فيه حتى أنها كانت ستقوم بطرده، لكنه سلمهم وثيقة مزورة تحتوي على الخاتم السلطاني[2294]، الأمر الذي دفع السكان إلى احترام الأمر السلطاني وإطلاق سراح التاجر الإنجليزي، وعندما تم اكتشاف التزوير في الوثيقة وجد قائد السلطان بالمنطقة صعوبة كبيرة في احتواء غضب قبيلة آيت باعمران من أجل وضع حد لهذه التحايل من طرف الإنجليزي كورتيس، استجابة للأوامر الواردة عليه من فاس[2295]، وهكذا نجد أن قبيلة آيت باعمران كانت رافضة

2290. العروي (عبد الله)، **الأصول الاجتماعية والثقافية للوطنية المغربية 1830-1912**، ترجمة محمد حاتمي ومحمد جادور، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط 1، 2016، ص، 82.

2291. جواب مراسلة من المفوض البريطاني دراموند هاي إلى النائب السلطاني امحمد بركاش تتعلق بالأكاذيب والافتراءات التي تبنتها الشركات البريطانية بأن السواحل السوسية غير خاضعة للسلطان، (م. م. و. م)، الصحراء المغربية من خلال الوثائق الملكية، القسم الأول، الجزء الأول، ص، 224.

2292. بيلة نزهة، منطقة طرفاية خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين دراسة مونوغرافية، أطروحة لنيل الدكتوراه في التاريخ المعاصر، كلية الآداب سايس- فاس، 2016-2017، ص 191.

2293. روجرز، تاريخ العلاقات الإنجليزية المغربية حتى عام 1900، م. س، ص ص، 194-195.

2294 . مراسلة من السلطان المولى الحسن إلى النائب السلطاني امحمد بركاش مؤرخة في 7 ربيع الثاني 1301، محفظة الصحراء المغربية: آيت باعمران، الساقية الحمراء، سيدي إفني، COTE: Th-94، (م. و. م)

2295« Germain Ayache, « Le Sentiment national dans le Maroc du XIX' siècle » Revue Historique, op. cit, P . 400.

لاستقبال أو التعامل مع كورتيس بدون إذن من السلطان، وما صرح به جرمان عياش يخالف ما جاء به الأستاذ نور الدين بلحداد حيث أشار إلى عقد كورتيس لاتفاق تجاري مع بعض شيوخ قبائل آيت باعمران التي وعدته ببقعة أرضية إما في سيدي محمد بن عبد الله أو بالقرب من ساحل إفني تكون كافية لبناء مرسى للتجارة ومستودع خاص بتجميع السلع مع ضمان الأمن والحماية له وللأجانب المتاجرين معه[2296]، أما الشخصية التجارية الإنجليزية التي أثارت حفيظة المخزن المغربي، واعتراض إسبانيا على تواجده بالقرب من الجزر المحتلة بالكناري [2297]، فهو دونالد ماكينزي، الذي رغب في إحياء مشروع دافيدسن، فقام برحلة إلى أراضي جنوب المغرب سنة 1872، وبدأ بالتحضير لإقامة محطة تجارية بين رأس بوجدور وواد نون كخطوة أولى للتمكن من السيطرة على تجارة تمبكتو وإفريقيا الوسطى، ولتحقيق مبتغاه ومن ورائه بريطانيا الطامحة للهيمنة التجارية قام بدعاية حول أهمية مشروعه التجاري بالأوساط البريطانية التي حصل منها على الدعم والمؤازرة حيث نجح في هذا الأمر وهو ما برز من خلال الدعم من طرف ثلة من البرلمانيين البارزين إضافة للصحف البريطانية المساندة له في مشروعه[2298]، وفي سنة1878 أسس محطته التجارية على ساحل المحيط الأطلسي بين واد نون ورأس بوجدور شمال المستعمرات الإسبانية الجديدة في رِيُو دِي أُورُو (وادي الذهب) وجنوب مقاطعة سوس. لم تواجه محطة فيكتوريا الواقعة في رأس جوبي (Cape Juby) أي صعوبات من جانب القبائل التي عقد معها عدة تسويات تتيح له حرية التجارة والسيطرة على تجارة السودان وحمايتها بدون أخذ الإذن من السلطان، الذي تندرج المنطقة تحت سيطرته، لذلك خلق هذا الإجراء من ماكينزي إحراجا لبريطانيا في علاقتها مع المغرب، كما قام برحلة استكشافية إلى المقاطعات الجنوبية في سنة 1882 كانت تهدف إلى تأكيد سلطته على منطقة رأس جوبي. في وقت تزايدت فيه مطالب إسبانيا بالميناء على الساحل بموجب معاهدة 1860 والمحدد بالنسبة لهم في سانتا كروز دي لا مار بيكينا كمكان جيد لصيد الأسماك امتلكته مدة عشرين عاما في القرن السادس عشر، حيث كان السلطان يخشى استفادة الإسبان مثل الإنجليز في رأس جوبي، وأيضا من متاجرة القبائل معهم أو إعلان الحرب عليهم[2299]، لذلك سارع المولى الحسن بمراسلة بركاش من أجل الحد من تواجد ماكينزي، وفض النزاع المختلق بين الدول الأوربية على السواحل المغربية بسبب تسلل تجارهم وإحداثهم للفتن بسواحل الإيالة، والاتفاق مع بعض القبائل بدون إذن السلطان، حيث كان موقف المولى الحسن حازما وصارما، ثم أعطى تعليمات صارمة لبركاش بضرورة الاجتماع العاجل بالوزير البريطاني دراموند هاي، ففي مراسلة سلطانية إلى بركاش، بعد الحمدلة والصلاة والطابع السلطاني للمولى الحسن:« فقد وصلنا كتابك بأنك بعد ما كتبت لنا بما كتبت به دولة الصبنيول لباشادورها(سفيرهم) في شأن الهرج الواقع بجزر كنارية لأجل مكينسي الإنجليزي...، أعلمه بأنا لم نسكت للإنجليز على مكينسي بل لازال الكلام معهم في ذلك وقد تكلمنا مع باشادورهم حيث كان بحضرتنا العالية بالله في شأن من ذكر والمحل الذي نزل به فادعى أن ذلك المحل خارج عن إيالتنا، فلم نقبل منه ذلك ورددناه عليه بما كنا وجهنا لك نسخة منه ومن جملته الاسترعاء على نزول المذكور هناك بغير إذننا، وتعرفه مع قبائل إيالتنا افتياتا وجعل الدرك عليه في كل ما ينشأ عن نزوله بناحية مراكش من الضرر والخسارات لا في الرعية ولا في الديوانات ولا في غير ذلك، لمخالفته للشروط والقوانين وفي كل ما يقع له ولمن معه لا في أبدانهم ولا في أمتعتهم لنزولهم هناك من غير إذن ولا درك فيه لا على المخزن ولا على قبائل تلك الناحية. والتأكيد عليه في الكلام مع دولته في غلق أبواب المضرة التي فتحها مكينزي بإنهاضه من تلك الناحية ونحن على نية توجيه من يتكلم مع دولتهم حيث يجيب الباشدور إن لم يحصل على طائل، وأعلمه أيضاً بأنا نسوس الرعية هناك بقصد تأليفهم للمفاوضة معهم في أمر تلك المراسي، ولازال المخازنية غائبين عندهم وصبره بأن لا يحدث أمرا هناك»[2300].

2296. نور الدين بلحداد، السلطان مولاي الحسن الأول والسيادة المغربية، م. س، ص 40.

2297. رسالة من النائب السلطاني امحمد بركاش إلى السلطان المولى الحسن تتعلق بقلق سكان كناريا من المتْجَرة الإنجليزية بطرفاية ورغبة إسبانيا في البث في الفصل الثامن من معاهدة تطوان، (م. م. و. م)، المجموعة 10، رقم الوثيقة 1206، ص 185.

2298. خالد بن الصغير، طرفاية المخزن ومحطة مكنزي التجارية برأس جوبي، (1876-1895)، ط 1، نشر مركز الدراسات الصحراوية، الرباط، 2015، ص ص، 9-10-11.

2299. B. N. F. P, Pierre Martel, « La Question Du Maroc » Bibliothèque universelle et Revue suisse, Centième Année— Troisième période. TOME LXVI, Lausanne, Bureaux de la Bibliothèque universelle. Paris, 1895, P P. 525-526.

2300 . ابن زيدان، الإتحاف...، ج 2، م. س، ص 398-399

كما قرر المولى الحسن القيام بحركة سلطانية إلى بلاد سوس سنة1882 لحسم مادة هؤلاء التجار الأجانب، والدفاع عن سيادة الأقاليم الجنوبية، ومنع بعض شيوخ القبائل من التعاقد مع هؤلاء الأجانب الطامعين في احتلال السواحل الجنوبية للمغرب عن طريق التوغل التجاري: «ولا يتكلم في أمر سوس حتى نكون هناك بالحوز لكونه قريبا من سوس، وحينئذ يكون كلامه معنا في ذلك لا مع الرعية، وهذا إذا بقي مكينس هنالك»[2301]، وهكذا كان موقف المولى الحسن بعد زيارته لسوس صارما مع مكينزي ومع القبائل التي تعاونت معه، حيث أرسل بعثة لساحل طرفاية في نفس السنة1882 بزعامة محمد الجباص، الذي التقى بالتاجر الإنجليزي ماكينزي وحذره من ردّ فعل القبائل التي أوهمها بأنه يتوفر على إذن من السلطان، وبالتالي وجب عليه إخلاء هذا الساحل أو سيواجه هجومات من طرف القبائل الصحراوية المغربية، وقد حاول مكينزي تهدئة الوضع مع المبعوث السلطاني مظهرا أن مشروعه له أهداف تجارية، وأبدى رفضه التخلي عن مشروعه الذي شيده بساحل طرفاية منذ سنة 1879، وأطلق على اسم مركزه بورث فيكتوريا(Port Victoria) وظل يستقبل فيه القوافل التجارية، وفي سنة 1884 ستعلن إسبانيا أحقيتها بالمنطقة، مما عقد الأمور، لدرجة أعلنت القبائل الصحراوية وشيوخها المقاومة من أجل الدفاع عن السيادة المغربية في الأقاليم، فأصبحت بذلك الأطماع الأجنبية في خطر، وتعرض مركز ماكينزي لهجوم عنيف سنة1886، دفعه للاستنجاد بحكومته من أجل إرسال سفينة حربية إلى ساحل طرفاية للضغط على المغرب وإرغامه على التراجع[2302]، وهو الأمر الذي استجابت له الأخيرة لكن دون التدخل عسكريا، حيث رفض وزير الخارجية لبريطاني اللُّوردْ إِيْدْ، سلبه طلب مكينزي بفرض الحماية على طرفاية، وبعدما ضاقت على مكينزي السبل حاول استمالة بعض زعماء القبائل الذين رفضوا طلبه مؤكدين على تعهداتهم للسلطان المولى الحسن والتزامهم بالعهد والبيعة التي قطعوها للسلطان، وتمت مهاجمة مركز مكينزي مرة أخرى سنة1888 مما أسفر عن مقتل أحد معاونيه يدعى موريس، ثم هوجم بعد ذلك سنة 1889، مما ضاعف من خسائر مكينزي رغم إرسال بريطانيا لسفنها الحربية في كل هجوم من أجل حماية مواطنيها وضغطها على المغرب من أجل دفع تعويضات لمكينزي ولمعاونيه بسبب ما لحق بهم، وهو الأمر الذي لم يستجب له السلطان بشكل كبير، وعرض كبديل لإنهاء مشكل مكينزي تعويضه بمبلغ 50ألف جنيه مقابل التخلي عن المركز، وهو الأمر الذي وافق عليه التاجر البريطاني بعد عدة مشاورات، حيث كان مطلبه 100 ألف جنيه كتعويض له عن مصاريفه على المركز[2303]، وقد عززت وثيقة مؤرخة بتاريخ 16 رمضان 13/1312 مارس 1895 سيادة المغرب على طرفاية وبلاد تكنة، كما طالبت بريطانيا بالجلاء عن طرفاية، وأفادت بشراء المخزن للكبانية الإنجليزية المقامة هناك[2304]، وفي مراسلة أخرى مؤرخة بتاريخ 19 رمضان 16/1312 مارس 1895 من السلطان المولى عبد العزيز إلى النائب السلطاني محمد بن العربي الطريس يخبره بنفس القرار بشراء زينة الشركة الإنجليزية بطرفاية ويأمره بإبلاغ هذا القرار لممثلي الدول الأجنبية بطنجة[2305]، حيث حاز المخزن لمركز طرفاية في نفس السنة3 يوليوز 1895.

ت- الأطماع الفرنسية

أما المنافس الثالث فهو فرنسا التي كانت على تماس حدودي مع الصحراء الجنوبية للمغرب من خلال احتلالها للجزائر، وهكذا شكلت بذلك منافساً قوياً لإنجلترا وإسبانيا، حيث بدأت في الظهور على شكل اختراقات للمجال الصحراوي مع بعثة جون دافيدسون سنة 1835-1836، ثم محاولات دولابورت ما بين سنتي 1837-1841، وقد انتهت معا بالفشل، ليجدد الفرنسيون المحاولة الثالثة مستغلين تحول موازين القوى لصالحهم بعد انتصارهم على المغرب في معركة إيسلي وفرضهم لاتفاقية للامغنية،

2301. نفسه، ص، 399.

2302. نور الدين بلحداد، السلطان مولاي الحسن الأول والسيادة المغربية..، م. س، ص ص، 46-47.

2303. المرجع نفسه، ص ص، من 46 إلى 53.

2304. (م. م. و. م)، الصحراء المغربية من خلال الوثائق الملكية، القسم الأول، الجزء الثالث، 2012، ص 726.

2305. رسالة من السلطان المولى عبد العزيز إلى النائب السلطاني محمد بن العربي الطريس، يخبره بقرار شراء زينة الشركة الإنجليزية بطرفاية ويأمره بإبلاغ هذا القرار لممثلي الدول الأجنبية، مؤرخة 19 رمضان 1312، (م. م. و. م)، الصحراء المغربية، القسم الأول، الجزء الثالث، ص 729.

التي تم خلالها عدم ترسيم الحدود مع المغرب وتزايد نقاط اتصالها معه، لذلك روجوا للأطروحة البريطانية بعدم تبعية المنطقة للمغرب حيث يقول Alfred Le Chatelier :« حتى عام 1880 ظلت منطقة واد نون مستقلة عن المغرب وكان المولى الحسن قد بدأ المفاوضات للحصول على استسلامها، الأمر الذي دفع الشيخ دحمان ابن الحبيب بيروك وخليفته إلى محاولة الحصول على دعم فرنسا، وقدم لنا مساعدات خوفاً من تدخل إسبانيا أو إنجلترا التي استعانت ببعض الأسر الأخرى، قرر سلطان المغرب التحرك سنة 1886، وكان هدفه الأول ليس تحرير السيد بتلر(M. Butler) المحتجز بقبيلة أوكلمين (Aouguelmin) ما بين1866-1874، لكن هدفه الرئيسي هو استعادة حقوقه في واد نون، وقد نجح في ذلك، خاصة فيما يتعلق بالسكان المستقرين، حيث قلدَّ الشيخ دحمان قائداً على المنطقة فمارس بموجب ذلك سلطته. لكن زعيم تازروالت فقد جزءًا من نفوذه خلال هذه التسوية، باستثناء أوكلمين والقصور المجاورة لها التي كان تأثيرها ضعيفا، كما قام المولى الحسن بحشد القبائل الصحراوية حول القضية الإسلامية التي يجسدها لمواجهة الأطماع الأجنبية، والتي أدت إلى اعترافهم بسيادته الاسمية »[2306]، وهنا نجد أن لوشاتللي يساند الأطروحة التي اعتمدت عليها بريطانيا من أجل توغل المستعمر الفرنسي نحو الثغور المغربية بالساحل الجنوبي، وإكساب بلاده الشرعية في هذا الاجتياح الاستعماري، وهو ما يتأكد من خلالها اعتمدها على الشيخ بيروك الذي رافق وكيله في الصويرة بوعزة بن العواد الصويري الذي كان له مطامح بإقامة علاقات تجارية مستقلة مع فرنسا على امتداد السواحل الجنوبية للمغرب، حيث توجه رفقة أحد المراكب الفرنسية إلى سواحل واد نون التي ظل بها المركب راسبا لمدة شهرين، وبعد وصول الخبر إلى السلطان عن طريق الغريم التجاري لبيروك، وهو الحسين خلف سيدي هاشم، لجأ السلطان إلى الإسراع من أجل قطع الطريق على فرنسا الطامحة لاحتلال البلاد، حيث سخر أعوانه بالمنطقة لإفشال المحاولة الفرنسية، مما اضطر الفرنسيين ومساندهم بوعزة الصويري إلى العودة على أعقابهم، فلجأ المخزن إلى اعتقال التاجر الصويري عند عودته إلى الصويرة وسجن بمراكش[2307].

وفي عام 1884 أصبحت إسبانيا تخشى بالفعل النفوذ الفرنسي بالمجال الصحراوي للمغرب، خاصة أن فرنسا كانت تعتمد في امتداداها بالجنوب المغربي على شريف وزان الذي منحته الحماية[2308]، كما كانت تعمل على إرسال سفنها إلى سواحل واد نون، وفي مراسلة إلى بركاش من عامل الصويرة عمارة بن عبد الصادق البخاري، حيث ما كاد رونالد ماكينزي ينشئ محطته بساحل طرفاية، حتى بدأت فرنسا هي أيضاً تنافس بشكل قوي على السواحل الجنوبية للمغرب من خلال تجهيز سفنها التجارية المحملة بالبضائع وترسلها إلى ساحل المغرب بناحية سوس محاولة التعامل تجارياً مع السكان وإقامة علاقات مع شيوخ القبائل الذين رفض معظمهم التعامل مع فرنسا متشبثتين بارتباطهم بالإيالة الشريفة وسلاطينها وهذا نص الرسالة بعد الحمدلة والصلاة على سيدنا محمد × :« وبعد فقد ورد لثغر الصويرة بابور افرنصيص وأخبرنا بأنه ورد من واد نون، ونزلوا بايت بعمران، وسألنا عنه قونصُ لفرنصيص وكتب لنا بأنه سأل رايسهُ مكاتبةً ومشافهةً ما تلاق مع أحد من البلاد المذكورة، وحقق لنا نزولهم قونص صبانيولْ لأنه كان معهم كاتبه الحاج إدريس الحريش وأربعةٌ من النصارى من كنارية لجنسهم. وأخبرنا مولانا أعزه الله بورُوده، وأخبرناك لتكون على بال، لأنهم طلبوا من أهل البلاد المذكورة يجعلوا مرسى هناك، ويكونُ بيعُهم وشراؤهم معهم، والعلم لله أنهم لم يقبلوا بعض كبارهم ورجعوا لحال سبيلهم. وحين نحقق أمرهم نخبرك إن شاء الله. وبه يجب، وعلى المحبة، ونسألك الدعاء، والسلام، في 16شعبان عام 1297، عمارة لطف الله به»[2309]، وبسبب التواجد البريطاني والإسباني في المنطقة، اضطرت فرنسا إلى عقد اتفاقيات سرية وأخرى علنية مع إسبانيا تحدد خلالها تقسيم مكان النفوذ لكل منهما بالساحل الصحراوي للمغرب، ومن هذه الاتفاقيات، اتفاقية

2306. B. N. F. P, Le Chatelier, Alfred, Tribus du Sud-Ouest marocain : bassins côtiers entre Sous et Drâa, op. cit, P. 80.

2307. دانييل شروتر، تجار الصويرة...، م. س، ص ص، 303-304.

2308. B. N. F. P, Jean Alengry, Les relations franco-espagnoles et l'affaire du Maroc, P. 219

2309. رسالة من عامل الصويرة عمارة بن عبد الصادق البخاري إلى نائب السلطان امحمد بركاش، تتعلق بوصول سفينة تجارية فرنسية إلى واد نون، (م. م. و. م)، العدد 10، رقم الوثيقة 1188، ص119.

27يونيو1900، حدد خلالها هيمنة إسبانيا من الرأس الأبيض جنوباً إلى مصب درعة شمالا، ثم تنتهي في منطقة فرنسا تستثني منها بلاد آية باعمران[2310].

ث- **الأطماع الألمانية**

أما المحاولات الألمانية للتسرب بالجنوب المغربي فكانت أقل حظاً من المنافسين الثلاثة، لكنها رغم ذلك حاولت استمالة القوى المحلية بمنطقة حاحا مثل: الكلولي وأنفلوس إلى زعيم دار إيليغ الحسين أوهاشم وأيضاً ماء العينين، كما جندوا العديد من التجار الذين يتواجدون بالصويرة كمخبرين يطلعونهم على مستجدات المنطقة، كما تسربوا إلى العديد من المدارس العتيقة بسوس محاولين بذلك التقرب إلى الساكنة والحصول على معلومات اقتصادية وبشرية لتسهيل اقتحامهم للمنطقة واستغلال ثرواتها، وكانت أولى البعثات الألمانية قد حلت بسيدي إفني عبر السفينة Nautieus سنة 1881/1298، إلا أنها فشلت في تحقيق مطامعها وتطلعاتها التجارية بالمنطقة، وفي سنة1883/1300ستقترح الشركة التجارية الإسبانية إحداث شراكة مع الشركات الألمانية للدخول في مشروع مشترك لاستغلال منطقة وادي الذهب غير أن الألمان الذين كانت رغبتهم قوية في الحصول على معادن منطقة سيدي إفني رفضوا المقترح، وأرسلوا في نفس السنة 1883 بعثة بقيادة Jannasch إلى سواحل واد نون التي كانت مطمحا للألمان وتم وعد لأعيان المنطقة بإحاطتهم بالحماية في حالة المساعدة لهم بإنشاء مركز بساحل المنطقة، لكن هذا المشروع هو أيضا باء بالفشل بسبب تدخل القائد المخزني دحمان ولد بيروك، الذي استطاع أسر عدد من الألمان أطلق سراحهم بأمر من المولى الحسن، وفي نفس السنة 1303/ 1886 أرسلت ألمانيا بعثة أخرى بهدف تجاري عن طريق محاصرة السلع الوافدة من إسبانيا، حيث قامت بعقد تحالف مع القبائل المحلية لاعتراض القوافل التجارية الإسبانية، لذلك تدخلت إسبانيا من أجل تجنب المشاحنات الاقتصادية مع القوة الجديدة بالمنطقة ألمانيا، وذلك من خلال عقد شراكة بين الدولتين لاستغلال ثروات المنطقة الجنوبية للمغرب، إلا أن الحكومة الألمانية رفضت الأمر[2311] ، حيث كان لها أمل بالهيمنة على الموارد انطلاقا من علاقاتها الجديدة مع المخزن المغربي ومع بعض زعماء العشائر المحليين الذين كان لها نفوذ قوي خاصة العلاقة بالشيخ ماء العينين بالجنوب وأسرة بركاش بالرباط.

ج- **الأطماع البلجيكية:**

برزت على السطح دولة أوربية أخرى منافسة على السواحل الأطلسية للمغرب، وهي دولة البلجيك، فبعد دجنبر 1865 ركز ليوبولد الثاني (Leopold .II) ملك البلجيك اهتمامه على الإيالة الشريفة، وبرجع اهتمامه منذ كان ولياً للعهد حيث كان يمضي وقته في رحلات طويلة للدراسة والمراقبة أكثر من الوقت الذي يكرسه لشؤون مملكته، فقاده فضوله إلى أقصى شمال المغرب في طنجة وقد كان ذلك في أبريل 1862، أي بعد أربعة أشهر من معاهدة الصداقة مع المغرب حيث تم توقيع اتفاقية التجارة والملاحة بين البلدين، وقبل شهرين من توقيع الاتفاقية التي منحت للتجار والمواطنين البلجيكيين المزايا التي تمتع بها الإنجليز والإسبان في الإمبراطورية أي منذ عام 1861، عمل البلجيكيون بالمغرب لفترة طويلة خلال القرن التاسع عشر[2312] التي كان يطمح عاهلها ليوبولد الثاني الذي كان له مراسلات مع السلطان المولى الحسن من أجل الظفر ببقعة أرضية في السواحل الجنوبية للمغرب تسهل لهم التواصل بين مستعمراتهم بالكونغو ووطنهم بلجيكا[2313]، إلا أن السلطان المولى الحسن رفض طلبه، خاصة أن الفترة كانت تعرف تشاحناً وضغوطاً بين مجموعة من الدول الأوربية المتنافسة الأخرى على السواحل الجنوبية، وهو الأمر الذي كان من شأنه أن

2310 . حمداتي شبيهنا ماء العينين، قبائل الصحراء المغربية...، م. س، ص، 188.

2311. Jean-Louis Miége, **Le Maroc Et L'Europe (1822-1906),** Tome II, Editions La Porte, Archive d'imprimer sur les presses de l'imprimerie El maàrif Al jadida-Rabat, 1996 , P P. 335-336.

2312. B. N. F. P, A. Duchesne, Léopold II Et Le Maroc (1885-1906), Académie Royale Des Sciences D'Outre-Mer, Classe des Sciences morales et politiques. N.S., XXXII-2, Bruxelles, 1965, P P. 8-9.

2313. Jean Louis Miége, Le Maroc et L'Europe, T III, op. cit, P. 336.

يضاعف من صعوبة حماية المنطقة المخزنية من طرف السلطان، لكن العاهل البلجيكي ظل ملحاً على طلبه من السلطان المولى الحسن، حيث يقول Duchesne :« في مارس 1885 انتهى مؤتمر برلين الذي تم التوقيع على مرسومه العام في 26 فبراير 1885، وقبل أكثر من شهر سمح له البرلمان البلجيكي بأن يصبح رئيساً لدولة الكونغو الجديدة، وكان الملك يفكر بالفعل في الحصول على امتياز على ساحل المغرب من أجل تثبيت نقطة انطلاق للقوارب من خط أنفيرس- ماتادي بالكونغو .(Anvers-Matadi)، حيث وجه ليوبولد الثاني إلى أحد رجاله المقربين، وهو الدبلوماسي الأكثر نشاطًا البارون وِيتْنَالْ (Baron Whettnall)، الذي كان على استعداد للذهاب إلى طنجة كوزير مقيم في بلجيكا من خلال الالتقاء بالسلطان الذي رحب بزيارته بشكل يليق بمبعوث ملكي، ليتحدث البارون وِيتْنَالْ خلال هذا اللقاء عن مشروع بلاده المتجسد في الحصول على ميناء صغير أو موقع على ساحل الجنوب الغربي للمغرب، لتسهيل تواصل بلجيكا مع مستعمرتها بالكونغو»[2314]، لكن بعد رفض السلطان تقدمت بلجيكا بطلب لإسبانيا سنة 1891 عارضتاً عليها شراء إحدى المراكز التي حصلت عليها بموجب معاهدة تطوان التي اختلف في تحديدها بالضبط بين الدولتين المغربية والإسبانية إما مركز: ريو دُو أورُو/وادي الذهب (Rio de Oro)، أو ميناء إفني (Porte Ifni) [2315]، معتمدة في ذلك على الإسباني إميليو بونيلي، الذي يعمل لصالح شركة تم إنشاؤها حديثًا، حيث سيطر باسم ألفونس الثاني عشر، على خط ساحلي يبلغ طوله 500 كيلومتر يمتد من منطقة وادي الذهب(Rio de Oro) إلى الرأس الأبيض(cap Blanc) وفقًا لمعلومات لم يتم تحديدها بعد من Whettnall، حيث أن هذا الخط الساحلي يتمتع بمناخ صحي، وله موانئ استراتيجية مهمة يقع أحدها على بعد 150 كيلومتر من جزر الكناري من شأنها أن توفر أمانًا كبيرًا للسفن، ويمكنه إذا لزم الأمر حماية جميع أساطيل السفن بالعالم لذلك يمكن نقل جزء صغير من هذه الأراضي باللجوء إلى شراء أرض هناك وإنشاء مركز تجاري تتنازل عنه لاحقًا لدولة الكونغو [2316]، لكن إسبانيا رفضت طلب بلجيكا لتلتجئ الأخيرة إلى بريطانيا من خلال تاجرها ماكينزي مقترحة عليه التنازل لهم عن موقعه بطرفاية مقابل تعويض مالي، حيث وافق ماكينزي مبدئياً على الفكرة خاصة أنه كان يواجه حصارا من طرف القائد المخزني دحمان ولد بيروك مما أدى إلى تراجع أرباح تجارته[2317]، لكن تدخل الحكومة البريطانية دفع مكينزي إلى العدول عن الأمر ورفض الطلب البلجيكي، حيث ضاقت بهم السبل، فحاولوا الاعتماد على النهج العسكري بعد فشلهم دبلوماسياً وتجارياً.

خاتمة:

صفوة القول، يتضح أن قضية الحدود المغربية في القرن التاسع عشر لم تكن مجرد خطوط جغرافية، بل شكلت جزءًا من معركة سياسية وقانونية للدفاع عن السيادة الوطنية في وجه الأطماع الاستعمارية والتحديات الإقليمية. لقد برهنت الأحداث على صلابة الدولة المغربية في حماية مصالحها رغم الظروف الصعبة والتدخلات الخارجية. ويظل هذا الموضوع ذا أهمية مستمرة، حيث يبرز الدور الحاسم للتاريخ والقانون في فهم ديناميكيات الحدود وصراعاتها، مما يعزز من وعي الأجيال الحالية بأهمية الحفاظ على وحدة التراب الوطني.

البيبليوغرافيا

- ابن زيدان (عبد الرحمان)، **اتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس**، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ج 2، ط 1، 2008.
- أحمد بوكاري، الإحياء والتجديد الصوفي في المغرب (1790-1912)، ج3، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 2006.

2314. A. Duchesne, Léopold II Et Le Maroc (1885-1906) ، op. cit, P. 13.

2315. Jean Louis Miége, Le Maroc et L'Europe, T III, P. 339.

2316. A. Duchesne, Léopold II Et Le Maroc (1885-1906) ، op. cit, P. 14.

2317. Jean Louis Miége, Le Maroc et L'Europe, T III, P. 338.

ISSN:2509-0291

- أحمد بوشرب، دكالة والاستعمار البرتغالي إلى سنة إخلاء آسفي وأزمور (قبل 28 غشت1481- أكتوبر 1541)، الطبعة الأولى، دار الثقافة الشركة الجديدة، الدار البيضاء، 1984
- أحمد بوحسن، «مراجعة كتاب من ذاكرة واحة فجيج: مجموعة وثائقية (1882-1912)»، مجلة أسطور، العدد 18، فبراير 2023.
- بلحداد (نور الدين)، **السلطان مولاي الحسن الأول والسيادة المغربية على الأقاليم الجنوبية 1873-1894**، ط، 2، نشر المندوبية السامية لقدماء المقاومين وأعضاء جيش التحرير، 2016.
- بلحداد (نور الدين)، السلطان مولاي الحسن الأول والسيادة المغربية على الأقاليم الجنوبية 1873-1894، ط، 2، نشر المندوبية السامية لقدماء المقاومين وأعضاء جيش التحرير، 2016.
- بلحداد (نور الدين)، التسرب الإسباني إلى شواطئ الصحراء المغربي (1860-1934)، منشورات معهد الدراسات الإفريقية، الرباط، 2008،
- بيلة نزهة، منطقة طرفاية خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين دراسة مونوغرافية، أطروحة لنيل الدكتوراه في التاريخ المعاصر، كلية الآداب سايس- فاس، 2016-2017،
- حمداتي شبيهنا ماء العينين، قبائل الصحراء المغربية، أصولها، جهادها، ثقافتها، المطبعة الملكية، الرباط، 1998.
- خالد بن الصغير، طرفاية المخزن ومحطة مكنزي التجارية برأس جوبي، (1876-1895)، ط 1، نشر مركز الدراسات الصحراوية، الرباط، 2015.
- العروي (عبد الله)، **الأصول الاجتماعية والثقافية للوطنية المغربية 1830-1912**، ترجمة محمد حاتمي ومحمد جادور، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط 1، 2016
- عبد الهادي المدن، التجارة في واد نون خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، منشورات المندوبية السامية لقدماء المقاومين وأعضاء جيش التحرير، ط1، الرباط، 2018
- **<u>الوثائق:</u>**
- **<u>منشورات مديرية الوثائق الملكية (م. م. و. م):</u>**

المجموعة 2، رقم الوثيقة: 151- المجموعة 13، الوثيقة 1522- المجموعة، 6، رقم الوثيقة 770- المجموعة 6، الوثيقة 773- المجموعة 6، الوثيقة 7- المجموعة 6، الوثيقة 845- المجموعة 6، الوثيقة 846- المجموعة 6، الوثيقة 825- المجموعة 11، الوثيقة 1297- المجموعة8، الوثيقة 1072- المجموعة 10، رقم الوثيقة 1206- المجموعة 10، رقم الوثيقة 1188

- (م. م. و. م)، الصحراء المغربية من خلال الوثائق الملكية، القسم الأول، ج 1، 2012.
- .....، الصحراء المغربية من خلال الوثائق الملكية، القسم الأول، ج 3، 2012
- وثائق مديرية الوثائق الملكية (م. و. م)، محفظة الصحراء المغربية: آيت باعمران، الساقية الحمراء، سيدي إفني، COTE: Th-94.

- **<u>وثائق أرشيف المغرب:</u>**

مح 57ر/ 53- مح 53-2/35- مح 57ر/88- مح 53ر/52- مح53ر/40- مح 53ر/39- مح 57ر/86.- مح 57ر/89- مح 53ر/54- مح 57ر/97- مح 53ر/56- مح 57ر/89

- **<u>وثائق غير منشورة بخزانة أبوبكر بنونة</u>**: أعلام تطوان الوزير امحمد الخطيب، ج2، ص 191،
- **<u>المراجع والوثائق الأجنبية</u>**:
- **<u>Bibliothèque nationale de France :(B. N. F. P)</u>**

- Achille Fillias, Campagne du Maroc. Tanger, Isly, Mogador, 1844. Récits militaires, Typographie Et Lithographie A. Bouter, Alger, 1881.

- Albert Noyer, Questions coloniales. Les Ouled-Sidi-Cheïkh et Bou-Amama, Evreux Imprimerie Gaston Lamaury, Paris, 1901.

- A. Duchesne, Léopold II Et Le Maroc (1885-1906), Académie Royale Des Sciences D'Outre-Mer, Classe des Sciences morales et politiques. N.S., XXXII-2, Bruxelles, 1965.

- Germain Ayache, « Le Sentiment national dans le Maroc du XIX siècle » ، Revue Historique, 92e Année Tome CCXL (240) ، Presses Universitaires De France, Paris, 1968.

- Jean-Louis Miége, **Le Maroc Et L'Europe (1822-1906),** Tome II, Editions La Porte, Archive d'imprimer sur les presses de l'imprimerie El maàrif Al jadida- Rabat, 1996.

- Jean (Alengry) ،**Les relations franco- espagnoles et l'affaire du Maroc: la France et l'Espagne au Maroc,** La Vie Universitaire "Maurice D'Albigny, Éditeur, 1920, paris.

- La Commandante. Graulle, Insurrection de Bou-Amama (avril 1881), Imprimerie Librairie militaire, Paris, 1905.

- Journal : Le Radical algérien, Journal Politique, N°576 -Troisième année, Algérie, Lundi, 19 et Mardi, 20, Mai 1884.

- Le Petit colon algérien, Journal, N° 1400-Cinquiéme année, Éditeur : Bureaux Alger, Mercredi 10 Mai 1882.

- Le Petit fanal, Journal Politique Quotidien Du Matin « Le Traité de 1845 En Ce Qui Concerne Le Sahara » ، al Vingtième Année. N°6919, Jeudi 25 Octobre 1900.

- Journal : Le Progrès de Bel-Abbés, "Le Traité de 1845 En Ce Qui Concerne Le Sahara ", N° 1521, 19éme Année, Mercredi 7 Novembre 1900, l'arrondissement de Sidi-Bel-Abbès

- Montpellier Méditerranée Métropole - Médiathèque centrale Emile Zola, Le Messager du Midi : journal du soir, 30 Année- N° 237, Troisième Ed, Montpellier, Jeudi 30 Aout 1877.

- Victor (Bérard). L'Affaire marocaine : le Maroc, la France et le Maroc, l''accord franco-anglais, l'accord franco-espagnol, le désaccord franco-allemand, les réformes, Librairie Armand Colin, Paris, 1906.

- H. Charles-La Vauzelle ،En Algérie. Les Ouled sidi Cheikh, Imprimerie Et Librairie Militaires, Paris, 1891.

- Journal, Le Petit Parisien : journal quotidien du soir, Neuvième Année -N°2754, Lundi 12 Mai 1884, Paris.

- Le Chatelier, Alfred, Tribus du Sud-Ouest marocain : bassins côtiers entre Sous et Drâa, E. Leroux (Paris), 1891.

- Pierre Martel, « La Question Du Maroc » Bibliothèque universelle et Revue suisse, Centième Année— Troisième période. TOME LXVI, Lausanne, Bureaux de la Bibliothèque universelle. Paris, 1895.

- Saïd (Sayagh), La France et les frontières Marocco-algériennes (1873-1902) ،Editions Du Centre National De La Recherche Scientifique, Paris, 1986.

- **Archives de Nantes (A. D. F. N)**

- Recueil Des Actes Internationaux Et Incidence Internationale Concernant Le Maroc, Résidence Générale De France Au Maroc.

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

الفاعِلون في الدبلوماسية الحضارية: مُحاولة لاستشراف الأدوار المُنتظرة

Actors in civilizational diplomacy :an attempt to anticipate the expected roles

الباحث : أيوب منصار
باحث بسلك الدكتوراه
القانون العام والعلوم السياسية كلية الحقوق أكدال

الباحث : صلاح الدين جميلي
باحث بسلك الدكتوراه القانون العام والعلوم السياسية
كلية الحقوق أكدال.

ملخص

في سنة 2001؛ عقدت منظمة العالم الإسلامي للتربية العلوم والثقافة -إيسيسكو- ندوة دولة بالعاصمة المغربية الرباط، موضوعها **"الحوار بين الحضارات في عالم متغير"**، وكان من بين مخرجات هذه الندوة في بيانها الختامي تأكيد المُنظمة جهودها في إقامة المزيد من الندوات الإقليمية والدولية حول الحوار والتعايش بين الحضارات والثقافات، ومدّ أسباب التواصل مع المنظمات والهيئات والجامعات في جميع دول العالم، للمشاركة في هذا الحوار، تحقيقاً للمصلحة الإنسانية المتبادلة، وتعميقاً للتعاون الدولي في هذا الإتجاه الفكري والثقافي الحيويّ.

وفي 2023؛ قدمت الإيسيسكو في ندوة علمية عقدتها بمدينة مراكش المغربية، مفهومها المُبتكر والجديد، والذي كان **الدبلوماسية الحضارية**، محاولة منها لإغناء التنوع الذي يعرفه مفهوم الدبلوماسية بشكل عام، ورغبة منها كذلك في مواصلة القيام بأحد أدوارها الهامة، المُتمثل في التقريب بين الحضارات والمُجتمعات.

في سياق ما سبق؛ تأتي هذه الورقة البحثية، لتلقي الضوء على هذا المولود المفاهيمي الجديد، ولتحاول أن تنظر في ماهيته، عبر البحث في مفهومه، دواعي أهميته، والفاعلين الرئيسيين فيها، من دون إغفال استشراف أدوارهم المُنتظرة داخل هذا النوع الجديد من الدبلوماسية.

الكلمات المفاتيح

الدبلوماسية الحضارية – الحوار الحضاري – التعاون الدولي – المنظمات الدولية – التطرف العنيف – الإيسيسكو

Abtract

In 2001, the Islamic Educational, Scientific and Cultural Organization (ICESCO) held a state conference in the Moroccan capital, Rabat, with the theme "Dialogue between Civilizations in a Changing World." Among the outcomes of this conference, as stated in its concluding statement, was the affirmation by ICESCO, in its capacity as the specialized body appointed by the Islamic Conference of Foreign Ministers for issues related to the dialogue between civilizations. The organization committed to further efforts in organizing regional and international seminars on dialogue and coexistence between civilizations and cultures. It also extended invitations for collaboration to organizations, entities, and universities worldwide to participate in this dialogue, aiming to achieve mutual human interest and deepen international cooperation in this vital intellectual and cultural direction.

In 2023, ICESCO presented its innovative and new concept of " Civilizational Diplomacy" during a scientific symposium held in the Moroccan city of Marrakech. This initiative was an attempt to enrich the diversity inherent in the concept of diplomacy in general. It also reflected ICESCO's desire to continue playing its role in bridging the gap between civilizations and societies.

In the context mentioned above, this research paper sheds light on this new concept and seeks to explore its nature by examining its definition, reasons for its importance, and the key actors involved, without overlooking their anticipated roles within this new conceptual framework.

Keywords : Civilizational Diplomacy - Civilizational dialogue - International cooperation - International organizations - Violent extremism - Icesco

مقدمة

ركزت الدبلوماسية التقليدية في أساسها على تحويل العلاقات بين الدول من حالة الصراع إلى حالة السلام؛ وذلك من خلال تسهيل التواصل وإيجاد حلول للنزاعات بينها[2318]. وهذا أمر يبدو طبيعيا جدا عند النظر في ماهية العلاقات الدولية الكلاسيكية، التي كانت تنظر إلى أن المجتمع الدولي يعيش في حالتين لا ثالث لهما، فإما بكون في حرب أو في سلم، ولم يكن التفكير مطروحا أبدا، في وضع الأسس لأنواع جديدة من الدبلوماسية تركز على تنمية العلاقات حتى حينما تغيب عنها الصراعات.

تطور بعدها حقل العلاقات الدولية، وزاحم الدولة في تدبير مجرياته فاعلون آخرون، ولم تعد العلاقات بين وحداته مقتصرة فقط على العلاقات الشخصية لرؤساء الدول والحكومات، كما لم تعد الدبلوماسية الرسمية وحدها قادرة على مواكبة إيقاع التحول السريع، ما فرض ظهور أنواع مُستحدثة من الدبلوماسية، كالبدلوماسية البرلمانية، الحزبية، الرياضية، والدينية على سبيل المثال. وفي 2 من يونيو من عام 2023؛ أغنت منظمة العالم الإسلامي للتربية والعلوم والثقافة القاموس الدبلوماسي بنوع حديث من ابتكارها، وقدمت بذلك الدبلوماسية الحضارية كنوع جديد، مؤكدة عبر مديرها العام أن **"الدبلوماسية الحضارية لا تقدم نفسها بديلا للدبلوماسية التقليدية، بل ظهيرا للفعل الحضاري في عالم الدبلوماسية"**.[2319]

هذا النوع الجديد؛ يفرض من زاوية الحاجة والضرورة العلميتين، البحث في ماهيته، وإجراء محاولة استشرافية لأدوار الفاعلين فيه. وبالتالي ستندرج هذه الورقة البحثية في خانة الدراسات الاستكشافية، كونها لا تنطلق من البحث في تراكمات معرفية مُسبقة، ولكنها تبحث في مفاهيم جديدة تأسيسية، كحال الدبلوماسية الحضارية.

وستهدف هذه الورقة إلى البحث في الدبلوماسية الحضارية كمفهوم مُستحدث، عبر تحديد الفاعلين المُفترضين في هذا النوع من الدبلوماسية، ثم ذكر الأدوار المحتملة لهم داخلها. وسنقوم بذلك اعتمادا على المنهج الوظيفي؛ إذ سنركز على الوظيفة المُحتملة هذا النوع من الدبلوماسية. كما سنجري عملية التحليل اعتمادا على النظرية اللبرالية، كونها نظرية تشدد على أهمية حقوق الإنسان، مما يجعل الفاعلين في الدبلوماسية الحضارية يسعون لتعزيز القيم المشتركة وفتح قنوات للحوار بين الثقافات المتنوعة.

وسيجري ذلك وفق المحورين التاليين:

- **المحور الأول: مفهوم الدبلوماسية الحضارية وأهميتها**
- **المحور الثاني: الأدوار المُنتظرة للفاعلين في الدبلوماسية الحضارية**

المحور الأول: مفهوم الدبلوماسية الحضارية وأهميتها

سنتاول في هذا المحور الأول، بالتحليل والدراسة، ثلاث نقاط أساسية، أولها مفهوم الدبلوماسية الحضارية كمفهوم جديد على الساحة الدولية والمفاهيمية، وثانيها هو الأسباب التي تجعل هذا النوع الجديد ذو أهمية، ثم سنبين في النقطة الثالثة من هذا المحور الفاعلين المُفترضين للدبلوماسية الحضارية.

أولا: مفهوم الدبلوماسية الحضارية

إن البحث في الدبلوماسية الحضارية، باعتبارها مفهوما ابتدعته منظمة العالم الإسلامي للتربية والعلوم والثقافة -إيسيسكو-، هو عملية علمية تأصيلية. وبالقدر الذي من الصعب فيه الاستقرار على تعريف جامع ومانع لهذا النوع الجديد من الدبلوماسية، بالقدر الذي من الهام تثبيته كمفهوم، حتى يجد مكانا له وسط عشرات الأنواع، وربما المئات من الدبلوماسية. وبالتالي فقد ارتأينا أن ننطلق أولا من تفصيل المفهوم المُركب، إذ سنقوم أولا بتعريف الدبلوماسية، ثم سنبحث في مدلول "الدبلوماسية الحضارية". فبخصوص الدبلوماسية؛ فهي تُعرف انطلاقا من شكلها الحديث على أنها مجموعة من المفاهيم، القواعد، الإجراءات، البروتوكولات، المؤسسات، والعادات الدولية التي تُنظم العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية والممثلين الدبلوماسيين بهدف

2318 جوزيف إم سيراكوسا، الدبلوماسية "مقدمة قصيرة جدا"، ترجمة كوثر محمود محمد، مؤسسة هنداوي، 201، ص4.

2319 انظر https://icesco.org/ar/2023/06/02/انطلاق-ندوة-الإيسيسكو-الدولية-حول-الد/

خدمة المصالح الوطنية العليا، وتحقيق الأمان والاقتصاد والسياسات العامة. وهي تُستخدم لتوثيق العلاقات بين الدول من خلال الاتصال السياسي والمفاوضات وتبادل المعلومات، وعقد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، كما أنها أداة أساسية لتحقيق أهداف السياسة الخارجية بغية التأثير على الدول والجماعات الخارجية بوسائل متعددة تتضمن الإقناع، فضلاً عن وسائل الترهيب والتلاعب.[2320]

كما تُعرف الدبلوماسية وفقًا لإحدى التعاريف الشهيرة، بأنها عملية إدارة العلاقات الدولية عن طريق المفاوضات، وبأنها الأسلوب الذي يستخدمه السفراء والمبعوثون لضبط وتسوية تلك العلاقات،[2321] وهو تعريف يمكننا أن نستشف من خلاله الدور الكبير الذي تلعبه الدبلوماسية على المستوى العالمي، فإذا كانت وظيفتها إدارة العلاقات، فإن غيابها يعني وجود فوضى في هذه العلاقات، وهو أمر يعود بالسلب على حالة الأمن والسلم الدوليين في النظام الدولي ككل.

وتمثل الدبلوماسية علمًا وفنًا في الآن نفسه. إذ إنها تُعتبر علمًا بسبب الخبرات والمعرفة المتعمقة التي تتطلبها لممارستها، والتي تتضمن فهمًا شاملاً لمختلف العلوم ذات الصلة، مثل العلاقات الدولية، القانون الدولي، التاريخ والمزيد. وتعتبر أيضًا فنًا نظرًا للمهارات التي تتطلبها ممارستها، مثل فن التمثيل والتفاوض، بالإضافة إلى الصفات الشخصية المهمة مثل الحكمة والأدب والذكاء والقدرة على الإقناع. يُظهر هذا التصور تقاطعًا بين الجوانب العلمية والفنية للدبلوماسية، ونتيجة لهذا التقاطع، تنقسم دراسات الدبلوماسية إلى فرعين رئيسيين: الدراسات الفنية والدراسات العلمية[2322].

أما بخصوص الدبلوماسية الحضارية؛ فإننا نوثر بداية الحديث عن مفهوم الحرب الحضارية، إذ إننا نرى أن الإلمام بهذا المفهوم الأخير، سيُشكل عاملا أساسا في سبيل التوصل لمفهوم مركز للدبلوماسية الحضارية باعتبارها ضدا ومعاكسا لها، خاصة وأن الدبلوماسية، بجميع أنواعها، تسعى إلى الابتعاد عن الحرب والنأي بعيدا عنها.

إن ظاهرة الحرب الحضارية في سياق العلاقات الدولية تعكس تفاعلات معقدة بين الشعوب والقبائل والأمم والثقافات، وتمتد جذور هذه الظاهرة عميقاً في تاريخ الحضارة البشرية. إذ تشهد السجلات التاريخية تبايناً بين التعاون والتضاد، وقد أظهرت الحضارات القديمة مثل الحضارة العربية الإسلامية تجسيداً لمفاهيم مثل التعايش والتأثير الثقافي. كما يُسجل التاريخ كذلك صراعات ونزاعات ثقافية وحضارية.[2323]

ومادام يعيش في عالم اليوم حضارات متعددة ومتنوعة، كل وخلفيتها الخاصة والأسس التي تنبني عليها، فإن الخوف من اندلاع حرب حضارية يبقى أمرا واردا جدا، خاصة في مجتمع دولي يتبنى الواقعية السياسية، ويسعى للمصلحة والقوة أولا وأخيرا، ولن ترضى أي حضارة فيه أن تتنازل عن قيمها لصالح حضارة أخرى.

في هذا الوقت بالذات ينبثق لنا مفهوم الدبلوماسية الحضارية، ويأتي كحل رئيسي في توجيه بوصلة الحوار بين الحضارات، والنأي بها بعيدا عن كل ما من شأنه خلق التوترات الناجمة عن الاختلافات، وذلك عبر تركيزها على نقطة هامة للغاية، وهي المُشترك الإنساني، وكل ما ترى فيه البشرية شيئا يخصها بأكملها.

إن الدبلوماسية الحضارية تبرز كوسيلة فعّالة للتعامل مع التحديات الدبلوماسية والصراعات الحضارية، ويمكن اعتبارها نهجا يهدف إلى تعزيز التفاهم والتعاون بين مختلف الدبلوماسيات، بما في ذلك الدبلوماسية التقليدية والحديثة، العامة والخاصة. وهي تركز تبعا لذلك على تعزيز المصالح المشتركة بين الأمم والشعوب وتقليل الصراعات والعنف عن طريق تعزيز قيم الحوار والتسامح والتواصل بين الثقافات والديانات المختلفة. كما تُعد بمثابة أداة مهمة للتصدي للتطرف والتشدد والحد من استغلال الدين في

2320 وفاء ياسين نجم، الدبلوماسية وفن التفاوض السياسي، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة البصرة، العراق، ص6.

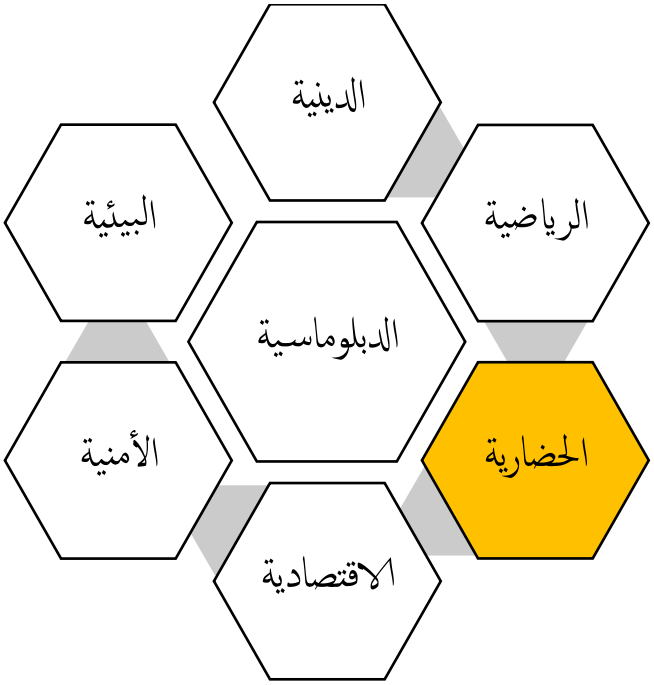
2321 انظر تعريف الدبلوماسية على موقع الموسوعة السياسية على الأنترت: https://political-encyclopedia.org/dictionary/الدبلوماسية

2322 وفاء ياسين نجم، مرجع سابق، ص8.

2323 إجفافلة نور الدين، الحرب الحضارية "محاولة لرصد تاريخ المُصطلح والظروف العامة لانبثاقه"، جامعة الشهيد العربي بن مهيدي، 2014، ص2.

الصراعات السياسية والمصالح الضيقة. وبشكل أساسي، تعكس الدبلوماسية الحضارية الاهتمام بالإنسان وتنقل رسالة تدعو للاهتمام بالعالم والبيئة بشكل شامل بدلاً من التركيز الضيق على المصالح الشخصية.[2324]

وهي نوع من الدبلوماسية، كما أشار لذلك المدير العام لمنظمة العالم الإسلامي للتربية والعلوم والثقافة الدكتور سالم بن محمد المالك، بندو علمية دولية ناقشت هذا المفهوم، لا يأتي بديلاً للدبلوماسية التقليدية، بل يُعتبر تطورًا في ممارسة الدبلوماسية، حيث إنه نوع سلط الضوء على الجوانب الحضارية والثقافية في سياق العلاقات الدبلوماسية. ويعالج هذه النوع الجديد مسائل العمل الإنساني بشكل أكبر بدلاً من التركيز الضيق على المصالح الوطنية، كما يهدف إلى تعزيز التفاهم والتواصل الثقافي على الساحة الدولية.[2325] ليشهد بذلك العالم الإسلامي، بل العالم أجمع، بروز نوع جديد من الدبلوماسية، اسمه الدبلوماسية الحضارية.



المصدر: تم التعديل والتحرير من طرف الكاتب*

ثانيا: أهمية الدبلوماسية الحضارية

خلال معظم فترات القرن العشرين، شهد العالم سلسلة من الأحداث الكبيرة التي شملت اثنتين من أكبر الحروب العالمية في التاريخ، وفترة الحرب الباردة التي نجمت عن تنافس القوتين العظميتين، الاتحاد السوفياتي ممثلا للمُعسكر الشرقي والولايات المُتحدة الأمريكية مُتزعمة لمُقابله الغربي.كل هذه الأحداث أدت إلى تقزيم الدور الذي كان يجدر أن تقوم به الدبلوماسية، لتصبح تبعا لذلك أداة فرعية تستخدم في خدمة أهداف السياسة القومية والأيديولوجية. لكن مع نهاية الحرب الباردة، تم تغيير جذري في المشهد السياسي العالمي، وظهر تحول في النموذج الحضاري العام، الذي أثر بشكل كبير ليس فقط على الكيانات الرئيسية في السياسة العالمية وهي الدول، ولكن أيضا جلب مشاركين جدد إلى الواجهة في مجال العلاقات الدولية،[2326] وأرسى الدبلوماسية كواحدة من الأسس التي تنبني عليها العلاقات الدولية في النظام الدولي الحالي.

2324 صابر مولاي أحمد، السياسة الدولية ومطلب الدبلوماسية الحضارية، مقال رأي منشور على موقع https://strategiecs.com بتاريخ 2022/08/30، تاريخ الاطلاع 2023/10/17.

2325 انظر "ندوة تناقش تقاطعات الدبلوماسية الحضارية"، مقال منشور على جريدة هسبريس الإلكترونية https://www.hespress.com/ندوة-تناقش-تقاطعات-الدبلوماسية-الحضا-1180873.html بتاريخ 3 يونيو 2023، تاريخ الاطلاع 2023/10/17.

* أنواع الدبلوماسية التي جرى إدراجها هي على سبيل المثال فقط لا على سبيل الحصر.

2326 Olawale Ayuba Kolawole, WHY IS DIPLOMACY IMPORTANT IN THE 21ST CENTURY, UNIVERSITY OF LAGOS, FACULTY OF LAW, DEPARTMENT OF INTERNATIONAL LAW & JURISPRUDENCe.

وبالتالي فالدبلوماسية بشكل عام، هي أداة هامة جدا لا محيد عنها في عالمنا اليوم، إذ إنها حاضرة في حالتي السلم والحرب. ففي الأولى يتجلى دورها في تعزيز السلام والمضي به إلى ما هو أحسن، أما في الثانية، وهي حالة الحرب، فدورها يتمثل في تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع، ودفعهما إلى الجلوس على طاولة الحوار، سعيا إلى إنهاء الصراع أو الحد من تطوره على الأقل.

أما بشأن الدبلوماسية الحضارية؛ فلا شك أنها مهمة، ولا ريب أن وجودها في العلاقات بين الفاعلين الدوليين اليوم صارت ضرورة ملحة أكثر من ذي قبل.إنها مهمة لأنها يُفترض أن تعمل على بناء جسور التفاهم بين الشعوب والثقافات الُختلفة، وتُركز على ما يشترك فيه الأفراد لا فيما يختلفون فيه. ففي كافة المجتمعات، يشترك البشر بشكل عام في قيم وأخلاقيات أساسية مشتركة، مثل اعتبار الجريمة شرًا. هذه القيم والأخلاقيات تتجاوز الحدود الثقافية والاجتماعية وتظهر على نحو ملحوظ في مؤسسات حيوية مثل الأسرة. وبصفة عامة، يمتلك معظم الأفراد في المجتمعات البشرية حسًا أخلاقيًا مشتركًا يتعلق بمفاهيم الصواب والخطأ.[2327]

وجود الدبلوماسية الحضارية هام لأنها أيضا تُبعد العالم عن خطر نشوء صدام حضاري، أو ربما حرب حضارية حتى. وذلك راجع إلى كونها عملية ترتكز بالدرجة الأولى على المفاوضات، التي تبقى أمرًا أساسيًا للحفاظ على استقرار العلاقات الدولية. ومنع الحروب والعنف، وتعزيز العلاقات بين الدول والثقافات والحضارات. وبالتالي، وبدون الدبلوماسية الحضارية، ستنهار العديد من القيم، ولن تكون هناك منظمات دولية قادرة على تقريب الفعل الحضاري، وفوق كل شيء ، سيكون العالم في حالة دائمة من من الخوف من الحرب أو في حالة حرب حضارية.[2328]

وجود الدبلوماسية الحضارية هام لأنها تُرسي معالم حوار حضاري أو حوار الحضارات؛ ولفهم مفهوم "حوار الحضارات"، يتعين التعمق أولاً في معاني "الحوار" و"الحضارة". فما يميز الحوار ويميزه عن النقاشات والمفاوضات هو هدفه الأساسي، حيث لا يهدف إلى التأكيد على آراء الفرد أو وجهات نظره فوق الآخرين، ولا دائمًا إلى تحقيق توافق عام. بل هدفه يكمن في تعزيز "التفاهم المتبادل الأعمق حول القيم والأعراف والتجارب التاريخية والواقع الثقافي الذي يكمن وراء الكلمات والأفعال للآخرين"، كما تم التعبير عنه في المؤتمر الدولي حول حوار الحضارات الذي أقيم برعاية الجامعة الأممية واليونسكو في عام 2001. أما بالنسبة لمفهوم "الحضارة"، فإنه يُعرَّف على أنه مجموعة من الأفراد الذين، على مدى فترة طويلة، نموا ثقافة مشتركة. وهذا يشمل هيكلًا فريدًا من القيم والممارسات، ولغة مشتركة، ورؤية متميزة للعالم، مما ينتج عنه وجودًا فريدًا.[2329]

بناء عليه؛ فحوار الحضارات الذي ينتج عن اعتماد الدبلوماسية الحضارية من شأه أن يحمل إمكانيات هائلة للمساهمة في منع النزاعات على جميع المستويات الدولية والوطنية والمحلية، وذلك عن طريق تقليل سوء التفاهم وعدم الثقة، وبناء أسس لحل الخلافات بطرق غير عنيفة. كما لديه إمكانيات ضخمة أيضًا لحل المشكلات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الحالية والمستقبلية من خلال مشاركة التجارب والتنفيذ المشترك للحلول.[2330]

ثالثا: الفاعلون في الدبلوماسية الحضارية

من الناحية اللغوية، يمكن تعريف مصطلح "الفاعل" على أنه الشخص الذي يساهم بفعالية ويقوم بدور مهم. وفي سياق العلاقات الدولية، يُستخدم مصطلح "الفاعل" للإشارة إلى أي جهة أو هيئة أو مجموعة أو حتى فرد لديه القدرة على أداء دور ملموس على الساحة الدولية[2331].

2327 صامويل هنتغتون، صدام الحضارات "إعادة صنع النظام العالمي"، ترجمة طلعت الشايب، الطبعة الثانية، 1999.

2328 Anon, the functions of diplomacy, article published on https://www.e-ir.info/2011/07/20/the-functions-of-diplomacy/, 20 jul 2011, p2.

2329 Dialogue of civilisations, Parliament of Malaysia |Research Unit/HA, January 2011, p3.

2330 Dialogue of Civilizations "Finding Common Approaches to Promoting Peace and Human Development", united nations university, p2.

2331 زياد خلف عبد الله الجبوري، الفاعل الدولي "الفرد" في العلاقات الدولية، مجلة تكريت للعلوم السياسية، العدد 10، المجلد 3، السنة 3، ص2.

وعند النظر في الشكل التقليدي للعلاقات الدولية، نجد أن الدولة كانت الفاعل الوحيد والأساسي فيها، ولم ينته هذا الاحتكار إلا بعد التشعب الذي عرفته هذه العلاقات، وظهور كيانات جديدة صارت لها من الأهمية ما جعلها تدخل هي الأخرى ضمن خانة الفاعلين. وقد نحت الدبلوماسية بشكل عام هي الأخرى المنحى نفسه، فلم تعد الدولة فاعلها الوحيد، بل شارك فعلون آخرون في الفعل الدبلوماسي، بالدرجة أحيانا التي صار دورهم أكثر أهمية من دور الدولة ذاتها.

وإن الأكيد أن الدبلوماسية الحضارية لن تحيد عن هذه القاعدة كما لن تشكل الاستثناء، ونكاد نجزم في هذا السياق أن الفاعلين في هذا النوع الجديد والمُبتكر من الدبلوماسية سيتمثلون في الدولة أولا، المنظمات الدولية ثانيا، فالفرد ثالثا.

أ. الدولة

الدولة كيان سياسي يتميز بقدرته على ممارسة سيادته في إقليم جغرافي محدد، من خلال مؤسسات حكومية دائمة، وتتضمن عناصرها الحكومة، الشعب، الإقليم، وكذا عنصري السيادة والاعتراف. وهو تعريف متفق عليه من قبل أغلب فقهاء القانون الدولي.[2332] وهي عصب هذا الأخير والركن الأساسي فيه.

ولانها كذلك؛ فالدبلوماسية بشكل عام ترتبط ارتباطًا وثيقًا بسياسة الدولة، ويتجلى ذلك من خلال استخدام عبارات مثل **"موقف الدبلوماسية المغربية"** أو **"تسعى الدبلوماسية السعودية إلى"**، والتي يتم فهمها عادةً بأنها تعبر عن موقف المملكة المغربية في قضية معينة أو الجهود التي بذلتها السعودية.

وتعد الدبلوماسية وسيلة تستخدمها الدول للتعبير عن سياستها الخارجية وتنفيذها في مجال العلاقات الدولية. وفي هذا السياق، تمثل الدبلوماسية هيكلًا مركبًا يتكون من عناصر مثل التنظيم، والأسس القانونية، والإجراءات والأساليب التشغيلية، والموظفين، والموارد المالية. يتولى وزير الشؤون الخارجية والوزارة مسؤولية الإشراف على هذا الهيكل. كما يحدد الوزير الافتراضات الأساسية التي تقوم عليها سياسة الدولة الخارجية ويتحمل المسؤولية عن مراقبة وضمان تحقيق الأهداف والمهام القصيرة والطويلة الأجل المستمدة من الافتراضات المعتمدة[2333].

وإن ابتكار نوع جديد من الدبلوماسية يوصف بـ**"الحضارية"**، يجعل من الدولة فاعلا رئيسيا وبارزا فيها بحكم الطبيعة إن شئنا القول، كما أن وجودها ضمن الفاعلين لن يبدو غريبا أو شاذا بقدر ما سيبدو إن كانت مُغيبة. إن الدولة، وعن طريق عنصر السيادة التي يجعلها سيدة نفسها في تصريف أمورها الداخلية والخارجية على حد السواء؛ يجعل من توصيفها فاعلا في هذا النوع من الدبلوماسية خطوة هامة، ليس فقط في مسار تثبيت هذا المفهوم من الناحية النظرية فقط، ولكن في مسار إنجاحه من الناحية العملية التطبيقية أيضا.

ب. المنظمات الدولية

تُمثل المنظمات الدولية أحد الأطراف الرئيسية في ميدان العلاقات الدولية، وهي تلعب دورًا بارزًا بعد الدول في هذا السياق. تُعد هذه المنظمات هيئات تتأسس بالتعاون والاتفاق بين مجموعة من الدول أو الحكومات. وتهدف هذه إلى تعزيز المصالح الوطنية للدول الأعضاء من خلال إبرام اتفاقيات دولية متعددة الأطراف واتخاذ تدابير لمواجهة التهديدات، والتحديات، والمشكلات التي يصعب التعامل معها بفعالية على الصعيدي الوطني[2334].

وإننا لا نجد غرابة مُفترضة قد يجدها القارئ في تضمين المنظمات الدولية كإحدى الفاعلين في الدبلوماسية الحضارية، وذلك نعزوه لسببين؛ الأول هو أن لهذه الكيانات دورا بارزا في حقل العلاقات الدولية بشكل عام، وبالتالي يكون من غير الممكن استثناؤها من أي عملية تفاعل تجري على مستوى هذا الحقل، سواء كان هذا التفاعل سلميا **"الدبلوماسية"** أو غير سلمي **"الحرب"**.

2332 سرور طالبي الملي، القانون الدولي العام، سلسلة المُحاضرات العلمية، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، شباط 2015، ص12.

2333 Klaudia WIZIMIRSKA, THE ART OF DIPLOMACY IN THE CONTEXT OF CONTEMPORARY INTERNATIONAL RELATIONS, JOURNAL OF SCIENCE OF THE MILITARY ACADEMY OF LAND FORCES, Volume 48 Number 4 (182) 2016, p97.

2334 بول ويلكنسون، العلاقات الدولية "مقدمة قصيرة"، ترجمة لبنى عماد تركي، مؤسسة هنداوي، 2013، ص79.

أما السبب الثاني؛ فكيف لا تكون المنظمات الدولية فاعلا في هذا النوع من الدبلوماسية، والطرف الذي قام بالتأصيل لهذا المفهوم هو منظمة دولية إقليمية*، والحديث هنا عن منظمة العالم الإسلامي للتربية والعلوم والثقافة -الإيسيسكو-. ونُشير هنا إلى ما قاله مديرها العام، سالم بن محمد المالك في ندوة نُظمت حول المفهوم الجديد " **إن المنظمة استقت ابتكارها الجديد، مفهوم "الدبلوماسية الحضارية"، الذي تقدمه لأنساق الحضارة العالمية، من منبع التطورات التي تشهدها الدبلوماسية العامة..**"2335.

ج. الفرد

في ميدان العلاقات الدولية، تم تقديم فئة جديدة إلى قائمة الفاعلين من غير الدول، وهي ما يُعرف بـ"الفاعل الدولي الفرد". وهو فاعل يمثل ظاهرة جديدة ما تزال في مرحلة التشكيل. ففي جوهرها، فإنها تتضمن القدرة على أن يصبح شخص أو فرد معين، سواء على الصعيدي الوطني داخل دولة واحدة أو على الصعيدي الدولي فيما يتعلق بالعلاقات بين الدول، قادرًا على أن يصبح شخصية مؤثرة. وذلك بسبب امتلاك هذا الشخص لموارد مالية أو اقتصادية أو إعلامية تمكنه من التأثير ليس فقط داخل بلده، ولكن أيضًا على المستوى الإقليمي أو العالمي2336. وإن تضمين الفاعل الفرد كواحد من الفاعلين في الدبلوماسية الحضارية هو تضمين ضروري، يجد أساسه من التأثير الكبير الذي لعبه عدد من الأفراد من ذوي الشخصيات الكاريزمية على المستوى الدبلوماسي بشكل عام، وما زالوا يلعبونه حتى الآن.

وصحيح أن هذا يثير أسئلة مهمة تتعلق بمعايير اعتبار الفرد فاعلًا إضافة إلى الدول والمنظمات الدولية، والمؤهلات اللازمة لأن يصبح كذلك. وهذا يطرح تساؤلات حول ما إذا كان امتلاك القدرات الاقتصادية والمالية والإعلامية وحده كافيًا لشخص ما ليصبح فاعلا دوليًا، أو ما إذا كانت هناك شروط أخرى يجب أن تُلبى.2337 ومن جانبنا نعتقد أن تولي الفرد مهمة ممارسة فعل الدبلوماسية الحضارية يستدعي منه أن يكون كما قلنا من قبل، شخصية كاريزمية ذات تاثير عال على محيطها المحلي، الإقليمي، والعالمي حتى. شخصية كالمهاتما غاندي أو نيلسون مانديلا على سبيل المثال.

المحور الثاني: الأدوار المُنتظرة للفاعلين في الدبلوماسية الحضارية

سيجري في هذا المحور تقديم الأدوار المُنتظرة للفاعلين في الدبلوماسية الحضارية، والتي جعلناها مُتمثة في إنماء الحوار الحضاري، تتعزيز التعاون الدولي، ثم مكافحة التطرف العنيف. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن هذه الأدوار سنقدمها على سبيل المثال لا الحصر، إذ إن الدبلوماسية الحضارية كمفهوم جديد يُتوقع أن تشمل أدوارها ما يزيد وبكثير عن هذه الأدوار الثلاثة.

أولا: إنماء الحوار الحضاري

إن خلق الحوار الحضاري وتعزيزه هو واحد من أهم الأدوار التي يجب أن يضطلع بها الفاعلون في الدبلوماسية الحضارية، وإن مسار تفعيل هذا النوع الجديد من الدبلوماسية لن يستقيم بدون إجراء حوار شامل بين الجميع. كما أن أهمية هذا الأخير هي

*الإيسيسكو منظمة دولية وإقليمية؛ دولية لأن أعضاءها هم دول، وإقليمية لأن مجال عملها إقليمي وليس عالمي، إذ إن عضويتها ليست مفتوحة أمام جميع دول العالم، ولكنها عضوية مشروطة، وذلك توصف بالإقليمية.

ونشير أيضا إلى أن وصف الإقليمية ليس وصفا جغرافيا فقط، ولكنه يتجاوز ذلك إلى ما هو أشمل كالإقليمية الإيديولوجية على سبيل المثال.

2335 انظر "انطلاق ندوة الإيسيسكو الدولية حول الدبلوماسية الحضارية في جامعة القاضي عياض"، مقال منشور على الموقع الرسمي لمنظمة الإيسيسكو بتاريخ 2 يونيو 2023، https://icesco.org/ar/2023/06/02/انطلاق-ندوة-الإيسيسكو-الدولية-حول-الد/.

2336 أكرم حسام، الفاعل الفرد فاعلا جديدا في العلاقات الدولية، مقال منشور على موقع مجلس السياسة الدولية على الأنترنت بتاريخ 2011/12/28، https://www.siyassa.org.eg/News/1843.aspx.

2337 المرجع السابق.

أهمية بالغة؛ سبق وأبرزها الأمين العام الأسبق للأمم المُتحدة كوفي عنان في مقولته "..**إن الحواريمكن أن ينتصر على الخلاف، وإن التنوع فضيلة عالمية ، وإن سكان العالم متحدون في المصير المشترك أكثر من اختلافهم بهوياتهم المتباينة**"[2338].

وإن هذا الدور المُنتظر للدبلوماسية الحضارية، يجب أن ينطلق من مسلمات رئيسية لدى فاعليها، ينطلقون فيها من أن الاختلاف هو موجود، كما أنه كواقع يجب في مسار تنزيل الدبلوماسية الحضارية أن لا ينقلب خلافا. إذ لا شك أن الحفاظ على التنوع يعتبر أمراً ضرورياً لضمان استدامة الحوار والتفاعل بين مجموعة متنوعة من الأفكار والرؤى. فالحوار، بشكل جوهري، ينبعث من الاختلاف والتنوع، حين يكون هناك تباين في وجهات النظر والأفكار. وبناءً على هذا الأساس، فإن الاعتراف بالاختلاف كظاهرة إنسانية موجودة في الواقع المعاش يعزز عملية الحوار.[2339]

وإن أخذنا منظمة العالم الإسلامي للتربية والعلوم والثقافة -إيسيسكو-، بصفتها أحد الفاعلين الرئيسيين في الدبلوماسية الحضارية كنموذج؛ فسنجد أنها استبقت الفعل قبل التنظير. ودعت إلى تعزيز الحوار الحضاري منذ أزيد من 22 عاما. إذ إنها عقدت ، ندوة دولية في الرباط أيام 10 ، 11 ، 12 يوليو 2001 حول موضوع "الحوار بين الحضارات في عالم متغيّر"، ومن بين المبادئ التي خلصت إليها هذه الندوة وجرى إقرارها في بيانها الختامي، أن "**الحوار بين الحضارات، يُسهم، بدرجة كبيرة، في التقارب بين الشعوب والأمم، وفي إزالة الحواجز المتراكمة من سوء الفهم المتبادل ومن الأفكار المسبقة القائمة على أسس غير صحيحة والتي تختزنها الذاكرة الشعبية لثقافة شعب من الشعوب عن ثقافة شعب آخر، مما يجعل من مواصلة الحوار وتوسيع دائرته**".

من المبادئ الهامة كذلك كان أن " **يقوم الحوار بين الحضارات والثقافات على قاعدة الإحترام المتبادل بين المنتسبين لهذه الثقافات والمنتمين لهذه الحضارات جميعاً، ويحمي مبادئ الحق والعدل والإنصاف ، ويكون دافعاً مساعداً لمساعي المجتمع الدولي من أجل تعميق التسامح واستتباب الأمن والسلام والتعايش الثقافي والحضاري الشامل بين البشر**".[2340]

كما أنه يوجد بالهيكلة التنظيمية للإيسيسكو مركز تدخل وظائفه في هذا المجال بشكل مباشر، اسمه مركز الحوار الحضاري، وهو "**يهدف إلى التسوية السلمية للصراعات، وتخفيف حدة التوترات بين الثقافات، وتعزيز الحوار وتيسيره، والمساهمة في البحث الأكاديمي، و إثراء النقاش العام بشأن السلام الدولي**".[2341]

إننا نرى منم جانبنا أن تعزيز الحوار الحضاري كواحد من أدوار الدبلوماسية الحضارية هو دور قائم بالفعل، ولعل المثال السابق خير دليل. إلا أن ربطه الصريح بهذا النوع من الدبلوماسية، من شأنه توسيع رقعته أكثر بما يخدم حضارت العالم جميعها، وبما يسهل ترسيخ ثقافة العيش المُشترك.

ثانيا: تعزيز التعاون الدولي

يعد التعاون أمرًا أساسيًا في حقل العلاقات الدولية، حيث يشير إلى الجهود المشتركة بين الدول أو الأطراف المعنية بهدف تحقيق مصالح مُتبادلة. هذه المصالح تشمل تعزيز الأمن والسلم الدوليين ومواجهة التحديات السياسية والاجتماعية والاقتصادية

2338 مقولة لكوفي عنان، الأمين العام الأسبق لمنظمة الأمم المتحدة في الفترة ما بين 1997-2006، انظر الموقع الرسمي للأمم المتحدة https://www.un.org/ar/122265

2339 محمد سيف الإسلام بوفلاقة، حوار الحضارات في منظور الثقافة الإسلامية "الأسس والقواعد"، مجلة مقاربات فلسفية، المجلد 8، العدد 1، جامعة عنابة، الجزائر، 2001، ص97.

2340 "الحوار بين الحضارات في عالم مُتغير"، البيان الختامي لندوة دولية نظمتها منظمة الإيسيسكو أيام 10، 11، 12 بالرباط، انظر النص الكامل للبيان https://www.siironline.org/alabwab/josoor/006.html

2341 أنظر الورقة التعريفية لمركز الحاور الحضاري على الصفحة الرسمية لمنظمة العالم الإسلامي للتربية والعلوم والثقافة -إيسيسكو- على الإنترنت https://icesco.org/ar/areas_of_expertise/center-for-civilizational-dialogue/

والأمنية2342. وبالتالي فالحاجة إلى تنمية التعاون الدولي اليوم هي أمس وأشد؛ في عالم تتصاعد فيه التهديدات والمخاطر العالمية المُتعاقبة، وتعيش فيه شعوبه صعوبات في التكيف مع تغير سريع ومفاجئ من الصعب مواكبته.

وإن التعاون الدولي والعمل على تنميته هو شغل أصيل للدبلوماسية، وهو واحد من أهم الأدوار التي تسعى إليها بشكل عام، وهما واحدان من المفاهيم المرتبطة ببعضها ارتباطا وثيقا في أدبيات العلاقات الدولية. فذكر واحدة يستدعي بالضرورة الإشارة إلى الأخرى، وهذا يبرز مكانة الوظيفة الدبلوماسية في الرقي بسلم التعاون على المستوى العالمي.

وبالتالي فإن حديثنا عن الأدوار المُحتملة للفاعلين في الدبلوماسية الحضارية يجب أن لا يستثني هذا الدور الهام، بل يجب أن يؤكد عليه باعتباره واحدا من أدوارهم الرئيسية التي يُتوقع أن يضطلعوا بها، وواحدا كذلك من النقاط والأهداف الرئيسية التي يجب أن تنكب على تحقيقها الدبلوماسية الحضارية، فوجود دبلوماسية تجمع الحضارات سيؤدي من دون أدنى شك إلى وجود تعاون بينها.

كما أن تطبيق الدبلوماسية الحضارية عن طريق إجراء حوار وتواصل؛ من شأنه أن يعزز التعاون الدولي بما يخدم الصالح العام للبشرية، فالقواسم المُشتركة بين الشعوب كثيرة، وبالرغم من اختلاف الثقافات والسياسات، إلا أن الجميع يعيش على نفس الكوكب ويتقاسم نفس المصير، خاصة مع التأثير الذي أحدثته العولمة على العالم والذي صار أقرب إلى قرية صغيرة.2343

غير أنه ما يجب الإشارة إليه هو أن وجود درجة معينة من التعاون بين أطراف العلاقات الدولية في زمن محدد لا يعكس بالضرورة استمرار تلك الدرجة إلى الأبد، وينطبق الأمر نفسه على الصراع والعداء والتصادم. فيمكن أن يتحول الأعداء السابقون إلى أصدقاء في الوقت الحالي، وقد يتغير السياق بحيث يصبح الأصدقاء اليوم أعداء في المستقبل.. وهكذا.2344 وبالتالي فإن تحقيق توافق حضاري عن طريق الدبلوماسية الحضارية سيجعل من حالة التعاون بين الدولة حالة طبيعية ومستمرة، خاصة ن استثمار القيم والمبادئ المشتركة هي قاعدة قوية للتفاهم المتبادل والتعاون المستدام.

ثالثا: مكافحة التطرف العنيف

يُشكل التطرف العنيف تحديًا جديا وشاملا يتجاوز الحدود الوطنية، ولا يقتصر على جنس أو عرق أو دين أو إيديولوجية أو جنس محدد. ولذلك، يجب على الحكومات والمنظمات الدولية والإقليمية والمجتمع المدني التعاون بفعالية وفقًا للمبدأ الذي ينص على عدم ربط التطرف العنيف بأي دين أو ثقافة أو عرف أو إثنية، وذلك بهدف مواجهة هذه الظاهرة الخطيرة والحد من انتشارها2345.

المنحى نفسه ذهب فيه المدير العام لمنظمة العالم الإسلامي للتربية والعلوم والثاقفة -إيسيسكو- حين أشار في إحدى مداخلاته أن ظاهرة التطرف العنيف لا تنشأ من فراغ، بل لها أسباب متعددة، وأن مواجهتها تتطلب التركيز على القضاء على مسبباتها. مُشددا على أن التطرف لا يقتصر على عقائد دينية أو مناطق محددة.2346

واعتبارا لأهمية هذه الظاهرة وشدة خطورتها العالية؛ أقرت الجمعية العامة، وفقًا لقرارها رقم 77/243 بتاريخ 12 فبراير، يومًا دوليًا مخصصًا لمنع التطرف العنيف الذي يتسبب في الإرهاب. وهو قرار يهدِف إلى نشر الوعي حول التهديدات المرتبطة بالتطرف العنيف الذي يؤدي إلى الإرهاب، وتعزيز التعاون الدولي لمكافحته. كما يبرز أيضًا المسؤولية الرئيسية للدول الأعضاء ومؤسساتها

2342 رتيبة برد، الظاهرة التعاونية في العلاقات الدولية "نظرة على أبعادها الإقليمية وعبر الإقليمية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد السادس، 2022، ص1.

2343 نورة العوبد، التواصل الحضاري من منظور إسلامي، سلسلة التواصل الحضاري، الطبعة الأولى، الرياض، 2021، ص9.

2344 صدقة بن يحيى فاضل، الاختلاف والخلاف بين الحضارات، مقال منشور بمجلة آراء حول الخليج الإلكترونية، بتاريخ 10 غشت 2006، تاريخ الاطلاع 2023/11/16، الرابط https://araa.sa/index.php?view=article&id=3050:2014-08-07-13-41-32&Itemid=172&option=com_content

2345 ما بين المشاركة في التطرف العنيف ومنعه "اعتبارات النوع الاجتماعي"، تقرير صادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، العراق، أكتوبر 2022، ص1.

2346 من كلمة المدير العام لمنظمة الإيسيسكو سالم بن محمد المالك خلال الجلسة الافتتاحية للمؤتمر الدولي حول التطرف العنيف الذي عقدته المنظمة بمقرها بالرباط في 14 نونبر 2023، انظر https://icesco.org/ar/2023/11/14/انطلاق-أعمال-المؤتمر-الدولي-حول-مكافح/

الوطنية في التصدي للإرهاب، مع التأكيد على أهمية تعاون المنظمات الحكومية الدولية والمجتمع المدني والأكاديميين والزعماء الدينيين ووسائط الإعلام لمواجهة التطرف العنيف والوقاية من تحوله إلى أعمال إرهابية2347.

وبالتالي وبشكل عام؛ يعتبر العمل الدبلوماسي واحدا من الأدوات الهامة التي تلعب دورا في مكافحة التطرف العنيف، خاصة في عصر لم تعد فيه هذه الظاهرة مرتبطة بمجال جغرافي محدد، بل اتسعت وأصبحت منتشرة في العالم بأكمله، ما يستدعي ترسيخ تواصل وتعاون مُشتركيين ودائميين عبر مختلف القنوات الدبلوماسية للعمل الجماعي نحو مكافحة الظاهرة والقضاء عليها.

أما بشكل خاص؛ فالدبلوماسية الحضارية كمفهوم جديد يُتوقع أن يكون من أدوارها الرئيسية التي ستُجرى عبر فاعليها الرئيسيين، العمل على مكافحة التطرف العنيف، والحرص على بناء تراكمات معرفية وتواصلية تعمل على الوقاية من آثاره ومن تغلغله في الفكر الجماعي، كما أن هذا النوع الجديد من الدبلوماسية، يُفترض أن يكون فعالا أكثر في مواجهة هذه الظاهرة، لأنه ينطلق من أرضية تحاول الجمع بين الحضارات ودفعها نحو حوار بناء، ولا يسعى فقط لإجراء تواصل بين دول أو جماعات معينة.

خاتمة

خلُصنا في نهاية هذه الورقة البحثية إلى أن الدبلوماسية الحضارية ستبرُز كوسيلة فعّالة للتعامل مع التحديات الدبلوماسية والصراعات الحضارية، وستعتبر تطورًا هامًا في مجال ممارسة الدبلوماسية. كنهج يركز على تعزيز التفاهم والتعاون بين مختلف الدبلوماسيات، سواء القديمة أم الحديثة، وسواء كانت عامة أم خاصة. وكنهج كذلك سيهدف إلى تعزيز المصالح المشتركة بين الأمم وتقليل الصراعات والعنف عبر تعزيز قيم الحوار والتسامح والتواصل بين الثقافات والأديان المختلفة.

ووجدنا أن أحد الأدوار المُفترضة الرئيسية للفاعلين في الدبلوماسية الحضارية كانت القدرة على خلق وتعزيز الحوار الحضاري، وهو دور يستند إلى ضرورة إجراء حوار شامل بين جميع الأطراف المعنية. كما يتطلب نجاح هذا النوع الجديد من الدبلوماسية الاعتراف بأن الاختلاف ليس فقط واقع وجودي، بل هو ضرورة أساسية. ويجب بناء عليه أن ينبعث الحوار من هذا التنوع، حيث يسهم التباين في وجهات النظر والأفكار في تعزيز فعالية الحوار وتعميق التفاعل بين الثقافات المتنوعة.

والبتالي فيتوجب التأكيد على أهمية دور تعزيز الحوار الحضاري كإحدى المسؤوليات الرئيسية للفاعلين في الدبلوماسية الحضارية. إذ يشكل هذا الدور نقطة حاسمة في سعيهم لتحقيق أهداف هذا النوع من الدبلوماسية. بفضل وجود دبلوماسية تجمع الحضارات، يمكن عبرها تعزيز التعاون بين الثقافات المتنوعة، مما يسهم بشكل فعّال في تعزيز التعاون الدولي لخدمة الصالح العام، وتوجيه الدبلوماسية الحضارية من خلال إجراء حوار فعّال وتواصل بناء يسهم في تعميق التفاهم وتقوية العلاقات الدولية، وذلك في سياق العولمة الذي قرب العالم وجعله قرية صغيرة يشترك سكانها في مصير واحد.

من جانب آخر، خلُصنا إلى أن الفاعلين في الدبلوماسية الحضارية يمكن أن يكون لهم دور بارز في استخدامها كأداة حيوية في مكافحة التطرف العنيف في العصر الحالي، حيث أصبحت هذه الظاهرة تتجاوز الحدود الجغرافية وتشكل تحديًا عالميًا يتطلب تعاونًا دبلوماسيًا فعّالًا. وبالتالي يجب أن يركز الفاعلون في الدبلوماسية الحضارية، كمفهوم جديد، على دورهم الرئيسي في مكافحة التطرف العنيف من خلال بناء تراكمات معرفية وتواصلية. خاصة وأن يعتبر هذا النوع الجديد من الدبلوماسية يمكن أن يكون أكثر فعالية في التصدي للتحديات الناجمة عن التطرف، كونه يسعى إلى تحقيق فهم أعمق للثقافات المختلفة وتعزيز التواصل البناء بينها.

2347 انظر https://www.un.org/ar/observances/prevention-extremism-when-conducive-terrorism-day#:~:text=أعلنت%20الجمعية%20العامة،%20بموجب%20قرارها،التعاون%20الدولي%20في%20هذا%20الصدد.

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com

مجلس الأمن والقانون الدولي الإنساني: آليات وإكراهات التطبيق

Security Council and International Humanitarian Law : Mechanisms and Constraints of Application

الباحث: أيوب برمي

باحث بسلك الدكتوراه جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال - الرباط

ملخص:

يهدف القانون الدولي الإنساني إلى تنظيم النزاعات المسلحة بحيث يتم الحفاظ على حقوق الأفراد مثل الجرحى والمرضى والمدنيين وأسرى الحرب، مع التمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية، ويعنى مجلس الأمن الدولي، وفقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، بتطبيق هذا القانون عبر آليات متعددة مثل التدابير المؤقتة واستخدام القوة العسكرية لحفظ السلم والأمن الدولي. رغم ذلك، يواجه المجلس صعوبات في تطبيق هذه الآليات بفعالية بسبب غموض بعض المبادئ وضعف التنسيق بين الدول المتنازعة، فضلاً عن استخدام حق "الفيتو" من طرف الدول الكبرى مما يعطل بعض القرارات. ناهيك عن كون المساءلة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني تبقى محدودة، حيث أن الدول الكبرى تهيمن على قرارات مجلس الأمن مما يعرقل اتخاذ إجراءات حاسمة ضد منتهكي القانون. وقد حاول المجلس في حالات معينة إحالة قضايا إلى المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية، لكن هذه الإجراءات لم تكن فعالة بشكل كاف.

الكلمات المفاتيح:

القانون الدولي الإنساني- مجلس الأمن الدولي - النزاعات المسلحة - ميثاق الأمم المتحدة – القوة – التدابير المؤقتة -

Abstract:

International humanitarian law aims to regulate armed conflicts in a way that protects the rights of individuals such as the wounded, sick, civilians, and prisoners of war, distinguishing between civilian and military targets. The United Nations Security Council, under Chapter VII of the UN Charter, is responsible for implementing this law through various mechanisms, such as temporary measures and the use of military force to maintain international peace and security. However, the Council faces challenges in effectively applying these mechanisms due to ambiguities in certain principles, weak coordination between conflicting states, and the use of the veto power by major countries, which obstructs some decisions. Furthermore, accountability for violations of international humanitarian law remains limited, as major powers dominate Security Council decisions, hindering decisive actions against violators. In some cases, the Council has attempted to refer cases to the International Criminal Court for the prosecution of international criminals, but these measures have not been sufficiently effective.

مقدمة

يهدف القانون الدولي الإنساني إلى تأطير النزاعات المسلحة بشكل يفضي إلى أنسنتها، من خلال معاملة الجرحى والمرضى والمنكوبين وأسرى الحرب والمدنيين معاملة إنسانية، فضلا عن ضرورة التمييز بين كل ما هو مدني و كل ما هو عسكري أثناء النزاعات المسلحة، وأن انتهاك هذه القواعد يشكل خرقا لقواعد القانون الدولي الإنساني[2348].

وفي هذا الإطار، ينوب مجلس الأمن الدولي عن المجتمع الدولي في آليات تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني، التي يمارس من خلالها سلطات واسعة من أجل إعادة السلم والأمن بناءا على الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حيث شهدت السنوات القليلة الماضية زيادة في تركيز مجلس الأمن على القانون الدولي الإنساني.

وخلال احتفالات عام 2019 بالذكرى السبعين لاتفاقيات جنيف لعام 1949، اعتمد مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بشكل خاص قرارات بشأن الأشخاص المفقودين في النزاعات المسلحة، وكذلك بشأن حالة الأشخاص ذوي الإعاقة في النزاعات المسلحة وحالات الطوارئ الإنسانية[2349].

ومع ذلك، وخلافا للقضايا الأخرى التي يتدخل فيها مجلس الأمن، يظهر الواقع أنه، لم يعطي الأهمية للمساءلة الجنائية الفردية، وعدم وجوده في ممارسة مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة فيما يتعلق بالقانون الدولي الإنساني.

تهدف هذه الدراسة إلى إجراء تقييم لكيفية تعامل مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة مع القانون الدولي الإنساني من خلال بعض الاختصاصات المسندة إليه في هذا الأمر، ثم تبيان الإكراهات التي يواجهها مجلس الأمن الدولي في تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة.

المحور الأول: آليات مجلس الأمن الدولي في تطبيق القانون الدولي الإنساني

يستعمل مجلس الأمن الدولي التابع لمنظمة الأمم المتحدة آليات في تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني، لاسيما في الأمر الذي يتعلق بالنزاعات المسلحة، وعلى هذا الأساس، تقع على مجلس الأمن المهمة الرئيسية في مجال تسوية المنازعات بالطرق السلمية أو اتخاذ العقوبات غير العسكرية والعسكرية، وقد نظم هذا الاختصاص بالفصلين السادس والسابع من الميثاق، وهذه النزاعات يكون من شأن استمرارها تعريض السلم والأمن الدوليين للخطر[2350].

إن فمجلس الأمن الدولي هو المسؤول الأول عن حفظ السلم والأمن الدوليين، وقد أشارت إلى ذلك المادة 24 من ميثاق الأمم المتحدة[2351] حيث نصت على أنه "رغبة في أن يكون العمل الذي تقوم به الأمم المتحدة سريعاً وفعالا، يعهد أعضاء تلك الهيئة بالتبعات الرئيسية في أمر حفظ السلم والأمن الدوليين ويوافقون على أن هذا المجلس يعمل غائبا عنهم في قيامه بواجباته التي تفرضها عليه هذه التبعات"[2352].

أولا: تدخل مجلس الأمن بمفهوم الأمن الجماعي لحفظ السلم والأمن الدوليين

إن المهمة الأساسية التي ألقيت على مجلس الأمن الدولي هي النظر في مسائل حفظ السلم والأمن الدوليين، إلى جانب كون القرارات السياسية الهامة التي تتخذ في نطاق الأمم المتحدة يشارك فيها مجلس الأمن[2353]. والتي يمارسها المجلس –الاختصاصات-

---

2348 الحسان بوقنطار، المغرب والقانون الدولي، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، السنة 2021، ص 153.

2349 Observing Seventieth Anniversary of Geneva Conventions, Security Council Issues Presidential Statement Reaffirming Their Fundamental Importance.
https://press.un.org/en/2019/sc13922.doc.htm

2350 إبراهيم أحمد شلبي، التنظيم الدولي النظرية العامة والأمم المتحدة، الدار الجامعية، القاهرة، 1986، ص312.

2351 محمد الهزاط، نظرية المنظمات الدولية، مطبعة وراقة سجلماسة، مكناس، الطبعة 2015، ص81.

2352 المادة 24 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.

2353 جعفر عبد السلام، المنظمات الدولية: دراسة فقهية وتأصيلية للنظرية العامة للتنظيم الدولي وللأمم المتحدة والوكالات المتخصصة والمنظمات الإقليمية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 6، السنة 1990، ص 391.

استنادا إلى ميثاق الأمم المتحدة، وعلى وجه التحديد الاختصاصات التي تتصل بالسلم والأمن الدوليين[2354]، حيث يتخذ فيها التدابير اللازمة لحفظ الأمن الجماعي، ولأجل ذلك، يلجأ مجلس الأمن في هذه الحالة إلى اتخاذ ما يراه ملائما من تدابير القسر والقمع التي تتمثل في التدابير التالية:

1- الإعمال بالتدابير المؤقتة:

تعد التدابير المؤقتة من الإجراءات الأولى التي يعمل بها المجلس بناء على الفصل السابع، حيث نصت المادة 40 من الميثاق التي تضمنت دعوة مجلس الأمن الأطراف المتنازعة للأخذ بما تراه ضروريا أو مستحسنا من تدابير مؤقتة منعا لتفاقم الموقف وذلك قبل أن يقدم توصياته أو يتخذ التدابير المنصوص عليها في المادة 39[2355]، ومما يعتبره مجلس الأمن تدابير مؤقتة سحب الدول المتنازعة قواتها إلى مسافات محددة خلف حدودها وإنشاء منطقة منزوعة السلاح لمنع الدخول وتبادل إطلاق نار بين الطرفين[2356].

ويقصد هنا بالتدابير المؤقتة كل إجراء من شأنه الحيلولة دون تفاقم الوضع ويشترط في اتخاذها عدم الإخلال بحقوق المتنازعين أو التأثير على مطالبهم مثل الأمر بوقف إطلاق النار والذي قد تم فعليا في مجموعة من الحالات، كحالة النزاع بين إيران والعراق سنة 1980. وكذا الأمر بوقف الأعمال العسكرية، والأمر بوقف الهجوم المسلح الذي شن على غينيا سنة 1970، ونستحضر كذلك قرار مجلس الأمن بشأن غزة[2357] الذي يطالب بوقف لإطلاق النار بين إسرائيل وحماس في غزة خلال شهر رمضان من عام 2024[2358]، وفي الحقيقة، إن هذه التدابير تختلف بحجم ومستوى النزاع المطروح، وبالتالي فهي كثيرة ويصعب حصرها، وتجدر الإشارة إلى أن هذه التدابير لم يتم توضيحها وتفصيلها في منطوق المادة 40 من الميثاق.

وعليه، إن عملية اتخاذ التدابير المؤقتة تساهم إلى حد كبير في تطويق النزاع، خاصة في الحالات التي يتم فيها إطلاق النار بين المتنازعين في انتظار اتخاذ التدابير الزجرية.

2- الإعمال بالتدابير التي تتطلب استخدام القوة:

في هذا الإطار، يمكن لمجلس الأمن أن يستخدم التدابير المنصوص عليها في المادة 42 من الميثاق التي تقر على أنه "وفي حالة اتضح لمجلس الأمن أن التدابير المنصوص عليها في المادة 41 لا تفي بالغرض أجازت له هذه المادة أن يقرر استخدام القوات الجوية أو البحرية أو البرية التابعة لأعضاء الأمم المتحدة للقيام بما يلزم من أعمال لحفظ السلم والأمن الدولي أو لإعادته إلى نصابه"[2359].

أما فيما يخص تنفيذ التدابير التي تتطلب استخدام القوة، فإنه يتعين بموجب المادة 43 [2360] بأن تضع الدول تحت تصرف مجلس القوات المسلحة والمساعدات والتسهيلات اللازمة طبقا لاتفاقات تبرمها مع مجلس الأمن وتصادق عليها، تتضمن عدد هذه القوات وأنواعها ومدى استعدادها وأماكنها، كما أنه يتم إلزام الدول بضرورة التوفر على وحدات جوية مؤهلة يمكن

2354 يمارس مجلس الأمن في هذا الإطار مجموعة من الاختصاصات الأخرى منها:
- رسم خطط لإنشاء نظام يكفل تنظيم التسلح؛
- دعوة الأعضاء إلى توقيع عقوبات اقتصادية؛
- اتخاذ إجراءات إعلان الحرب لمنع وقوع العدوان؛
- القيام بمهام الوصاية على المناطق الاستراتيجية باسم الأمم المتحدة؛

2355 عبد الواحد الناصر، المؤسسات الدولية: مدخل لدراسة مؤسسات العلاقات الدولية، مطبعة ساليما كراف، السنة 1994، ص168.

2356 عبد الستار الكعبي، الفصل السابع وسلطة مجلس الأمن الدولي عرض وتحليل، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.kitabat.com بتاريخ 2013/7/18، ص 2.

2357 اعتمد مجلس الأمن الدولي القرار رقم 2728 بتاريخ 25 مارس 2024، الذي يطالب بوقف فوري لإطلاق النار خلال شهر رمضان بالإفراج الفوري وغير المشروط عن جميع الرهائن، متوفر بموقع الأمم المتحدة www.news.un.org تاريخ الزيارة 12 ماي 2024، 14:25.

2358 مجلس الأمن يعتمد قرارا يطالب بوقف فوري لإطلاق النار بغزة في رمضان تحترمه الأطراف ويؤدي لوقف ثابت ومستدام.
- قرار مجلس الأمن يطالب بالإفراج الفوري وغير المشروط عن جميع الرهائن وضمان وصول المساعدات الإنسانية.
- قرار مجلس الأمن يطالب الطرفين بالامتثال لالتزاماتهما بموجب القانون الدولي بشأن جميع الأشخاص المحتجزين.

2359 المادتين 41 و42 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.

2360 المادة 43 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.

استخدامها فورا لأعمال القمع الدولية المشتركة. بالنسبة لقيادة هذه القوات، وحسب المادة 46[2361] من الميثاق فهي تنص على أن "الخطط اللازمة لاستخدام القوة المسلحة يضعها مجلس الأمن بمساعدة لجنة أركان الحرب"، هذه الأخيرة التي تتشكل من رؤساء أركان الحرب للأعضاء الدائمين في مجلس الأمن أو من يقوم مقامهم، كما يحق لها إنشاء لجان فرعية وإقليمية بعد التشاور مع الوكالات الإقليمية صاحبة الشأن.

وجدير بالذكر أنه وبدعوى حفظ السلم والأمن الدوليين، طبقا لمقتضيات الباب السابع من ميثاق الأمم المتحدة، كان مجلس الأمن أصدر قرارات عديدة بعد نهاية الحرب الباردة تضمنت فرض التزامات ذات طبيعة قانونية تتخطى دائرة الشرعية الدولية المفترضة بمقتضى ميثاق الامم المتحدة، ولا تتناسب مع المشروعية الدولية التي تضمنها قواعد القانون الدولي العام[2362]. وبالرغم من إقرار هذه الأحكام الواردة في الميثاق والمتعلقة خصوصا بلجنة أركان الحرب، لم يتم تنفيذها حتى الآن حيث تم تجميد هذه الأخيرة بسبب الخلاف بين كل من الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفييتي – سابقا- خلال مرحلة الحرب الباردة، وهي الفترة التي تميزت باستعمال حق الفيتو بكثرة من طرف القوتين العظمتين، مما ترتب عنه تجميد مجموعة من القرارات المتعلقة بالسلم الدولي، وبالتالي يصعب تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني من طرف مجلس الأمن بسبب حق الفيتو.

بالإضافة إلى ذلك، في غالب الأحيان، لا تأخذ قرارات مجلس الأمن بمحمل الجد من قبل الدول المعنية، لذلك، مثلا إسرائيل لم ينفذ ضدها أي قرار بشأن أعمالها العدائية في فلسطين، ما يؤكد غياب إرادة حقيقية لردعها ومساءلتها. بالرغم عن إعلان مجلس الأمن عن بطلان التدابير[2363] التي تتخذها الحكومات الإسرائيلية المتمثلة في بناء المستوطنات التي ليست لها شرعية، وأكد على تطبيق اتفاقية جنيف الأربع لعام 1949 على الأرض الفلسطينية المحتلة.

ثانيا: آلية تحريك الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية

قبل تأسيس المحكمة الجنائية الدولية، حاول مجلس الأمن العديد من المرات التصدي للجرائم المخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني، من خلال إصدار قرار رقم 808 في عام 1993 من أجل إنشاء محكمة دولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الخطيرة التي ارتكبت في إقليم يوغسلافيا في عام 1991، وبعده أصدر قرارا آخرا عام 1994 بشأن إنشاء محكمة خاصة لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن أعمال الإبادة الجنس والانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني في رواندا[2364].

لذلك، لقد ساهمت القرارات التي يصدرها مجلس الأمن الدولي في توسيع نطاق الممارسة التشريعية، بالإضافة إلى ذلك، وسعت هذه الممارسة لتشمل مجالات أخرى كالتدخل في العلاقات القائمة في دولتين مستقلتين أو محاكمة مواطني دول مستقلة ذات سيادة بواسطة المحكمة الجنائية الدولية بدعوى ارتكاب جرائم الحرب، وعلى سبيل المثال ولا الحصر، القرار الذي أصدره مجلس الأمن الدولي عام 2005 تحت رقم 1593 المتعلق بجرائم الحرب[2365] في دارفور[2366].

وحسب منطوق المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لقد حددت الجهات[2367] التي تقوم بتحريك الدعوى على أنظارها، من ضمنها مجلس الأمن الدولي حيث منحت له هذه المادة حق الاحالة على المحكمة، خاصة في أي قضية يبدو أنها جريمة تدخل ضمن الاختصاص النوعي للمحكمة الجنائية الدولية وفق أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

2361 المادة 46 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.

2362 عبد الواحد الناصر، الحياة القانونية الدولية: مخل لفهم اتجاهات التطور وإشكاليات التطبيق في القانون الدولي العام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2011، ص122.

2363 قضية فلسطين ومجلس الأمن، منشور متوفر بموقع الأمم المتحدة www.un.org تاريخ الزيارة 2024/05/06 على الساعة 15:10.

2364 الحسن بوقنطار، مرجع سابق، ص 187و188.

2365 هذا القرار أتاح للمحكمة الجنائية الدولية ملاحقة حوالي مائة من المسؤولين عن عمليات القتل والاغتصاب والنهب التي اجتاحت إقليم دارفور خلال ما يقارب سنتين من القتال بين المتمردين المحليين من جهة والحكومة والميليشيات لها من جهة أخرى.

2366 عبد الواحد الناصر، الحياة القانونية الدولية: مخل لفهم اتجاهات التطور وإشكاليات التطبيق في القانون الدولي العام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2011، ص136.

2367 لقد حاولت عدة دول بجعل المحكمة الجنائية ذات سلطة عالمية وذلك خلال المفاوضات التي جرت حول نظام روما الأساسي. وتم التوصل إلى تفاهم يقضي بممارسة المحكمة لسلطتها فقط ضمن الظروف المحدودة التالية:

والجدير بالذكر، أن المحكمة الجنائية الدولية تقبل فقط الحالات التي تقع ضمن الحدود الجغرافية للدول الأطراف في القانون الأساسي أو الدول التي وقعت اتفاقيات خاصة مع المحكمة إلا أن مجلس الأمن يتمتع بسلطة الإحالة، أيا كان مكان ارتكاب الجريمة أو جنسية الجناة فيها، أي سواء كانت الجريمة قد ارتكبت في إقليم دولة طرف في النظام الأساسي للمحكمة أو من أحد مواطني هذه الدولة أو كانت قد ارتكبت في إقليم دولة ليست طرفا[2368].

ففي هذه الحالة، يمتد الاختصاص المكاني للمحكمة الجنائية الدولية إلى أقاليم الدول غير الأطراف في النظام الأساسي، وبغض النظر عن قبول تلك الدول لاختصاص المحكمة. ويختلف نطاق السلطة المخولة لمجلس الأمن في هذا الشأن عن السلطة المخولة للدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة، والتي تقتصر على الجرائم المرتكبة في إقليم دولة طرف[2369].

وهكذا، عند إحالة مجلس الأمن لقضية أو حالة معينة إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، متصرفا وفقا للفصل السابع، فإن المحكمة لا تتقيد بالشروط المذكورة في المادة الثانية عشرة من نظامها الأساسي، وهي ارتكاب الجريمة على إقليم دولة طرف أو بواسطة أحد مواطنيها، استنادا إلى المادة 12 من البند الثاني من النظام الأساسي للمحكمة، والذي ينص على أنه "في حالة الفقرة الأولى أو الثالثة من المادة 13 "يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إذا كانت واحدة أو أكثر من الدول التالية طرفا في هذا النظام الأساسي أو قبلت باختصاص المحكمة وفقا للفقرة الثالثة"، فهذا النص يحدد الاختصاص المكاني للمحكمة، مقررا اقتصار ممارسة المحكمة لاختصاصها على الجرائم المرتكبة في إقليم دولة طرف في النظام الأساسي أو على الأقل قبلت ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث، وذلك إذا كانت الإحالة إلى المحكمة من قبل دولة طرف أو كان المدعي العام قد باشر التحقيق من تلقاء نفسه[2370].

وفي السياق ذاته، تستطيع المحكمة النظر فقط في القضايا المرتكبة في أو بعد 1 يوليوز 2002 وهو تاريخ نفاذ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. وبخصوص الدول التي انضمت لاحقاً بعد هذا التاريخ، تقوم المحكمة تلقائيا بممارسة سلطتها القضائية في هذه الدول بعد 60 يوم من تاريخ مصادقتها على الاتفاقية. ومن جهة أخرى، إن الاختصاص الزمني للمحكمة الجنائية الدولية هو اختصاص مستقبلي فقط ولذلك لا يسري على الجرائم التي ارتكبت قبل سريان المعاهدة، وفيما يتعلق بالدول التي تنضم إلى المعاهدة، فان الاختصاص ينطبق على الجرائم التي ترتكب بعد انضمام الدولة[2371].

أما فيما يتعلق بالدول التي تنضم إلى هذا النظام الأساسي بعد دخوله حيز النفاذ، فإن المحكمة لا تختص بالنظر إلا في الجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام فيما يتعلق بتلك الدولة تطبيقا للمبدأ السائد في القوانين العقابية والقاضي بعدم تطبيق أحكامه إلا بأثر فوري ومباشر. تبعا لذلك، فإن هذا الحكم يشجع الدول على الانضمام إلى النظام الأساسي دون خوف من مقاضاتها عن الجرائم التي ارتكبتها قبل انضمامها لنظام روما[2372].

وأكد هذا الحكم بنص المادة 24 من النظام الأساسي ولكن هذه المرة بصيغة أخرى، ففي الوقت الذي أكدت فيه الفقرة الثانية من المادة " 11 " عدم سريان أحكام النظام الأساسي في مواجهة الدول إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام فيما يتعلق بتلك الدولة، أشارت الفقرة الأولى من المادة 24 إلى عدم مساءلة الشخص جنائيا بموجب النظام الأساسي عن سلوك

- إذا كان المتهم بارتكاب الجرم مواطنا لإحدى الدول الأعضاء (أو إذا قبلت دولة المتهم بمحاكمته).
- إذا وقع الجرم المزعوم في أراضي دولة عضو في المحكمة (أو إذا سمحت الدولة التي وقع الجرم على أراضيها للمحكمة بالنظر في القضية).
- أو إذا أحيلت القضية للمحكمة من قبل مجلس الأمن.

2368 زهير جمعة المالكي، آلية قبول الدعوى في المحكمة الجنائية الدولية، 03 غشت 2020، https://www.almothaqaf.com تاريخ الزيارة 2024/05/06، على الساعة 15:13.

2369 زهير جمعة المالكي، مرجع سابق.

2370 نفس المرجع.

2371 الاختصاص الزماني والمكاني والشخصي للمحكمة الجنائية الدولية، مقال متوفر بالموقع التالي: https://universitylifestyle.net/ تاريخ الزيارة 2024/05/06 على الساعة 15:45.

2372 نفس المرجع.

ارتكبه قبل بدء نفاذ هذا النظام، والمقصود هنا هو تاريخ بدء نفاذ هذا النظام في مواجهة الدول التي يحمل الشخص محل التحقيق أو المحاكمة جنسيتها2373.

خلاصة ما سبق، إن الأليات التي يباشر مجلس الأمن الدولي عمله في تطبيق القانون الدولي الإنساني تبقى آليات محدودة وغير فعالة بفعل غموض مبادئ تطبيق الفصل السابع من الميثاق على منتهكي القانون الدولي الإنساني، فضلا عن صعوبة اتفاق الأطراف المتنازعة على تسوية النزاعات المسلحة فيما بينها، ناهيك عن الاستخدام غير المشروع للقوة ضد الدول المارقة أو ترك النزاع المسلح مستمر بين الأطراف المتنازعة حتى يصل إلى مرحلة التدمير الذاتي وتدهور الأوضاع الإنسانية.

ومن جانب آخر، إن الذرائع الجديدة التي تواكب باسم التدخل لتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني، ماهي إلا ذرائع وشعارات لتبرير التدخلات التي يقوم بها مجلس الأمن طبقا للباب السابع من ميثاق الأمم المتحدة في إطار صياغة جديدة لمبدأ التدخل باسم حقوق الإنسان لا تمت لقواعد القانون الدولي.

المحور الثاني: إكراهات تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني من طرف مجلس الأمن

يجد مجلس الأمن الدولي نفسه أمام عدد من الإكراهات على رأسها القضايا الإنسانية والنزاعات المسلحة، التي أصبحت تشكل تحديا كبيرا للمجتمع الدولي لاسيما فيما يتعلق بالسلم والأمن الدوليين، وكذلك تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني خلال النزاعات المسلحة سواء كانت دولية أو غير دولية، فضلا عن ضعف مجلس الأمن في مساءلة وتقصي الحقائق بشأن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، وتغليب مصلحة القوى الكبرى على مصلحة المجتمع الدولي خاصة في اتخاذ القرارات الزجرية ضد منتهكي القانون الدولي الإنساني.

أولا: ضعف المساءلة وتقصي الحقائق بشأن انتهاكات القانون الدولي الإنساني

تعتبر آلية المساءلة وتقصي الحقائق من الآليات التي تتصدى لحالات انتهاكات خطيرة للقانون الدولي الإنساني، سواء كانت طويلة الأمد أو ناجمة عن نزاع مسلح مفاجئ، وتقوم كذلك بمكافحة الإفلات من العقاب2374. ويقوم مجلس الأمن بهذا الدور إلى جانب هيئات التحقيق الدولية الأخرى منها الجمعية العامة ومجلس حقوق الإنسان والأمين العام والمفوض لحقوق الإنسان.

وفي هذا السياق، حاولت المادة 90 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 الخاص النزاعات الدولية، وضع آلية عملية التحقيق عن طريق إنشاء لجنة دولية لتقصي الحقائق في الانتهاكات الخطيرة لقانون الدولي الإنساني؛ غير أنه منذ عام 1991 حتى الآن، لم تفعل هذه اللجنة2375. لذلك يعتبر مجلس الأمن من الأطراف المعنية الذي يقوم بموجب قرار تشكيل هذه اللجنة على أساس الخوض في التحقيق، كما يفرضها على الدول غير الراغبة في وضع أفضل من الناحية العملية للوفاء بتوقعات المجتمع الدولي.

إن محاسبة الدول والأفراد عن الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني خاصة قواعد الحرب يعد أمرا مهما، حيث قد يردع الانتهاكات المستقبلية، ويعزز احترام القانون الدولي الإنساني2376، وأن ضمان العدالة في الانتهاكات الجسيمة يقع في المقام الأول على عاتق الدول التي يتورط مواطنيها في ارتكاب جرائم الحرب أو الجرائم ضد الانسانية أو الإبادة الجماعية؛ وفي هذا السياق، ينبغي على الدول ضمان قيام المحاكمة العسكرية أو المحلية حسب الأنظمة القانونية لكل دولة2377.

2373علاقة المحكمة الجنائية الدولية بالأمم المتحدة ومجلس الأمن، مرجع سابق.

2374 دليل بحث حول لجان التحقيق وبعثات تقصي الحقائق والتحقيقات من سنة 1963 حتى الحاضر، متوفر بموقع الامم المتحدة مجلس حقوق الإنسان www.ohchr.org تاريخ الزيارة 2024/05/06، على الساعة 14:40,

2375 توني بفنر، آليات ونهج مختلفة لتنفيذ القانون الدولي الإنساني وحماية ومساعدة ضحايا الحرب، المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 91، العدد 874، يونيو 2009، ص47.

2376 Q A Accountability for violations of international humanitarian law in Gaza.February 6.2009. www.hrw.org

2377 توني بفنر، مرجع سابق، ص 48.

على هذا المنوال، تعد المساءلة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، أمرا بالغ الأهمية للوظيفة الفعالة لنظام العدالة التابع لهيئة الأمم المتحدة، ومجلس الامن يتحمل مسؤولية المساءلة وتقصي الحقائق في هذا الأمر، ويضمن الالتزام بالقرارات وأوامر المحكمة الجنائية الدولية، بغية مكافحة الإفلات من العقاب**2378**.

ارتباطا بهذا الموضوع، يضطلع مجلس الأمن بدور مهم في تعزيز المساءلة عن انتهاكات القانون الإنساني الدولي والقانون الدولي لحقوق الإنسان. وقد أرسى سوابق هامة من حيث تعزيز المسؤولية الجنائية الفردية؛ من خلال المطالبة بإنشاء آليات لتقصي الحقائق للتحقيق في الانتهاكات المزعومة وتقديم تعويضات للضحايا.

وبهذا، يعد ضمان المساءلة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، سواء بالنسبة لمرتكبي الجرائم من الأفراد أو بالنسبة لأطراف النزاع، أحد التحديات الأساسية الخمسة التي تواجه تحقيق حماية أكثر فعالية للمدنيين في النزاعات المسلحة، والتي حددها الأمين العام للأمم المتحدة في تقريريه لعامي 2009 و2010 حول هذا الموضوع**2379**.

كما لاحظ الأمين العام، في الكثير من النزاعات المسلحة غياب المساءلة، إلى حد كبير، والأسوأ من ذلك، عدم وجود أي توقع لها في كثير من الحالات، هو الذي يسمح بتفشي الانتهاكات2380."وهذا راجع لغياب وجود قوة تنفيذية على أرض الواقع لتطبيق آلية المساءلة والتحقيق في الوقائع المتعلقة بأي دعاء خاص بانتهاك لقواعد القانون الدولي الإنساني.

ثانيا: هيمنة الدول الكبرى على اتخاذ القرارداخل مجلس الأمن

من خلال الممارسة الدولية خاصة في مسألة اتخاذ القرارات داخل مجلس الأمن الدولي، يلاحظ أن هذا الأخير هو جهاز غير مستقل يتكون من الأعضاء الدائمين وهم الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وروسيا وفرنسا والصين، كل هذه الدول تمارس حق النقض على القرارات التي لا تصبو في مصلحتها أو مصلحة حلفائها.

وفي هذا السياق، يؤكد الواقع الدولي أن الدول القوية –الدول الدائمة العضوية في مجلس الأمن- تبقى متحكمة في القرارات، حيث تتميز هذه الدول بوضع خاص ومتميز، ما يتبين أن القرارات التي يمكن إصدارها من قبل مجلس الأمن الدولي ضد منتهكي قواعد القانون الدولي الإنساني، تجعله في بعض الأحيان يعمل خارج الشرعية الدولية والرقابة القانونية أو القضائية.

ما يبين، أن هذا المجلس الذي يحتكر السيطرة على المجتمع الدولي بالاستفراد باتخاذ القرارات الخطيرة المتعلقة بالنزاعات الدولية وتبني التدابير المصيرية تحت ذريعة الدفاع عن الشرعية الدولية**2381** أو القانون الدولي لحقوق الإنسان أو القانون الدولي الإنساني، بعبارة أخرى يقوم مجلس الأمن الدولي لاسيما الدول الأعضاء الخمسة باعتراض أي قرار متى تراه لا يتلاءم مع مصالحها في النظام الدولي أو يمس مصالح أحد حلفائها.

وعلى ذكر المصلحة، يمكن لأحد الدول الأعضاء بمجلس الأمن أن تستعمل الخيار العسكري وفق الفصل السابق من ميثاق الأمم المتحدة، حينما يكون فيها نزاع مسلح، من أجل القضاء على النظام السياسي مناهض لها –الدول المارقة- تحت ذريعة التدخل الإنساني لحماية المدنيين أو حفظ السلام...

ومن أمثلة على ذلك، القرار رقم 688 الصادر عن مجلس الأمن بتاريخ 5 أبريل1991 بشأن العراق، حيث أجاز لمجلس الأمن الدولي بالتدخل العسكري لضمان وصول المساعدات الإنسانية لشعب الأكراد، بالإضافة إلى القرار رقم 1970 الذي أصدره أعضاء

2378 Security Council Must Strengthen.Uphold Responsibility to Ensure Accountability When International Law Is Violated.Speakkers Stress in All –Day Debate.meetings coverage and press releases. SC/14919. 2 June2022. www.press.un.org

2379 OCHA – Accountability and Fact-finding Mechanisms for Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law: The Role of the Security Council – Past and Future,1 Nobember 2011, https://www.globalprotectioncluster.org/index.php/publications/849/reports/report/ocha-accountability-and-fact-finding-mechanisms-violations

2380 Op.cit.

2381 يوسف البحيري، القانون الدولي العام في محك التحولات الدولية الراهنة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى2015، ص 94.

مجلس الأمن بالإجماع، والذي يهدف إلى حماية المدنيين وفرض العقوبات على النظام السياسي الذي ارتكب الجرائم ضد الإنسانية في حق الشعب الليبي2382.

وبخصوص الجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبت في سوريا بسبب الحراك الاجتماعي الذي اندلع عام 2011 والذي أدى إلى سقوط المئات من القتلى والجرحى أغلبهم من المدنيين، ما جعل مجلس الأمن الدولي لا سيما من قبل بعض الدول الأوربية منها بريطانيا وفرنسا وألمانيا والبرتغال بتقديم مشروع الدي يسعى إلى اتخاذ عقوبات دولية على النظام السوري، ولكن هذا القرار لم يتلق الدعم الكامل داخل مجلس الأمن بسبب تحفظ روسيا والصين بشأنه، حيث عارضتا الأخيرتين بشدة اتخاذ أي قرار قد يشكل مرجعية للعقوبات الدولية على النظام السوري.

وهكذا، عجز مجلس الأمن الدولي عن إصدار قرار يدين فيه الانتهاكات الجسيمة التي ارتكبها نظام بشار الأسد في حق المدنيين، وبالتالي يمكن الفهم من سلوك القوى الكبرى دائمة العضوية في المجلس أنها تتخذ حق الفيتو في كل القرارات التي لا تتلاءم مع أهدافها في المنتظم الدولي.

وعلاقة بالعدوان الإسرائيلي على قطاع غزة والذي ما يزال مستمرا، فمجلس الأمن الدولي عجز العديد من المرات بإدانة إسرائيل بالجرائم الجسيمة التي ارتكبتها ضد سكان المدنيين الفلسطينيين العزل، ما يساهم في استمرار إسرائيل في أعمالها العدائية في حق الشعب الفلسطيني؛ إذ تشكل القرارات التي يتخذها مجلس الأمن تخص إسرائيل قرارات إلزامية، ولكن مرتبطة بعدة عوامل وخلفيات سياسية.

وعلى مستوى تمتيع فلسطين بعضوية كاملة داخل منظمة الأمم المتحدة، قامت الولايات المتحدة الأمريكية يوم 18 أبريل 2024 بمعارضة مشروع قرار2383 بمجلس الأمن والذي يهدف إلى إعطاء العضوية التامة لفلسطين بالأمم المتحدة. ولقد أبان هذا الاعتراض من قبل واشنطن على أن السياسة الأمريكية تجاه فلسطين وشعبها وحقوقها المشروعة، لا يتماشى مع مبادئ القانون الدولي، وقد يؤدي ذلك إلى استمرار العدوان الإسرائيلي في غزة، بل كذلك، تعنت الاحتلال الإسرائيلي واستمراره في انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني.

الخلاصة

تأسيسا على ما سبق، إن إشكالية تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني من قبل مجلس الأمن رهين بتدبير بإدارة ووقف النزاعات المسلحة وفق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويلاحظ أن مجلس الأمن يتدخل في النزاعات المسلحة التي تهدد السلم والأمن الدوليين، ولكن هذا التهديد لم يعرف بشكل دقيق حتى يفهم من قبل المجتمع الدولي، بغية تسهيل عمل مجلس الأمن في تطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة.

ومن خلال ممارسة مجلس الأمن الدولي لاختصاصاته المسندة إليه في الفصل السابع من الميثاق، يتضح أنه يتدخل في التهديدات والأخطار الناتجة عن الصراعات والحروب والمواجهات المسلحة بين الدول، بل كذلك في النزاعات الداخلية، وهذا، يفسر المعنى الأصلي لتهديد السلم والأمن الدوليين.

وعلى مستوى تحريك الدعوى على أنظار المحكمة الجنائية الدولية، نتيجة انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني من قبل الدول والمسؤولين الكبار، المتمثلة في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في نظام روما) جرائم الحرب، الجرائم ضد الإنسانية، جريمة الإبادة الجماعية، جريمة العدوان)، بالرغم من هذا الدور الذي يقوم به المجلس، فلا يمكن تحقيقه على المستوى الدولي إلا بانخراط القضاء الوطني بشكل حاسم في متابعة كل منتهكي القانون الدولي الإنساني وعدم الافلات من العقاب.

2382 يوسف البحيري، مرجع سابق، ص120.

2383 الولايات المتحدة تستخدم الفيتو ضد مشروع قرار يوصي الجمعية العامة بمنح فلسطين عضوية كاملة بالأمم المتحدة، أخبار الأمم المتحدة، 18 أبريل 2024، متوفر بموقع الأمم المتحدة www.news.un.org تاريخ الزيارة 12 ماي2024، 14:00.

بخصوص إكراهات مجلس الأمن في تطبيق القانون الدولي الإنساني، يتبين أنه يشوب عليه الاخفاق وقلة المساءلة وعدم إنشاء لجان تقصي الحقائق بشأن الانتهاكات الخطيرة لقواعد قانون النزاعات المسلحة والجرائم المرتكبة فيه، حيث يلاحظ أن هذا الجهاز لم يفعل لجنة تقصي الحقائق والمساءلة في عدد من النزاعات المسلحة إلا ناذرا، وهذا راجع إلى هيمنة القوى الكبرى على اتخاذ القرارات داخله، وبفعل التجاذبات السياسية والمصالح الاستراتيجية. ما يستدعي الأمر إلى ضرورة التفكير في إصلاح مجلس الأمن الدولي.

المراجع المعتمدة

❖ **الكتب**

- إبراهيم أحمد شلبي، التنظيم الدولي النظرية العامة والأمم المتحدة، الدار الجامعية، القاهرة، 1986.
- جعفر عبد السلام، المنظمات الدولية: دراسة فقهية وتأصيلية للنظرية العامة للتنظيم الدولي وللأمم المتحدة والوكالات المتخصصة والمنظمات الإقليمية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة6، السنة 1990.
- عبد الواحد الناصر، المؤسسات الدولية: مدخل لدراسة مؤسسات العلاقات الدولية، مطبعة ساليما كراف، السنة 1994.
- عبد الواحد الناصر، أصول التدبير الدبلوماسي، السنة 2008.
- عبد الواحد الناصر، الحياة القانونية الدولية: مدخل لفهم اتجاهات التطور وإشكاليات التطبيق في القانون الدولي العام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 2011.
- يوسف البحيري، القانون الدولي العام في محك التحولات الدولية الراهنة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى2015.
- محمد الهزاط، نظرية المنظمات الدولية، مطبعة وراقة سجلماسة، مكناس، الطبعة2015.
- الحسان بوقنطار، المغرب والقانون الدولي، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، السنة 2021.

❖ **المجلات**

- توني بفنر، آليات ونهج مختلفة لتنفيذ القانون الدولي الإنساني وحماية ومساعدة ضحايا الحرب، المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 91، العدد 874، يونيو 2009.

❖ **المقالات والمو اقع الالكترونية**

- عبد الستار الكعبي، الفصل السابع وسلطة مجلس الأمن الدولي عرض وتحليل، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.kitabat.com بتاريخ 2013/7/18.
- زهير جمعة المالكي، آلية قبول الدعوى في المحكمة الجنائية الدولية، 03 غشت 2020، https://www.almothaqaf.com .
- علاقة المحكمة الجنائية الدولية بالأمم المتحدة ومجلس الأمن، مقال متوفر بالموقع التالي: https://universitylifestyle.net تاريخ الزيارة2024/05/06 على الساعة 15:45.
- قضية فلسطين ومجلس الأمن، منشور متوفر بموقع الأمم المتحدة www.un.org تاريخ الزيارة 2024/05/06 على الساعة 15:10.
- دليل بحث حول لجان التحقيق وبعثات تقصي الحقائق والتحقيقات من سنة 1963 حتى الحاضر، متوفر بموقع الامم المتحدة مجلس حقوق الإنسان www.ohchr.org تاريخ الزيارة 2024/05/06، على الساعة 14:40.
- الولايات المتحدة تستخدم الفيتو ضد مشروع قرار يوصي الجمعية العامة بمنح فلسطين عضوية كاملة بالأمم المتحدة، أخبار الأمم المتحدة، 18 أبريل 2024، متوفر بموقع الأمم المتحدة www.news.un.org تاريخ الزيارة 12 ماي2024، 14:00.

- اعتمد مجلس الأمن الدولي القرار رقم 2728 بتاريخ 25 مارس 2024، الذي يطالب بوقف فوري لإطلاق النار خلال شهر رمضان بالإفراج الفوري وغير المشروط عن جميع الرهائن، متوفر بموقع الأمم المتحدة www.news.un.org تاريخ الزيارة 12 ماي 2024، 14:25.

❖ **ميثاق الأمم المتحدة**

– المادة 24 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.
- المادة 41 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.
- المادة 42 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.
- المادة 43 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.
- المادة 46 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.

❖ **المراجع الأجنبية**

- Q A Accountability for violations of international humanitarian law in Gaza.February 6.2009. www.hrw.org
- Security Council Must Strengthen.Uphold Responsibility to Ensure Accountability When International Law Is Violated.Speakkers Stress in All –Day Debate.meetings coverage and press releases. SC/14919. 2 June2022. www.press.un.org

1

- OCHA – Accountability and Fact-finding Mechanisms for Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law: The Role of the Security Council – Past and Future,1 Nobember 2011, https://www.globalprotectioncluster.org/index.php/publications/849/reports/report/ocha-accountability-and-fact-finding-mechanisms-violations

Observing Seventieth Anniversary of Geneva Conventions, Security Council Issues Presidential Statement - https://press.un.org/en/2019/sc13922.doc.htm.Reaffirming Their Fundamental Importance

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

الصعود الروسي وبداية الانتقال إلى عالم متعدد الاقطاب

The Russian rise and the beginning of the transition to a multipolar world

الدكتور مصطفى الصوابي

باحث في العلوم السياسية كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الحسن الأول بسطات

ملخص الدراسة:

شهد النظام الدولي بعد نهاية الحرب الباردة وسقوط الاتحاد السوفياتي تحولا وصف بغير المسبوق، حيث انتقل من نظام القطبية الثنائية إلى نظام أحادية القطبية تتصدره الولايات المتحدة الأمريكية. وبالتالي، فقد كان لسقوط الاتحاد السوفييتي أثره البالغ على صعيد التوازن الدولي، وهو ما أدى إلى الهيمنة الأمريكية كقوة عظمى وحيدة ومهيمنة تعمل على إعادة صياغة النسق الدولي بما يضمن مصالحها العليا، وعملت في هذا الإطار، على توظيف ما أسماه "نيكسون" ب"الفرصة السانحة" للبدء في تحقيق مشروعها الأساسي ألا وهو "أمركة العالم"، وهو ما جعل الرئيس الأمريكي السابق جورج بوش الابن يقول "إن القرن القادم ينبغي له أن يكون أمريكيا". كما زادت مكانة الولايات المتحدة الأمريكية في النظام الدولي بعد أحداث 11 سبتمبر 2001، بحصولها على التعاطف والتأييد الدولي من طرف هيئة الأمم المتحدة ومجلس الأمن بمنحها "الشرعية" لتنفيذ عملياتها العسكرية في أي منطقة في العالم، من خلال ما أسماه الرئيس "جورج بوش" الابن محاربة "الإرهاب الدولي".

واليوم يعيش النظام الدولي مرحلة جديدة مع صعود روسيا كقوة مؤثرة في العلاقات الدولية، حيث أصبحت سيكولوجية النظام الدولي مغايرة، باحتلال روسيا مكانة مركزية في النظام الدولي، بتوفرها على مقومات جيوستراتيجية، عسكرية، اقتصادية واجتماعية.

ففي ظل التحديات الإقليمية والدولية أمام روسيا، وفي ظل التحولات في موازين القوى، باتت روسيا تفرض نفسها لبسط نفوذهما وتوسيع دائرة الاعتراف الدولي بمكانتهما في الوقت الذي كانت تعترف معظم الدول بالولايات المتحدة الأمريكية كدولة واحدة مهيمنة في النظام العالمي. لكن إعادة بناء النظام العالمي يرتبط بالقدرات ومحددات القوة على المستوى العالمي، والولايات المتحدة الأمريكية تبقى قوة عالمية متفوقة على روسيا. ومع ذلك يوجد طموح روسي لتقاسم النظام الدولي مع الولايات المتحدة الأمريكية إلى جانب الصين في إطار نظام دولي متعدد الأقطاب.

الكلمات المفتاحية: روسيا- النظام العالمي الجديد- نظام دولي متعدد الأقطاب- الأمن والسلم الدوليين-موازين القوى.

Abstract:

After the end of the Cold War and the fall of the Soviet Union, the international system witnessed a transformation described as unprecedented, as it moved from a bipolar system to a unipolar system led by the United States of America. Consequently, the fall of the Soviet Union had a profound impact on the international balance, leading to American hegemony as the sole and dominant superpower working to reformulate the international system to ensure its highest interests ; in this context, it worked to exploit what Nixon called the "window of opportunity" to begin achieving its basic project, which is "the Americanization of the world," which is what made former US President George W. Bush say: "What is coming is the Americanization of the world." "The century must be American." The position of the United States of America in the international system also increased after the events of 11 September 2001 by obtaining international sympathy and support from the United Nations and the Security Council, granting it "legitimacy" to carry out its military operations in any region of the world, through what President George W. Bush called the fight against "international terrorism."

Today, the international system is experiencing a new phase with the rise of Russia as an influential force in international relations. The psychology of the international system has become different, with Russia occupying a central position in the international system, with its geostrategic, military, economic and social components.

In light of the regional and international challenges facing Russia, and in light of the shifts in the balance of power, Russia began to impose itself to extend its influence and expand the circle of international recognition of its status at a time when most countries recognized the United States of America as a dominant country in the global system. But rebuilding the global order is linked to the capabilities and determinants of power at the global level, and the United States of America remains a global power superior to Russia. However, there is a Russian ambition to share the international system with the United States of America alongside China within the framework of a multipolar international system.

Keywords: Russia - the new world order - a multipolar international system - international peace and security - the balance of power.

مقدمة:

لقد شكلت الحرب العالمية الثانية منعطفا حاسما في تاريخ العلاقات الدولية بعد هزيمة الديكتاتوريات في ألمانيا وايطاليا واليابان وتراجع مكانة القارة الأوربية خاصة السيادة البريطانية والفرنسية، إذ ساهمت مخلفاتها في إحداث تحولات عامة على مستوى العلاقات بين الدول الرأسمالية والدول الاشتراكية الشيوعية وحتى بين الدول الرأسمالية نفسها باعتبارها قوى استعمارية، نتج عنها بروز نظام عالمي جديد سمي بالثنائية القطبية ، والذي شكله من الناحية الجيوسياسية والجيوستراتيجية كل من الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي، استمر هذا حتى 1991 وهو تاريخ انهيار الاتحاد السوفياتي، وستشكل فترة التسعينات مرحلة الأحادية القطبية أي فترة السيادة الأمريكية على النظام العالمي بعدما كانت تقاسمها مع الاتحاد السوفياتي منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، إلا أن أحداث شتنبر 2001 كشفت هشاشة النظام الأمني والقومي الأمريكي، وعادت معه روسيا إلى الواجهة كقوة دولية على الرغم من الفوارق بينها وبين الولايات المتحدة الأمريكية وذلك بفضل امتلاكها للقوة النووية التي تمكنها من المواجهة،

وكذا بفضل المكانة الجيوسياسية التي تتوفر عليها روسيا، والتحالفات السياسية والاقتصادية والعسكرية مع عدد من القوى، بوأتها مكانة سياسية ندا للند مع الولايات المتحدة في عدد من الملفات كالملف النووي الإيراني على سبيل المثال لا الحصر .

وقد ساهم انشغال الولايات المتحدة الأمريكية في حربها على الإرهاب في دفع هذه الدول إلى تغيير الوضع وتحقيق نوع من التوازن والانعتاق من بعض القيود الأمريكية. وصارت تنسج روابط اقتصادية وتبحث عن أسواق عالمية بعيدا عن الهيمنة الأمريكية في إطار الأحادية القطبية الهشة أو الهجين يجمع بين رغبة الولايات المتحدة الأمريكية في الحفاظ على قوتها وهيبتها، ورغبة روسيا بوتين في استعادة أمجاد وتوازنات حقبة الاتحاد السوفياتي، وبين قوى جديدة باحثة عن مكانة ضمن الفضاء الجيوسياسي العالمي كالصين واليابان.

من هذا المنطلق نتساءل حول طبيعة العلاقات الدولية في ظل النظام الدولي المتحول، وهل ستؤدي هذه التحولات الأخيرة إلى ظهور نظام دولي جديد يتميز بتعدد الأقطاب، خاصة الصعود الروسي في السنوات الأخيرة؟

ولتفكيك هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذه الورقة إلى مطلبين أساسيين، نناقش في الأول مرحلة النظام الدولي المرتبط بانهيار توازن القوة وانتهاء الحرب الباردة وعوامل تفكك المعسكر الشرقي ، وبروز النظام الدولي الجديد الأحادي القطب، على أن نخصص المطلب الثاني لدراسة خصائص الصعود الروسي كقوة مراجعة للنظام الدولي القائم وعن جذور خلافاتها مع أوكرانيا.

المطلب الأول: خصائص النظام[2384] العالمي الجديد

عرف العالم بعد الحرب العالمية الثانية تغيرا في طبيعة ومسار العلاقات بين الدول، حيث غدت الولايات المتحدة الأمريكية أول قوة اقتصادية بفضل التقدم التقني والعلمي، فأضحت تتحكم في المبادلات العالمية انطلاقا من كونها تتزعم العالم الرأسمالي الليبرالي، وتمارس سياسة متشددة تجاه الشيوعية التي بدأت تتمدد بزعامة الاتحاد السوفياتي، الذي سيشكل قطبا شيوعيا استطاع تقاسم مصادر القوة مع الولايات المتحدة الأمريكية طيلة 45 سنة التي تلت الحرب العالمية الثانية في إطار ما اصطلح عليه بالثنائية القطبية(الفقرة الأولى)، إلا أن انهيار الاتحاد السوفياتي في تسعينات القرن العشرين سيدخل العالم في مرحلة جديدة اصطلح عليها بالأحادية القطبية(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الثنائية القطبية

اكتسب الاتحاد السوفياتي الذي تزعمه ستالين بعد وفاة لينين شرعيته في السيطرة على النصف الشرقي للقارة الأوربية بمقتضى مخرجات مؤتمر يالطا سنة 1945 ، وقد حضر هذا المؤتمر كل من روزفلت باعتباره رئيسا منتخبا للولايات المتحدة الأمريكية قاد بلاده خلال الحرب وعقد عدة مؤتمرات مع زعماء العالم لتنسيق الخطط الحربية، وتشرشل كوزير أول لإنجلترا المعروف بتقربه من الولايات المتحدة الأمريكية والحذر من الاتحاد السوفياتي[2385].

وقد خلف التوسع السوفياتي في أوربا الشرقية تخوفا كبيرا لدى العديد من الدول الأوربية كما هو الحال لدى بلجيكا التي خاطب وزيرها" بول هنري سباك" في الجمعية العامة للأمم المتحدة المندوب السوفياتي أن سبب خوفهم هو سياسة الاتحاد السوفياتي التوسعية التي وصلت إلى عدد من العواصم كوارسو وبراغ وبوخاريس وصوفيا وفيينا وبرلين[2386].

2384 مصطلح النظام كمجموعة من القواعد والمعايير والأعراف التي تحكم العلاقات بين الجهات الفاعلة الأساسية في البيئة الدولية:، ويمتلك هذا النظام حسب "نونومونتيرو " ثلاث خصائص ، أولها أنه نظام بين الدول، وثانيها أنه نظام فوضوي أي أن القطب الواحد غير قادر على ممارسة السيطرة في أنحاء العالم كلها، وثالثها أنه يعتمد على قوة عظمى واحدة فقط تحظى بالتفوق في القوة ولا تواجه منافسة.

مجموعة مؤلفين "فهم النظام الدولي الحالي" مؤسسة RAND 2016 www.rand .org ص:24

2385 جماعة من المؤلفين ، تاريخ عصرنا، تعريب د نور الدين حاطوم ، دار الفكر ، دمشق، 1985،ص: 237-238

2386 D aprèsP.H.Spaak , combats inachevés , fayard 1969 , In clause P et autres , « Histoire.Géographie .T , Hachette Education ,1998 ,p : 66

وكرد فعل على هذه التوسعات ستحاول الولايات المتحدة الأمريكية التصدي عن طريق تقديم مساعدات لعدد من الدول الأوربية كاليونان وتركيا من أجل الوقوف في وجه المد الشيوعي في إطار ما يسمى "بمشروع مارشال"،[2387] وبالمقابل رأى الاتحاد السوفياتي أن الهدف من هذا المشروع هو إرساء الهيمنة الأمريكية على العالم وفرض إمبرياليتها، وتكريس تفوقها، وجعل باقي الدول ذيولا لها، لذلك دعا كبير المستشارين للرئيس السوفياتي ستالين "جدانوف أندري" الأحزاب الشيوعية إلى ضرورة القيام بدورها لمواجهة المشروع الأمريكي في أوربا.[2388]

ومن تم سيدخل المعسكران الغربي والشرقي ما يسمى بالحرب الباردة وهي ذلك الصراع الذي تتحاشى فيه الأطراف المعنية استعمال الأسلحة لمواجهة بعضها البعض، وقد استعملت هذه العبارة لأول مرة من طرف الاسباني " خوان منيال" في القرن 14، ثم استعملت من جديد من طرف رجل المال الأمريكي " برنار باروش" في بداية 1947 ، وأذيعت على يد الصحفي " والتر لبمان"، وتعني الحرب الباردة في هذه الفترة المواجهة السوفياتية الأمريكية بعد 1947[2389].

وقد ارتبطت بهذه الحقبة مجموعة من الأزمات كأزمة برلين الأولى سنة 1949 بسبب عدم اتفاق الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي حول مصير ألمانيا ورغبة كل واحد منهما نشر مذهبه، مما أسفر عن تقسيم ألمانيا إلى قسمين؛ قسم اشتراكي شرقي وقسم رأسمالي غربي. إضافة إلى الحرب الكورية 1950-1953 بعدما تسببت الحرب الأهلية بين التيار الاشتراكي و التيار الليبرالي في تدخل الولايات المتحدة الأمريكية لمساندة الجنوب الليبرالي، وبالمقابل تدخلت الصين لمساندة الشمال الاشتراكي، فانتهى الأمر بتقسيم كوريا إلى قسمين؛ قسم شمالي اشتراكي، وقسم جنوبي رأسمالي.

وفي خضم هذا الصراع سيدرك الطرفان الأمريكي والسوفياتي ضرورة ايجاد حل لكل هذه الصراعات، أنهما أمام خيارين إما الحرب وما ستخلفه من نتائج خطيرة على كل الشعوب في حقبة الصواريخ والقنابل الهيدروجينية، أو التعايش السلمي.وواكب هذا التعايش السلمي اتفاق الطرفين على ضرورة التخفيف أو الحد من التسابق المرعب نحو التسلح، وبالتالي تدشين مرحلة جديدة بين القوتين مبنية على الانفراج والتعايش السلمي، مع حفاظ كل تيار على اديولوجيته وأهدافه الخاصة.

ومن أهم الاتفاقيات المتعلقة بالنزع الجزئي للسلاح، الاتفاق على تدويل منطقة القطب الجنوبي وتخصيصها للأبحاث العلمية ومنع إقامة منشآت عسكرية فيها سنة 1959 ، والاتفاقية الأمريكية السوفياتية الإنجليزية حول وقف التجارب النووية في الفضاء الكوني وأعماق البحار سنة 1963 ، واتفاقين لمنع انتشار الأسلحة النووية سنة 1968.

على الرغم من هذه التسويات فقد مرت علاقة المعسكرين ببعض المحطات الحاسمة التي أثارت مخاوف العالم من حدوث حرب عالمية ثالثة خاصة الأزمة الكوبية، فبعد قيام بعض المهاجرين الكوبين من الولايات المتحدة الأمريكية بمناورات تحرش ضد جزيرة كوبا الاشتراكية بدعم من الاستخبارات المركزية، سيطلب كاسترو المساعدة من الاتحاد السوفياتي وتم إنشاء مراكز لإطلاق صواريخ مجهزة برؤوس نووية ، ووصل الأمر للبيت الأبيض، وبفضل حكمة الرئيس الأمريكي كندي و الرئيس السوفياتي خروتشوف تم تسوية القضية واحتواء الأزمة فقبل السوفيات تقويض مراكزهم واسترجاع قذائفهم مقابل تعهد الأمريكيين التخلي عن هجوم كوبا .

وبعد فترة ليسن بالسهلة من الثنائية القطبية سيدخل العالم مرحلة القطبية الأحادية بعد انهيار الاتحاد السوفياتي بسبب عدة عوامل؛ يتجلى العامل الأول في تركيبة الاتحاد السوفياتي التي كانت قائمة على ضم الجمهوريات ذات الأعراق والثقافات والديانات المختلفة قسرا ضمن إيديولوجية واحدة تتخذ من الإرهاب والقسر وسيلة لرفض التعددية والحرية والانفتاح على الإيديولوجيات

2387 مشروع مارشال : هو المشروع المكثف للمساعدات الاقتصادية المقترح من طرف جورج مارشال وهو كاتب الدولة في الشؤون الخارجية للولايات المتحدة الأمريكية في 5 يونيو 1947م، على دول أوربا الغربية لإعادة بناء اقتصادها.

2388 Jean Michel Lambin , « Histoire Terminale S » Edition Hachette Education, Paris ,2004 ,p :29

2389 EncyclopédiaUniversalis, France , Tome 11 ,Paris,1989, p : 78

الأخرى، أما العامل الثاني فيتعلق بالهزيمة العسكرية والسياسية التي مني بها الكرملن على أيدي المجاهدين الأفغان الذين أرهقوا كاهل الاقتصاد السوفياتي ونفسية المواطنين مما مهد لزعزعة استقرار الإمبراطورية السوفياتية حتى الانهيار سنة 1991م.

الفقرة الثانية: الأحادية القطبية والنظام العالمي الجديد

تسارعت الأحداث بعد سقوط حائط برلين 1989م، رمز نهاية الحرب الباردة بين المعسكر الشرقي والغربي. حيث سيعلن الرئيس الأمريكي جورج بوش الأب عن بداية النظام العالمي الجديد بمناسبة حرب الخليج 1990م ، وبالتالي انهارت الشيوعية وتفوقت الرأسمالية واكتسح النظام الاقتصادي الليبرالي كل العالم لصالح الشركات والأبناك الكبرى التي استفادت من تحرير المبادلات.[2390]فما المقصود بالنظام العالمي الجديد؟ وما أهم خصائصه؟

القطبية الأحادية هي مفهوم استخدم للدلالة على موقع الولايات المتحدة المهيمن في النظام الدولي بعد الحرب الباردة باعتبارها القائد والأكثر تمتعا بالأمن من أي دولة أخرى بالعالم، ولديها القدرة على التأثير والتحرك في معظم الصراعات.

أما مصطلح النظام العالمي الجديد فتعود جذوره الأولى إلى ما بعد الحرب العالمية الأولى حيث قال " فليب كير" سنة 1921:" من الواضح أنه لن يكون هناك سلام أو ازدهار للبشرية ما بقيت مقسمة إلى 50 أو 60 دولة، حتى يكون هناك نظام عالمي بشكل من الأشكال".[2391] ويبقى جورج بوش الأب أول من استخدم مفهوم النظام العالمي الجديد في تسعينات القرن العشرين خاصة مع غزو العراق للكويت، وانتشر فيما بعد في إطار المناقشات التي دارت حول عالم ما بعد الحرب الباردة، ويبقى الانتشار الواسع للقيم الليبرالية أكثر التغيرات الجذرية التي أسهم انتشار المعرفة وتكنولوجيا الاتصال في حدوثها ومن تم انبثاق مفهوم نظام عالمي جديد.[2392] فهو إحداث تغيير في مجموعة داخل بوتقة نظام ما وصولا إلى ما هو عليه الآن، بحيث تتشكل الأحداث وتتطور المفاهيم وفقا لما يريده مركز القرار الجديد ويجسده[2393].ومركز القرار الوحيد هنا يقصد به الولايات المتحدة الأمريكية التي تسعى إلى إضعاف كل الفاعلين في العلاقات الدولية.

فهو ذلك النظام الذي يتميز ببروز شبكة من المؤسسات المالية والتجارية العالمية الضخمة المترابطة والتي تضم بالإضافة للدول الرأسمالية بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية، الشركات المتعددة الجنسيات والمنظمات غير الحكومية، التي تعمل كلها من أجل إعادة صياغة النظام العالمي طبقا لمصالح الدول الفاعلة في ذات النظام، وتوجهاتها للقيم السائدة فيه[2394].

وتتضح مظاهر النظام العالمي الجديد في هيمنة الولايات المتحدة الأمريكية كقطب وحيد في العالم من خلال التدخل العسكري في الشرق الأوسط وفي دول البلقان وفي آسيا الوسطى وإقليم القوقاز، وذلك من أجل التحكم في أهم أقاليم إنتاج النفط في العالم، وممارسة الضغوط لإنزال أوربا واليابان إلى مرتبة الحلفاء الخاضعين، وأيضا إقامة قواعد عسكرية أمريكية دائمة في قلب العالم القديم ومن تم الاستعداد لحروب استباقية مستقبلية ضد بلدان قوية لا مفر من التفاوض معها كالصين وروسيا والهند.[2395]

كما هيمنت الولايات المتحدة الأمريكية على المجال الاقتصادي العالمي خاصة في فترة الثمانينات حيث أصبح دور الدولة هو تأطير الأنشطة والدفاع عن المصالح الكبرى للبلاد ، وعوضت الحماية بالتبعية عن طريق التدخل في الشؤون السياسية للبلدان ووضع البرامج والمشاريع الضخمة والبحث عن فرض قوتها بطرق مختلفة كالدبلوماسية والقوة العسكرية، كما تميزت الولايات المتحدة الأمريكية بصناعة جديدة مرتكزة على اندماج المعلومات والاتصالات وصناعة المحتويات في إطار العولمة الإعلامية ، والتي يتم من

2390 أحمد النعيمي ،" النظام العالمي الجديد منذ مرحلة التأسيس إلى عملية البناء والتنفيذ" ، صحيفة 26 شتنبر، ع، 1337، 19 يوليوز 2007

2391 فيصل بن علي الكاملي ،" الشيوعية والفاتيكان والنظام العالمي الجديد"، مركز البحوث والدراسات ، مجلة البيان، الطبعة الأولى2010،ص: 290

2392مركز الدراسات السياسية الاستراتيجية " النظام العالمي الجديد من منظور تاريخي" www .ahram.org.eg

2393 حميد حمد السعدون، "فوضوية النظام العالمي الجديد وآثاره على النظام الإقليمي العربي، دار المطبعة العربية ، الأردن، 2001، ص: 40

2394 حسن البزاز،" عولمة السيادة(حال الأمة العربية)"، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت، 2002 ، ص: 40

2395 سمير أمين " من أجل إرساء أسس جديدة بين شعوب الجنوب ، منتدى العالم الثالث 2003، ترجمة مصطفى مجدي الجمال.

خلالها ابتكار تقنيات جديدة للهيمنة على الأسواق وإنتاج ثقافة جماهيرية في إطار فرض تمثلاتها وقيمها ومعارفها ونموذج سلوكها ونمط حياتها على باقي دول العالم.[2396]

وقد استفادت الولايات المتحدة الأمريكية من عجز منظمة الأمم المتحدة عن القيام بمهامها الأساسية في حل المشكلات الدولية وإحلال السلام والأمن الدوليين، ولم تعد سوى مكان لممارسة القوى الكبرى الضغوط على الدول الصغرى لتمرير قراراتها،[2397] الأمر الذي يستوجب ضرورة البحث عن توازن عادل بين أعضاء الأمم المتحدة في المسؤوليات والتمثيلية.

ومن أهم ردود الفعل نحو النظام العالمي الجديد ما ورد في تصريح كورباتشوف خلال تسلمه لجائزة نوبل للسلام في 5 يونيو 1991 بأوسلو والذي نبه إلى أن استتباب الأمن والسلام العالميين أصبح أمرا صعبا، وذلك بفعل تنامي الروح الوطنية والتجزئة وعدم الاندماج في دول وجهات العالم، إضافة إلى الفرق الشاسع في مستوى العيش بين الدول الغنية والفقيرة، الأمر الذي سيمهد للعنف والتطرف وتطور الإرهاب،[2398] كما أسفر النظام الدولي الجديد على الانتقال من ثنائية غرب / شرق، إلى ثنائية شمال / جنوب ، حيث دول الشمال غنية وقوية ذات دور قيادي متحكمة في الموارد الاقتصادية المتواجدة في الجنوب، ودول الجنوب فقيرة وضعيفة اقتصاديا وبمثابة خزان وسوق استهلاكية لمنتجات دول الشمال.

أمام هذا اللاتوازن الذي أنتجه النظام العالمي الجديد، ستحاول مجموعة من القوى الصاعدة إعادة التوازن للعلاقات الدولية خاصة في ظل تغول السيطرة الأمريكية، ومن أبرز هذه القوى نجد روسيا باعتبارها الوريث الشرعي للاتحاد السوفياتي بدعم من الصين.

المطلب الثاني: روسيا كقوة مغيرة للنظام العالمي

بعد فشل الولايات المتحدة الأمريكية في إقرار الأمن والسلم العالميين، وتنامي حدة الصراعات وانتشار الإرهاب والجريمة المنظمة بدأت السيطرة الأمريكية تتراجع في ظل لصالح قوى جديدة كما هو الحال لروسيا.

ومن هذا المنطلق ستشكل روسيا قوة مراجعة للنظام الدولي الحالي خاصة بعدما أصبحت عضوا في منظمة التجارة العالمية منذ سنة 2011، وضمها لشبه جزيرة القرم، وباعتبارها قوة اقتصادية عظمى غنية بمواردها وتأثيرها، وقوة سياسية كونها إحدى الدول الخمس الكبرى في مجلس الأمن، مما يدفعنا لتسليط الضوء على المقومات التي تمتلكها روسيا في مختلف الأصعدة الجيوسياسية والاقتصادية و العسكرية، والتي كان لها تأثيرا واضحا على الصعيدين الإقليمي والعالمي ، على الرغم من التحديات الكبرى التي واجهتها خاصة بعد الانهيار الشامل لمؤسسات القوة السوفياتية العظمى.

الأمر الذي دفع روسيا منذ مطلع القرن 21 إلى اعتماد مقاربة استراتيجية جديدة في سياستها الخارجية تقوم على تعزيز دورها الإقليمي والدولي بالشكل الذي يضمن لها أمنها القومي ويحافظ على مصالحها الاقتصادية والسياسية بهدف إعادة صياغة التوازنات في ظل عالم متعدد الأقطاب ينهي انفراد الولايات المتحدة الأمريكية بإدارة شؤون العالم.

الفقرة الأولى: مقومات الصعود الروسي

إن بروز روسيا كقوة مغيرة للنظام العالمي يرتبط بالمقومات التي تمتلكها، وتجعل منها قوة اقتصادية وسياسية وعسكرية قادرة على مجابهة الهيمنة الأمريكية وخلق نوع من التوازن خاصة بعض الصراعات الإقليمية التي قد تشكل تهديدا للأمن الروسي . فما أبرز هذه المقومات؟

أولا: المقوم الجيوستراتيجي

يشكل العامل الجغرافي عاملا مهما في بناء القوة القومية الروسية في مجال السياسات الدولية وتحديد مركزها في النظام الدولي، وتقع روسيا شمال القارة الاسيوية إضافة إلى جزء من أوربا، وتشغل ثمن مساحة سطح الأرض، وهي أكبر دولة من حيث

2396 يحي اليحياوي ،" كونية الاتصال، عولمة الثقافة، شبكات الارتباط والممانعة" منشورات عكاظ، الرباط، 2004 ،ص: 58

2397 مصطفى عبد الله خشيم ، "قضايا وأزمات معاصرة "، المؤسسة العالمي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 1990 ،ص:75

2398 Bouvet C.et Lambin J .M.H.G3e, Hachette Education , Paris , 2003,p : 205

المساحة.[2399] وتمتلك روسيا الكثير من الثروات الطبيعية كالنفط والغاز الطبيعي والفحم والحديد والذهب والفوسفاط، لكنها تعاني من عدة ظواهر تعيق التنمية كحالة التجمد السائدة في سيبريا ، والنشاط البركاني والزلازل والظروف المناخية الصعبة والتضاريس التي تعيق استغلال الموارد الطبيعية.

ومن خلال دراسة المقوم الجيوستراتيجي يتبين أن حدودها تعاني من ضعف طبيعي قد يشكل تهديدا على أمنها القومي خاصة حدودها الواسعة وحدودها البحرية الغير مؤمنة بشكل جيد، وتبقى الحدود الغربية هي مبعث التخوفات الروسية في ظل توسع الاتحاد الأوربي ومنظمة حلف الشمال الأطلسي الراغب في ضم الدول الواقعة شرق أوربا (أوكرانيا مثلا)، وهو ما ترى فيه روسيا تحد خطير فرض عليها التحرك والقضاء على هذه المشاريع .

إن الموقع الجيوستراتيجي لروسيا جعلها نقطة التقاء بين الشرق والغرب، والشمال والجنوب، يخولها أن تصبح قوة استراتيجية، من خلال خلق منطقة نفوذ تعيد لروسيا حدودها السابقة لضمان أمنها القومي عبر السيطرة على أوراسيا الأوكرانية، والاهتمام بتحسين الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية الداخلية .

ثانيا: المقوم الاقتصادي

يكتسب المقوم الاقتصادي في الدولة أهمية بالغة باعتباره المعيار الأساسي لقوتها، وركيزة أساسية لبناء استراتيجيتها، وفي السياق ذاته بدأ الاقتصاد الروسي في استعادة عافيته بعد الانهيار الذي ورثه من الاتحاد السوفياتي، حيث حقق معدل نمو 5,3 % سنة 2012 ، كما يمتلك ثالث احتياطي من الذهب والعملة الصعبة سنة 2013 ، وتراجعت نسبة البطالة إلى 4,5 % في نفس السنة ، في حين بلغت نسبة الاستثمارات الخارجية في الاقتصاد الروسي 11% سنة 2013[2400]. ويعتمد الاقتصاد الروسي على قطاعي الطاقة وصادرات الأسلحة وهما في نفس الوقت أداتين حيويتين للسياسة الخارجية الروسية، ودعامة أساسية للأمن القومي الروسي بالنظر إلى الدور الذي تلعبه روسيا في سوق الطاقة العالمي، فهي أكبر منتج وثاني أكبر مصدر للنفط في العالم، والأولى في إنتاج وتصدير الغاز ، وتتوفر على نسبة 35% من الاحتياطي العالمي من الغاز الطبيعي.[2401]

وعلى مستوى قطاع صادرات الأسلحة تعتبر روسيا ثاني أكبر مصدر للسلاح بعد الولايات المتحدة الأمريكية وذلك بفضل تشجيع الابتكارات وبناء نماذج حديثة لمختلف المنظومات العسكرية.

وقد ساهمت العديد من العوامل في انتعاش الاقتصاد الروسي من بينها توافر الإرادة السياسية للقادة الروس، وتوفر روسيا علة موارد طبيعية هائلة إضافة إلى اكتسابها مقومات النهضة الاقتصادية المتمثلة في القدرات الصناعية الكبيرة كالمصانع واليد العاملة.

ثالثا: المقوم العسكري

يشكل المقوم العسكري مقوما أساسيا من مقومات الاستراتيجية الروسية وشرطا لكسب النفوذ داخل منظومة العلاقات الدولية القائمة على القوة ، وأداة لمواجهة الضغوط والتهديدات الخارجية.

في هذا السياق، حاولت روسيا إصلاح وتحديث المؤسسة العسكرية خاصة في عهد بوتين، تجلت في وثيقة البنية الجديدة للجيش والأسطول الروسي سنة 2008 ، التي تضمنت تغييرات جوهرية في بنية القوات المسلحة بعد العيوب التي ظهرت في حربها ضد جورجيا والمتمثلة في[2402]:

- تحسين وضمان الاستعداد القتالي الدائم لجميع الوحدات العسكرية، وإعداد برامج تدريب وتمارين سنوية على المستوى الاستراتيجي للقوات المشتركة؛

2399 تقدر مساحة روسيا ب 17057000كلم مربع(المقرر الدراسي للسنة الثالثة إعدادي)

2400 See: »Russia :The Long Journey to Recovery « RussiaEconomic Report ;No 35 ;Word Bank Group : Microeconomic and Fiscal Management ;(April 2016).

2401 نورهان الشيخ، "استعادة النفود: هل تصبح روسيا قوة تعديلية في النظام الدولي"، موقع الأهرام الرقمي WWW .AHRAM.ORG.EG

2402 Marcel De Hass ; »Russia's Military Reforms :Victory after Twenty Yearsof Failure ? »ClingendaelPaper;no 5;Netherland Institue of International Relations; Hague;2011; p:24

- إعادة تشكيل القوات المسلحة عن طريق اختزال مستويات القيادة وتشكيلات الجيش، فبعدما كانت تتوزع على ست مناطق عسكرية، وكل منطقة تضم عددا من الجيوش وكل جيش ينقسم إلى عدة فرق والفرقة مكونة من أفواج، تحولت هذه القوات إلى أربع قيادات استراتيجية مشتركة، كل قيادة تنقسم إلى فيالق، وكل فيلق ينقسم إلى ألوية؛
- تشكيل قوة محمولة جوا بحجم لواء في كل قيادة عسكرية استراتيجية مشتركة كقوة ردع سريع؛
- خفض عدد الأفراد في المقرات الوزارية ومقرات القيادة، وتقليل الرتب الكبيرة من الضباط ، وزيادة الرتب الصغيرة، وخلق فئة جديدة من ضباط الصف المحترفين؛
- إعطاء الأولوية للأسلحة النووية في الإنتاج والاستعداد القتالي على غيرها من الأسلحة.

وفي سنة 2013 تم استحداث وحدة إدارة عمليات خاصة قادرة على تولي العمليات خارج الحدود الروسية، كما تضمنت الإصلاحات إعادة تسليح إقليم روسيا القطبي الشمالي وإعادة تشغيل المطارات والموانئ التي تعود للحقبة السوفياتية، كما صادق بوتين في 2014 على وثيقة العقيدة العسكرية الجديدة لروسيا ، والتي صنفت توسع حلف الشمال الأطلسي في الحدود الغربية الروسية، ونظام الدرع الصاروخي الأمريكي كأكبر تهديدين للأمن القومي الروسي، إضافة إلى انتشار قوات أجنبية في مياه الجوار الروسي. كما أكدت الوثيقة أن آليات التعاون الدولي في هذا المجال لم تعد كافية، مما يدفع روسيا إلى التصرف خارجها، حيث تهدد روسيا بوقف التنسيق الأمني مع حلف الشمال الأطلسي في حال استمرار مساعي التقارب بين أوكرانيا والحلف.

رابعا: المقوم الاجتماعي

ترتبط قوة الدولة بقوة وتماسك نسيجها المجتمعي، حيث يشكل التعدد الديني والعرقي واللغوي من عوامل تعزيز قوة وأمن الدولة واستقرارها، ويبلغ تعداد سكان روسيا حوالي 141 م ن سنة 2008 ، وتعاني البلاد من خلل ديمغرافي يتمثل في تناقص عدد السكان بسبب ارتفاع الوفيات والهدرة نحو الخارج، الأمر الذي دفع الحكومة الروسية إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات منها تحسين المستوى المعيشي والخدمات الصحية، وتشجيع الصناعات المحلية للأدوية والمستلزمات الطبية والتأمين الصحي ورفع حجم الإنفاق الحكومي على قطاع الصحة ، إضافة معالجة مشكل الهجرة من خلال اتخاذ سياسات لتنظيم الهجرة الشرعية وغير الشرعية.

ويعد التنوع القومي والديني من خصائص المجتمع الروسي منذ عهد الاتحاد السوفياتي، حيث يضم الشعب الروسي 581 مجموعة إثنية يشكل السلاف النسبة الأكبر ثم نجد التتار إضافة إلى الأوكرانيين والبشكير والجوفاش والشيشان والأرمن. وتعتبر اللغة الروسية اللغة الرسمية للبلاد، وعلى مستوى الديانات فغالبية الشعب الروسي من الأورثودكس والمسلمين والأرمن واليهود والبوذيين ، وينص الدستور الروسي على علمانية الدولة. لكن روسيا تعتبر نفسها دولة مسيحية أورثودكسية.

الفقرة الثانية: تجليات الصعود الروسي كقوة مراجعة للنظام العالمي

استطاعت روسيا العودة إلى وضعها الطبيعي كدولة محورية ووريثة للاتحاد السوفياتي خاصة في عهد " فلاديمير بوتين"، الذي أعاد لروسيا هيبتها داخليا وخارجيا، كما عمل على تحقيق إقلاع اقتصادي مهم، معتمدا على كل المقومات التي سبق التطرق لها سالفا . حافظ خلال العهدتين الأولى والثانية (2000- 2008) على مهادنة الولايات المتحدة الأمريكية في البداية، وخلال مؤتمر ميونيخ الذي انعقد يومي 9و10 فبراير 2007 وجهت روسيا عدة انتقادات لواشنطن حول مسألة الهيمنة على العالم، وقد فرضت روسيا نفسها كقوة دولية وإقليمية من خلال عدد من الملفتاتكالملف النووي الإيراني من خلال بناء محطة بوشهر النووية ومساندة ايران في حقها في امتلاك التكنولوجيا النووية السلمية، حيث أعلن بوتين أنه يسعى إلى تطير توجهات مع شركاء روسيا تكون مقبولة لشركائها الإيرانيين، ورفضت الرضوخ للولايات المتحدة الأمريكية بعد تزويد ايران بمفاعل نووي وبالتكنولوجيا النووية السلمية، وعارض استخدام القوة ضد ايران،[2403] كما كرست روسيا هذا التوجه من خلال إلغاء اتفاقية مع الولايات المتحدة الأمريكية تقضي بعد تزويد روسيا لإيران بمنظومة أسلحة متطورة، وذلك في إطار ايجاد توازن لسياستها الخارجية.

2403 وليم نصار،" روسيا كقوة كبرى " المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد20، شتنبر 2010 ، ص: 44

كما تجلى الدور الروسي المناوئ لمشاريع الولايات المتحدة عبر العالم في القضية السورية حيث تصدت روسيا للهجمة الدولية على سوريا من خلال استخدام الفيتو، إضافة إلى تقديم المساعدات بكل أنواعها الديبلوماسية في المحافل الدولية، والعسكرية من خلال صفقات السلاح بالتعاون مع الصين وإيران.

وتشكل القضية الأوكرانية قضية محورية لروسيا بالنظر إلى عدد من المعطيات منها الموقع الاستراتيجي لأوكرانيا المجاور لروسيا من جهة الغرب، وكذا غناها بالثروات الطبيعية، وتعود جذور هذه الأزمة إلى 2013 وهي سنة محاولة انضمام أوكرانيا للاتحاد الأوربي وما واكبها من صراع بين أنصار الاندماج والحكومة الموالية آنذاك لروسيا، فتسارعت الأحداث وانتهت بتدخل روسيا في أوكرانيا، وضمها لشبه جزيرة القرم في مارس 2014 وإعلان جمهوريتين شعبيتين في دونيتسكولوهانسك يترأسهما روس[2404].

بالمقابل وافق الرئيس الأوكراني " زيلنسكي" في شتنبر 2020 على استراتيجية الأمن القومي الجديدة لأوكرانيا والتي تنصُّ على تطويرِ شراكة مميّزة مع الناتو بهدف الحصول على عضويّة داخل الحلف. وهو الأمر الذي ترفضه روسيا تماما على اعتبار أن أوكرانيا جزء لا يتجزأ من المجال الحيوي لروسيا وأن أمنها القومي مرتبط بأمن أوكرانيا التي لا يمكنها الانضمام للاتحاد الأوربي وإلى حلف الشمال الأطلسي، وأخبرت الولايات المتحدة الأمريكية بذلك.

خاتمـــة:

شهدت شبكة العلاقات الدولية نهاية القرن العشرين تغيرا واضحا في ميزان القوى خاصة بعد انهيار الاتحاد السوفياتي، وتربع الولايات المتحدة الأمريكية على عرش العالم في إطار ما سمى بالنظام العالمي الجديد ذي القطب الواحد، لكن تسارع الأحداث وعجز الولايات المتحدة على إقرار الأمن والسلم العالميين وتنامي الإرهاب والحروب. سيؤدي إلى تغير مشهد القوة العالمية الانتقال من صيغة تقوم على قوة عظمى واحدة و عدد من القوى الكبرى ، إلى قوة عظمى إضافة إلى قوة عظمى محتملة ناشئة معها عدد من القوى الكبرى.

وقد بدأت روسيا تبرز في السنوات الأخيرة كقوة عظمى بالنظر لتصاعد الدور الروسي في النظام الدولي وتزايد فعاليته ارتباطا بالتوجهات الجديدة للقيادة الروسية بزعامة بوتين، عبر استغلال الظروف الراهنة التي تشهد تراجع الدور الأمريكي وبروز قوى اقتصادية أخرى كالصين واليابان، ومستفيدة كذلك من مقوماتها الجيواستراتيجية والاقتصادية والعسكرية الدولية، محاولة بذلك استرجاع أمجاد الاتحاد السوفياتي.

لائحة المراجع:

- أحمد النعيمي ،" النظام العالمي الجديد منذ مرحلة التأسيس إلى عملية البناء والتنفيذ" ، صحيفة 26 شتنبر، ع، 1337، 19 يوليوز 2007.
- جماعة من المؤلفين ، "تاريخ عصرنا"، تعريب د نور الدين حاطوم ، دار الفكر ، دمشق، 1985.

2404 أسباب الحرب بين روسيا وأوكرانيا.. جذور الصواع وتطوراته "نشر بتاريخ 24-02-2022 اطلع عليه بتاريخ 6 -07 2022 الساعة 11:00
https://gate.ahram.org.eg/News/3420508.aspx

- حميد حمد السعدون، "فوضوية النظام العالمي الجديد وآثاره على النظام الإقليمي العربي، دار المطبعة العربية ، الأردن، 2001.
- حسن البزاز،" عولمة السيادة(حال الأمة العربية)"، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت، 2002 .
- فيصل بن علي الكاملي ،" الشيوعية والفاتيكان والنظام العالمي الجديد"، مركز البحوث والدراسات ، مجلة البيان، الطبعة الأولى2010.
- سمير أمين " من أجل إرساء أسس جديدة بين شعوب الجنوب" ، ترجمة مصطفى مجدي الجمال، منتدى العالم الثالث 2003.
- مصطفى عبد الله خشيم ، "قضايا وأزمات معاصرة "، المؤسسة العالمي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 1990.
- وليم نصار،" روسيا كقوة كبرى " المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد20، شتنبر 2010
- يحيى اليحياوي ،" كونية الاتصال، عولمة الثقافة، شبكات الارتباط والممانعة" منشورات عكاظ، الرباط، 2004 .

Bibliographie.

- Bouvet C.et Lambin J .M.H.G3e, Hachette Education , Paris , 2003.
- EncyclopédiaUniversalis, France , Tome 11 ,Paris,1989
- Marcel De Hass ; »Russia's Military Reforms :Victory after Twenty Yearsof Failure ? »ClingendaelPaper;no 5;Netherland Institue of International Relations; Hague;2011
- P.H.Spaak , combats inachevés , fayard 1969 , In clause P et autres , « Histoire.Géographie .T , Hachette Education ,1998.
- Jean Michel Lambin , « Histoire Terminale S » Edition Hachette Education, Paris ,2004
- Russia :The Long Journey to Recovery « RussiaEconomic Report ;No 35 ;Word Bank Group : Microeconomic and Fiscal Management ;(April 2016) .

Webographie

- www ..ahram.org.eg

العلاقات الصينية الإسرائيلية و انعكاسها على القضية الفلسطينية

The impact of Chinese-Israeli relations on the Palestinian issue and its repercussions

الدكتور : عدنان نعيم محمد عبدالله

مدير عام التدريب والتطوير الإعلامي وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية (وفا).

المستخلص

تناولت الدراسة العلاقات الصينية الإسرائيلية وانعكاسها على القضية الفلسطينية، وهدفت لمعرفة مدى تطورالعلاقات الصينية الإسرائيلية وانعكاسها على القضية الفلسطينية. كذلك التعرف على التطور التاريخي للعلاقات الإسرائيلية الصينية تجاه القضية الفلسطينية، ودراسة مستقبل العلاقات الإسرائيلية الصينية في ظل المتغيرات الدولية والإقليمية المعاصرة. ثم تحديد الموقف الصيني تجاه القضية الفلسطينية ومدى تأثيره على تطورها، وبيان طبيعة العوامل المؤثرة وكيفية تعامل الأدبيات المحلية والعربية مع الموقف الصيني تجاه قضايا الشرق الأوسط من جهة وتجاه القضية الفلسطينية من جهة أخرى؛ وذلك من ناحية حجم الاهتمام وطبيعة الموقف. واتبعت الدراسة المنهج المقارن للمقارنة بين العلاقة السياسية الخارجية الصينية والعلاقة السياسية الاسرائيلية وتأثيرها تجاه القضية الفلسطينية، وكذلك المنهج الوصفي التحليلي.

من اهم نتائج الدراسة يشكل الشرق الأوسط ساحة غاية بالأهمية للصين (من الناحية الاقتصادية الحزام والطريق). لم يستثمر العرب المصالح الصينية والموقف الصيني للحصول على دعم استراتيجي للقضايا العربية والقضية الفلسطينية على وجه الخصوص. اوصت الدراسة بعدد من التوصيات منها العمل على تحسين العلاقات بين الدول العربية والصين على أساس المصالح المشتركة، وتوصي الدراسة بالتركيز على الحصول على التكنولوجيا عالية الدقة. ضرورة ان تكون الدول العربية عنصرًا فاعلًا ومؤثرًا بالنظام الدولي.

الكلمات المفتاحية: العلاقات، الصينية والإسرائيلية، القضية الفلسطينية. انعكاسها

Abstract:

The study dealt with Chinese-Israeli relations and their impact on the Palestinian situation, and aimed to identify the extent of Chinese-Israeli relations and their impact on the Palestinian issue. Also, learning about the historical development of Israeli cultural relations towards the Chinese-Palestinian issue, and studying the future of Chinese cultural relations in light of the contemporary international and regional outlook. Then determine the current location of the Palestinian situation and the extent of its impact on her experience, Explaining the nature of the influencing factors and how local and Arab literature deals with the Chinese position towards Middle East issues on the one hand and towards the Palestinian issue on the other hand. This is in terms of the amount of interest and the nature of the situation. The study followed the comparative approach to compare the Chinese foreign political relationship with the Israeli political relationship and their impact on the Palestinian issue, as well as the descriptive and analytical approach. One of the most important results of the study is that the Middle East is an extremely important arena for China (from an economic standpoint, the Belt and Road). The Arabs did not exploit Chinese interests and the Chinese position to obtain strategic support for Arab issues and the Palestinian issue in particular. The study recommended a number of recommendations, including working to improve relations between Arab countries and China on the basis of common interests. The study recommends focusing on obtaining high-precision technology. The need for Arab countries to be an active and influential element in the international system.

Keywords: relations, Chinese and Israeli, the Palestinian issue. Repercussions

مقدمة:

يعتبر الشرق الاوسط من أولويات السياسة والمصالح الخارجية الصينية ، من عقود طويلة ، ارتبط ذلك أحيانًا بدوافع أيديولوجية، وأحيانًا أخرى بدوافع براغماتية، سعيًا إلى تحقيق مصالحها الاستراتيجية، وقد تدرج هذا الاهتمام منذ الخمسينيات وإلى الآن بصورة أو بأخرى، ليصل إلى الوضع الحالي للعلاقات الدولية، والقائم على الموازنة بين مصالحها العالمية مع القوى الكبرى ودورها على الساحة العالمية سياسيًا واقتصاديًا وعسكريًا، ومصالحها الإقليمية واهتمامها بإقامة علاقات اقتصادية وعلمية وتكنولوجية مع إسرائيل وتحرص الصين على لعب دور ما في التسوية الشرق الأوسطية، وتعود هذه الرغبة إلى اعتقاد بكين أن مصالحها الكبيرة في منطقة الشرق الأوسط تتطلب منها تحركًا ما للحفاظ على الاستقرار وعدم الانحياز إلى أي طرف من أطراف الصراع، وعليه فإن الإرادة السياسية للقيام بدور فاعل وريادي في هذه المنطقة، سيجعل الحضور الصيني جيو- إستراتيجيا محكومًا بالدور الأمريكي مع ميل الصين للتصدي لأي احتمالية للتقدم الأمريكي.

تعود بداية تاريخ العلاقات الثنائية بين جمهورية الصين الشعبية ودولة فلسطين إلى عهد الرئيس "ماوتسي تونغ"، فدخلت العلاقات الثنائية الصينية – الفلسطينية مرحلة جديدة، تتعزز بحسب الثقة السياسية المتبادلة ويزداد التعاون الاقتصادي، ويتطور التبادل الثقافي؛ كما إن مبادرة الحزام والطريق الاقتصادي لطريق الحرير وطريق الحرير البحري للقرن الحادي والعشرين تعد فرصًا جديدة لتعميق العلاقات الصينية – الفلسطينية، بالنسبة للصين، أدركت الصين أن تطوير علاقتها مع إسرائيل لن يضر بمصالحها في المنطقة العربية. أما بالنسبة لإسرائيل: أدركت إسرائيل أن الصين من القوى الصاعدة في النظام الدولي، وأن التوقعات للعام 2030 سوف تكون الصين صاحبة أكبر اقتصاد بالعالم، هذا دفع السياسة الخارجية الإسرائيلية لتسارع الخطى بتطوير علاقاتها مع الصين. على المستوى الثقافي؛ ففتحت مراكز لتعليم اللغة الصينية في الجامعات العبرية، وكذلك معاهد لتعليم العبرية في الصين.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في التساؤل الرئيس التالي: (ما طبيعة تطور العلاقات الصينية الإسرائيلية ومدى تأثيرها على مستقبل موقف الصين تجاه القضية الفلسطينية بين عامي 1949- 2024).

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة للتالي:

1. معرفة مدى العلاقات الصينية الإسرائيلية وانعكاسها على القضية الفلسطينية.
2. التعرف على التطور التاريخي للعلاقات الإسرائيلية الصينية تجاه القضية الفلسطينية.
3. دراسة مستقبل العلاقات الإسرائيلية الصينية في ظل المتغيرات الدولية والإقليمية المعاصرة.
4. تحديد الموقف الصيني تجاه القضية الفلسطينية ومدى تأثيره على تطور العلاقات الصينية الإسرائيلية، وبيان طبيعة العوامل المؤثرة على الموقف الصيني تجاه القضية الفلسطينية.
5. بيان كيفية تعامل الأدبيات المحلية والعربية مع الموقف الصيني تجاه قضايا الشرق الأوسط من جهة وتجاه القضية الفلسطينية من جهة أخرى.

أهمية الدراسة:

تنقسم الاهمية الى الاهمية العلمية والعملية، فالجانب العلمي مرتبط بدراسة التحولات في موازين القوى الدولية وتأثيرها على العلاقات بين الدول الكبرى وتأثير التحولات في السياسة الصينية من الناحية والاهمية العملية على القضية الفلسطينية. والدور الذي لعبته السياسة الخارجية الصينية بوصفها قوة فاعلة على مستوى الساحة الدولية بشكل عام والقضية الفلسطينية بشكل خاص. وتكمن أهمية العملية في تحديد واضح لإنعكاسات هذه العلاقات، ومدى تأثيرها على القضية الفلسطينية التي تشهد

محاصرة سياسية ودولية من خلال التطبيع والانحياز الأمريكي لإسرائيل وقطع المعونات العربية، لا سيما مع تنامي قوة النفوذ الصيني في المنطقة، وتطور العلاقات الصينية الإسرائيلية في كافة المجالات.

منهجية الدراسة:

اتبعت الدراسة المنهج المقارن المقارنة بين العلاقة السياسية الخارجية الصينية والعلاقة السياسية الاسرائيلية وتأثيرها تجاه القضية الفلسطينية. وكذلك المنهج الوصفي التحليلي.

الاطار النظري:

العلاقات الصينية الإسر ائيلية:

تواجه الصين، وهي تصعد كقوة مؤثرة عالميًا، تحديات في الشرق الأسط تتمثل في وجود العديد من الأطراف الفاعلة ذات المصالح المتشابكة والعديدة في العديد من المجالات والميادين الدولية؛ ما يجعل من السياسة الخارجية الصينية غاية في التعقيد؛ ما يدفعها إلى السير بحذر شديد في رسم علاقاتها بدول الشرق الأوسط، وخاصة المنطقة العربية؛ إذ إن المنطقة العربية والإسلامية الشرق أوسطية فيها العديد من المصالح للصين كالنفط وتجارة الأسلحة والموقع الجيوسياسي والممرات المائية الدولية في الشرق الأوسط، إضافة إلى القضية الفلسطينية كقضية احتلال إسرائيلي مرتبط بالاستعمار العالمي الأمريكي وما للقضية الفلسطينية من أهمية عربية وإسلامية ودولية؛ ومن منحى آخر وجود إسرائيل بكل تحالفاتها مع منافسي الصين الدوليين (أمريكا وأوروبا)، وحجم العلاقات المتبادلة القائمة على المصالح لكلا الطرفين الصيني والإسرائيلي، وحالة الصراع العربي الإسرائيلي.

في هذه البيئة الجيوسياسية تتحرك السياسة والعلاقات الصينية الخارجية؛ ما يجعل الصين تبني شبكة علاقاتها وسياساتها الدولية، وخاصة الشرق أوسطية تحت شعار التوازن في المواقف من ناحية، والمبادئ الأخلاقية من ناحية أخرى؛ إضافة إلى مراعاة مفاهيم الاستقرار والسلام والتعاون المشتركة، وتدعم ما يتفق عليه أطراف الصراع (القضية الفلسطينية)؛ سعيًا منها لتحقيق طموحاتها العملاقة المنبثقة من خطة الإصلاح والانفتاح والتي تتوجت نتائجها بخطة الحزام والطريق كمشروع صيني استراتيجي عملاق. في حين تسعى إسرائيل إلى تثبيت شرعية بقائها دوليًا، كما تسعى للبقاء تحت أجنحه أقوى دولة عظمى لترعاها وتحميها وتؤمن مصالها، وتتطلع للصين بأنها في طريقها للتربع على عرش النظام الدولي. وتواجه الصين والدول العربية تحديات عديدة تتسم بعالمية التأثير؛ ما يجعل للتعاون المشترك فيما بينهما أهمية كبيرة لمواجهة هذه التحديات، ومن أهمها:

يعاني الاقتصاد العالمي من تراجع حاد في معدلات النمو؛ إذ تشير توقعات صندوق النقد الدولي إلى تباطؤ معدلات النمو الاقتصادي العالمي من 6, 0% عام 2021 إلى 3, 2% عام 2022، ثم 2, 7% عام 2023، ما يمثل أضعف أنماط النمو على الإطلاق منذ عام 2001، باستثناء فترة الأزمة المالية العالمية والمرحلة الحرجة من جائحة "كوفيد-19"، فضلًا عن ارتفاع معدلات التضخم العالمي من 4,7% عام 2021 إلى 8, 8% عام 2022، مع التوقعات بتراجعه إلى 6, 5% عام 2023، ثم 4, 1% عام 2024[2405].

غير أن استمرار الأزمات الدولية المؤثرة بشكل كبير في انخفاض معدلات النمو الاقتصادي العالمي وارتفاع معدلات التضخم العالمية، وكذلك تفاقم الحرب الروسية الأوكرانية، ودخول أطراف أخرى على خط المواجهة، من شأنه أن يزيد الوضع الاقتصادي سوءًا خلال السنوات المقبلة؛ ما يفرض ضرورة التعاون متعدد الأطراف باعتباره أداة ضرورية لتسريع مسار التعاون الاقتصادي والتنموي[2406].

أسس السياسة الخارجية الصينية:

(2405) آفاق الاقتصاد العالمي، " التصدي لتكلفة المعيشة، صندوق النقد الدولي، 22 أكتوبر 2022، تم الاسترجاع من https://www.imf.org/ar/Publications/WEO/Issues/2022/10/11/world-economic-outlook-october-2022

(2406) الأزرق، عماد، "الصين والدول العربية.. مرحلة جديدة من التعاون والتوازن الاستراتيجي"، *مجلة آفاق مستقبلية*، مركز المعلومات و اتخاذ القرار، يناير، 2023، ص: 195.

ينظر إلى مصطلح السياسة الخارجية، بأنه نشاط الدولة على المستوى الخارجي في إطار النظام الدولي الحديث، وتهتم دراسة السياسة الخارجية بعدة أبعاد أهمها:

- البعد الأول في أن الفعل الخارجي لا يقتصر على الدولة؛ بل يشمل أشكال وتجليات التعامل الخارجي حتى لو لم يكن صادرًا عن الوحدة الدولية كحقيقة سياسية نظامية مثل نشاط الجماعة الحضاري.
- البعد الثاني للسياسة الخارجية فيوزع على مستويين (تجريبي وقيمي)، في المستوى التجريبي يدور الحديث حول الواقع القائم؛ أما القيمي فيتمحور حول الأهداف والمنطلقات الفكرية والأيديولوجية المثالية.
- البعد الثالث فيتمثل في تطويع إرادة الآخرين: وتقوم السياسة الخارجية على تطويع إرادة الآخرين سواء بالإقناع والترغيب والتشاركية أو بالإكراه والعنف.
- البعد الرابع أن السياسة الخارجية أحد ميادين النظرية السياسية، وامتدادًا للسياسة الداخلية(2407).

"وتعتبر السياسة الخارجية محصلة لتفاعل تأثيرات البيئة الداخلية والخارجية، وتشمل العوامل الداخلية (الجغرافيا والسكان والاقتصاد والجانب العسكري، وتأثير الأحزاب السياسية والرأي العام والإعلام الوطني وجماعات الضغط والأيديولوجيا والثقافة السياسية)؛ فيما تشمل العوامل الخارجية (توزيع القوة الإقليمي وعمليات النظام الدولي المعاصر، وتوازنات القوى الدولية ودور المؤسسات والمنظمات الدولية والإقليمية العابرة للحدود والقارات)" [2408].

ويتفق الضالعون بالعلاقات والسياسات الدولية المعاصرة، أنها تجري مزدحمة بالأحداث والمتغيرات والعوامل الخارجية المتشابكة وليس في حوارات وتفاعلات ذاتية؛ ما يجعل من عملية صنع القرار غاية في الدقة والتعقيد والصعوبة؛ لأن صانع القرار يجب أن يدرك مساحات المناورة والانسجام والتنافر بين المتغيرات الداخلية والخارجية وتأثيرات تلك العلاقات وتداخلها وانعكاساتها على مستقبل هذه السياسات.

في كتاب "السياسة الدولية: إطار للتحليل" للكاتب هولستي نجد أنه يعرف السياسة الخارجية، على أنها "سلوك الدولة في تعاطيها مع البيئة الخارجية للنظام الدولي المكون من فواعل دولانية وغير دولانية، بحيث تكون الأفكار والأهداف والأغراض لأي قرار خارجي واضحة، ويتم ترتيب هذه الأهداف بناء على الأولويات والمستجدات الطارئة، وتشمل أهدافًا منطقية واقعية وقابلة للتحقيق على أرض الواقع، وتأخذ بالحسبان الطاقات والقدرات والإمكانات التي تمتلكها الدولة" [2409].

ويرى "جرل روساتي"، وهو أستاذ السياسة الخارجية والعلاقات الدولية في جامعة ولاية كارولينا، "أن السياسة الخارجية تعتبر عملية مستمرة ومعقدة شاملة متكاملة، وهي درجة التدخل في القضايا الدولية العامة بغض النظر ما إذا كان التدخل تعاونيًا تشاركيًا أم صداميًا عنيفًا من خلال الأهداف والاستراتيجيات والآليات والأدوات التي تعتمدها أجهزة الدولة ومؤسساتها المعنية"[2410].

وكانت الأهداف الخارجية للدول المتضمنة للأمن القومي والاستقلال والسيادة والتنمية الاقتصادية ورفاهية المجتمع، أهم ما ركزت عليه غالبية الدراسات والأبحاث المتعلقة بالسياسة الخارجية. وفي هذا الإطار تسعى الدول لتوسيع دائرة الحلفاء والأصدقاء والشركاء، ومحاولة تصفير معسكر الخصوم والأعداء وتقدير قوة وإمكانات الخصوم وتوجهاتهم واستراتيجياتهم على الصعيد الإقليمي والدولي ومدى تأثير تلك المخاطر على قدرة الوحدة السياسية على مواجهة أي تهديد أو خطر قد يتشكل من هؤلاء الخصوم.

التطور التاريخي والتحولات للسياسة الخارجية للصينيه:

(2407) حامد ربيع حامد، *الحرب النفسية في المنطقة العربي*، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1994، ص: 131-132.

(2408) *هدى* شاكر معروف، *أثر المتغيرات الداخلية في صنع السياسة الخارجية* الإسرائيلية - (رسالة ماجستير) · بغداد: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم , 1988 ص 13-30.

(2409) k. l Holisti. *International politics Aframework for Analysis*. New Jersy. 1992-p. 2

(2410) Jerel Rosati. The Politics of the United States Foreign Policy. Wordsworth: Thomson Learning. 1999,p. 35

في المرحلة الأولى: وفق نظرية مؤسس الصين الحديثة "ماو تسي تونج" والتي تميزت بمرحلة قبضة الحزب الأيديولوجية على مسار ومحددات السياسة الصينية الخارجية، وخصوصًا في مرحلة النظام الدولي ثنائي القطبية ومرحلة بناء الصين الموحدة، كانت الصين تنظر استراتيجيا إلى إسرائيل على أنها أداة بيد الإمبريالية العالمية المتمثلة بالولايات المتحدة الأمريكية، وكانت تدعم السياسات العربية بخصوص تحرير فلسطين.

في المرحلة الثانية (مرحلة الحرب الباردة): حافظت الصين على علاقات توازن واستقرار وتجنب الصراعات، لتحقيق مكاسب أكثر مما تحققها في دخولها صراعات، لا سيما أنها كانت في بدايات الصعود إلى الحلبة الدولية.

في المرحلة الثالثة (مرحلة الانفتاح): هذه هي مرحلة غياب النظريات والأيديولوجيات لصالح الليبرالية والانفتاح الاقتصادي عام 1978 التي بدأت في عهد الرئيس الصيني دنغ شياوبينغ في تغيير وجه الاقتصاد الصيني، اعتبرت فيها الصين أن التداخل في المصالح والعوامل الاقتصادية والسياسية والاستراتيجية والداخلية أساس تشكل السياسة الخارجية الصينية [2411].

فالصين أكبر بلد من حيث السكان والاقتصاد (رقم واحد عالميًا، من حيث السلع والخدمات المنتجة) [2412].

وشعارها الذي رفعته منذ مطلع تسعينيات القرن الماضي، "التوسع السلمي" ساهم في خلق طمأنينة للوحدات الدولية مثل كوريا الجنوبية واليابان وتايوان وسنغافورة؛ وأن ليس لها نزعات توسعية واستعمارية، ما خلق حالة من الاستقرار العام في سياستها الخارجية؛ ما زاد من منسوب العلاقات الاقتصادية والتبادلية الاقتصادية مع معظم دول العالم، وكان هذا المبدأ أحد الخيارات الليبرالية الناجحة لتجنب استفزاز أمريكا ومصالحها، وخاصة في شرق آسيا (شبة جزيرة كوريا واليابان وتايوان) [2413].

وفق ما تم استعراضه فقد حددت الصين الشعبية أهدافها السياسية الخارجية من خلال النقاط الآتية:

1. ضمان الوحدة الجغرافية والإقليمية للصين الكبيرة، الممتدة فوق مساحات شاسعة ممتدة والمتعددة عرقيًا ودينيًا واقتصاديًا؛ وهذا يتطلب بذل كل الممكن لمنع أي تدخلات خارجية في شؤونها الداخلية، وخاصة فيما يتعلق بالأقليات في (التبت وتركستان). من أجل ذلك فتحت الصين قنوات اتصال مباشرة وغير مباشرة مع العديد من دول العالم، بما فيها إسرائيل لتحديث جيشها وقواتها المسلحة، لا سيما في ظل استراتيجية الصين لتقليل عدد الجنود وزيادة فعالية العامل التقني والتكنولوجي، واعتمدت الصين سياسة الانفتاح الاقتصادي ("نتشارك معًا، نستفيد معًا"؛ عكس السياسة الأمريكية القائمة على الهيمنة والاستهانة بسيادة الوحدات الدولية). فحققت الصين منها مكاسب اقتصادية وعلاقات دولية حسنة مع الكثير من الدول، لذا وصلت إلى أسواق المواد الخام، وخاصة النفط، ومررت تجارتها الدولية بسلاسة وبلا معيقات جوهرية؛ ما زاد منسوب النمو الاقتصادي بفعل الاستقرار الذي مهد لقدوم استثمارات أجنبية ونمو تجارة خارجية وشراكات اقتصادية مع العالم الخارجي بفعل التعاون المتبادل مع العديد من الأقطاب الاقتصادية في الشرق والغرب[2414].
2. الاستمرار بتحقيق معدلات نمو اقتصادي متصاعدة ومتنامية تتجاوز العشرة بالمئة مع ضمان الوصول إلى الاستثمار الأجنبي والأسواق الخارجية والتكنولوجيا المتطورة، لا سيما في علاقاتها مع أوروبا واليابان والمنطقة العربية[2415].
3. العلاقة الجيدة مع مصدري الطاقة والبترول والمواد المعدنية الأخرى، خاصة في الخليج العربي والشرق الأوسط وفي إفريقيا، وضمان أمن البترول وبواباته ومعابره المتعددة، تشير الدراسات إلى أن الصين تستورد أكثر من 55% من حاجاتها من النفط من هذه

(2411) James Chen,The Emergense of China in the Middle East, Strategice Forum at National Defense Uneversity,December 2011,No. 271,P: 1-6.

(2412) Wayne Morrison, China Economic Rise: History Trend, Challenges and Implications and for the United States, Congressional Research Serves, July 2013. p. 1-9.

(2413) Aharon Ze,eve Farkash. Israael Strategic environment, Strategic Assessment, August 2002,vol. no. 2 Bart, Roni and Limer Simhon. Israel and the international system in the Middle East strategic balance. 2007-2008. Tel Aviv. the institute of National Security Stydint. p: 14

(2414) M. Taylor Fravel, "Intrnational Relations Theory and China's Rise: assessing China's Potentiol for Territorial Expansion "International Stadis review, No,12,2010,p505-532.

(2415) Phar Kim Beng & Viic Li, "China's Energy Dependense on the Middle East: Boon or Bane for Asisn Security ",The China and Eurasia Forum quarterly, Vol. 3,No. 3,NOV. 2005,P. 19-26.

المناطق؛ وهذا ما يفسر العلاقة الجيدة ذات القيمة الاعتمادية المتبادلة مع إيران، حيث تطغى على العلاقات بين البلدين عوامل الطاقة، والسوق، ومبيعات السلاح، والاستثمارات الخارجية[2416].

السياسة الدولية للصين في الشرق الأوسط (علاقات مع العرب وإسرائيل- مصالح متبادلة):

تراعي الصين التوازنات الدولية في علاقاتها مع إسرائيل ودول الشرق الأوسط. ومع التقدم الصيني في العلاقات بقوة نحو الشرق الأوسط، فإن المنفعة العربية الصينية متبادلة؛ إذ ترى الصين أنها من خلال العلاقات الاقتصادية والموقع الجغرافي للشرق الأوسط تحقق طموحاتها المستقبلية وتضاعف الأرباح الآنية؛ كما تضمن الاستفادة من النفط العربي لدفع عجلة التصنيع الصيني إلى الأمام، لا سيما أن الصين تعدُّ المستورد الأكبر للنفط العربي؛ من جهة أخرى يستفيد العرب من أرباح النفط والتكنولوجيا الصينية المتقدمة؛ كما يستفيد العرب من حاله الاستقرار الذي تفرضه الولايات المتحدة في الشرق الأوسط. كذلك فإن المصلحة العربية تتعاظم في حال تعدد القطبية والتنافس الأمريكي الصيني في الشرق الأوسط؛ ما يؤثر بالتأكيد على اتجاهات المصلحة السياسية للوحدات الدولية في المنطقة وما يمكن أن تحققه المصالح المتبادلة في إطار الاستقرار بالشرق الأوسط.

ويمكن القول في تحليل وتفسير السلوك العالمي: إن الصين تصرفت ببرجماتية مطلقة وفق النظرية الواقعية الجديدة للعلاقات الدولية، التي يتم بها موازنة دوافع واحتياجات بكين الوطنية وطموحاتها الجيواستراتيجية مع تنوع الوسائل وآليات تحقيق هذه الدوافع طبقًا للظروف الوقتية؛ وليس وفقًا لقيم محددة أو مبادئ ثابتة. بمعنى أنه رغم اعتقاد الصينيين أن استخدام القوة أو التهديد بها هو أكثر الوسائل فاعلية لممارسة القوة ولمعالجة مخاوفهم الأمنية العميقة، ورغم اعترافهم بإمكانية استخدام وسائل أخرى أيضًا، فقد تبنى القادة الصينيون سياسة أكثر براجماتية، والتي تعرف بأنها سلوكيات منضبطة لا وفقًا للقيم المحددة أو المبادئ الثابتة، بل تكون مدفوعة ومشروطة بشكل كبير باحتياجات الصين الوطنية.

اما بالنسبة لإسرائيل واهتمامها بتطوير علاقة استراتيجية مع الصين فإنها ترى مستقبلًا معها في العلاقات الدولية الإسرائيلية مع دولة قد تتبوء المقعد الأكبر والأبرز في عرش النظام الدولي متعدد القطبية الذي يتبلور؛ ما يعطي إسرائيل ضمانه البقاء والاستمرار في نظام دولي متغير باستمرار.

العلاقات الصينية الإسرائيلية- السياق تاريخي:

تنامت العلاقات الصينية الإسرائيلية بشكل كبير في السنوات الماضية؛ إذ سعت "إسرائيل" للاستفادة من تنويع وتوسيع علاقاتها السياسية والاقتصادية مع إحدى الدول الكبرى، ومع أسرع اقتصادات العالم نموًا؛ بينما تسعى الصين للاستفادة من التكنولوجيا الإسرائيلية، غير أن الطرف الإسرائيلي لا يريد لهذه العلاقات أن تتسبب بأضرار على علاقته الاستراتيجية الحيوية مع الولايات المتحدة الأمريكية، والتي تبرز خطوطها الحمراء كمحدد رئيس لهذه العلاقة؛ أما الصين فترغب بعلاقات نشطة ولكن في "الظلّ"، وبما لا ينعكس سلبًا على علاقاتها العربية والإسلامية، حيث السوق الهائل لتجارتها الخارجية، كما تحاول أن تحافظ على موقفها التقليدي في دعم قضية فلسطين حتى ولو بشكل ظاهري لتحافظ على مكانتها على ساحة السياسة الخارجية[2417].

تعتبر العلاقة الخارجية لكل من الصين وإسرائيل جزءًا من العلاقات الخارجية تجاه القارة الآسيوية، التي سعت وتسعى إسرائيل لتنميتها والاهتمام بها، في إطار أهدافها لخلق آفاق سياسية مع هذه الدول، إلى جانب علاقاتها العميقة مع الدول الغربية، ومنذ تأسيس إسرائيل، بذلت جهودًا كبيرة من أجل الحصول على شرعية سياسية، وبناء علاقات دبلوماسية مع تلك الدول، وكان لوزير الخارجية الإسرائيلي آنذاك" موشي شاريط – سفير إسرائيل في بورما " الباع الكبير في تدعيم العلاقات في المنطقة؛ ما أدى لانضمام إسرائيل مؤقتًا إلى الاتحاد الآسيوي لكرة القدم، ثم بعد ذلك تم طرد إسرائيل من الاتحاد [2418].

(2416) Yoran Evron, Sion- Israeli Relations: Opportunities and Challenges,Strategic Assessments, August 2007,Vol. 10, No. 2,p. 1-7.

(2417) An Gang,The Core of Issue: China's Declaration of Its Key Interests Misinterpreted by Many, Beiging Review. Available at; http: //www. bjreview. com. cn /world/txt/201308/26/content_563009. htm. (Accessed;16-06-2022)

(2418) غازي ربايعة، الاستراتيجية الإسرائيلية 1967 -1980 ،(الزرقاء: مكتبه المنار، 1983)، ص459.

ISSN:2509-0291

وكان للضغط العربي دورًا مهمًا في عدم قدرة ونجاح إسرائيل لبناء علاقات دبلوماسية والانضمام للاتحاد واقتحام آسيا، من خلال ما تملكه الدول العربية من وسائل ضغط أهمها المصالح النفطية والاستراتيجية في الشرق الأوسط للدول الغربية مع الدول العربية، وكذلك لموقف دول عدم الانحياز التي كان موقفها معارضًا تمامًا لإسرائيل؛ كونها أداة بيد الإمبريالية العالمية، وقائمة على أساس الاستيطان والتهويد وطرد الفلسطينيين من أراضيهم.

كذلك عدم مساعدة الولايات المتحدة إسرائيل في إقامة علاقات مع الدول الآسيوية بسبب خلافات عدد من تلك الدول مع الولايات المتحدة في كثير من القضايا؛ ما جعل العلاقة المتقدمة ما بين أمريكا وإسرائيل بمثابة المانع القوي أمام أي تقارب. أما السبب الأخير فكان عدم وجود علاقات تاريخية ولا أبعادًا ثقافية تربط إسرائيل بتلك الدول، واستمر الحال حتى عام 1978 حيث خطة الإصلاح والانفتاح، حيث كانت العلاقات تأخذ طابع التعاون العسكري السري؛ إذ سعت الصين لتحديث جيشها محاولة الاستفادة من التكنولوجيا العسكرية الإسرائيلية، إضافة إلى ذلك ساهمت اتفاقية كامب ديفيد وتغير الموافق العربية من إسرائيل في التحولات السياسية الخارجية الصينية تجاه الصراع العربي – الإسرائيلي، واستمر ذلك حتى بداية التسعينيات، وعلى وجه التحديد منذ كانون الثاني عام 1992 إذ كان لمؤتمر السلام – مدريد - مرورًا بتوقيع اتفاق أوسلو العامل الحاسم والرئيس في تمكن إسرائيل من دخول ساحة آسيا.

واعتبرت الصين الدولة الأُولى الآسيوية التي كسرت حلقة العلاقة الجامدة تبعتها الهند ثم فيتنام، في رغبة من تلك الدول أن يكون لها مكانة وموطئ قدم في هذه التغيرات الدولية، وخاصة السياسية في الشرق الأوسط، واستغلال هذه التغيرات الدولية في رفع مستوى العلاقات الاقتصادية والسياسية مع إسرائيل، حيث استطاعت إسرائيل أن تقيم علاقات دبلوماسية مع 13 دولة آسيوية مع نهاية عقد التسعينيات، وكان لهذا الانفتاح أثر كبير في تطوير العلاقات الآسيوية الإسرائيلية، فقد ارتفع معدل التصدير الإسرائيلي إلى آسيا (من 6% إلى 10%)، حيث وصل إلى أربعة مليارات عام 1996.

وتطورت العلاقات في كافة المستويات، السياحة والتكنولوجيا والزراعة والري والأبحاث العلمية والتبادل التجاري البيني، بنسب متفاوتة فمثلًا، فقد ارتفعت مجالات التعاون ليصل حجم السفر إلى آسيا لأغراض سياحية من إسرائيل إلى 20 ألف سائح سنويًا[2419].

وكان لتطور العلاقات الصينية الإسرائيلية دورًا مهمًا في اقتحام إسرائيل للساحة الدولية الآسيوية، وفق ما يشير له الباحث "إسحاق شيحور"، حيث كانت محصورة قبل ذلك ببعض الدول القريبة من المعسكر الغربي، مثل اليابان وكوريا الجنوبية وسنغافورة وتايوان وهونكونغ. وبعد مطلع التسعينيات بنت العديد من الدول الآسيوية علاقات مع إسرائيل، يعني أن للعلاقة الصينية الإسرائيلية أثر عظيم في انطلاق إسرائيل نحو علاقات واسعة مع الدول الآسيوية، بل يمكن القول: إن الصين فتحت الباب أمام هذه العلاقات، وخاصة مع الهند وفيتنام كقوى آسيوية صاعدة دوليًا[2420].

بالرغم من ازدياد مستوى النظرة الإيجابية ل "إسرائيل" بين النخبة الصينية، إلا أن عامة الصينيين، كما تكشف استطلاعات الرأي، لا تشاركها هذه النظرة إذ بلغت النظرة السلبية 57% سنة 2017[2421]. ولقياس مستوى عمق العلاقة بين الطرفين، يمكن فحص عدة مؤشرات أهمها: تطور العلاقات الديبلوماسية بين الطرفين، ومتانة العلاقة العسكرية، التبادل التكنولوجي عالي الدقة والعلاقات الاقتصادية، والسياحة، والتبادل الثقافي.

(2419) .An Gang,The Core of Issue: China's Declaration of Its Key Interests Misinterpreted by Many, Beiging Review. Available at; http: //www. bjreview. com. cn /world/txt/201308/26/content_563009. htm. (Accessed;16-06-2022)

(2420) شحرور عزت، الصين والشرق الأوسط: ملامح مقاربة جديدة(الدوحة مركز الجزيرة للدراسات، 11حزيران /يونيو 2012).
http: //studies. aljazeera. net/reports/2012/06/2012611142554206350

(2421) مركز تقدير استراتيجي (116):العلاقات الصينية الإسرائيلية وآفاقها
https://www.alzaytouna.net/2019/11/21

على صعيد العلاقات الدبلوماسية، بقي مستوى الزيارات المتبادلة ثابتًا في الفترة 1992-2018؛ ولكنها في المقابل زادت قوة مع كل من السعودية وإيران. أمّا في مجلس الأمن فقد سجل تصويت الصين استمرارا لسلوكها السياسي المعتاد؛ إذ إنّ الصين في القرارات التسع المتعلقة بقضية فلسطين، والتي تُطرح سنويًا على المجلس قد صوتت في الفترة من 1992 -2016، باستمرار مع الصياغات المعتادة الداعمة لفلسطين، والتي تدين "إسرائيل"[2422].

المحدد السياسي للعلاقات الإسر ائيلية الصينية:

اعترفت إسرائيل بجمهورية الصين الشعبية، تجنبًا للدعاية التحريضية ضدها، لا سيما وأن الصين الشعبية تبنت وأيدت حركات التحرر ضد الاستعمار، وخاصة السياسة الإمبريالية الأمريكية، وحاولت إسرائيل إيهام الصين، أن هناك تناغمًا أيديولوجيًا بين الأفكار الاشتراكية الماوية وبين "الصهيونية الاشتراكية التي تبنتها إسرائيل في بدايات التأسيس عبر إقامة العديد من التعاونيات الاشتراكية والمزارع الجماعية والمجمعات العمالية (موشاف وكيبوتس)، ودور نقابي عمالي فاعل في إدارة عمليات الإنتاج والتنمية في إسرائيل؛ بالإضافة إلى وجود ما يقرب من 20 ألف يهودي في شمال الصين، كان قد هاجر معظمهم من دول أوروبا الشرقية وروسيا.

وسبقت إسرائيل الدول العربية بالاعتراف المبكر بالصين، لا سيما وأن بعض الدول العربية أيدت الصين الوطنية، وتأخرت بالاعتراف بجمهورية الصين الشعبية، واستطاعت إسرائيل بذلك من تطوير تدريجي للعلاقات مع التنين العملاق، ساهم في المستقبل من إرساء أرضية قوية لعلاقة الصين في إسرائيل. وكان لعدم إقامة علاقات بين إسرائيل والصين الوطنية "التايوانيين في جزيرة فورموزا"، أثر إيجابي لدى القيادة الصينية الاشتراكية بقيادة "ماتسيتنغ" الذي أكد أنه لا مانع من إقامة علاقات مع أي دولة لا تقيم علاقات مع الصين الوطنية؛ ما عكس توجهًا إيجابيًا عند الصين الشعبية لعلاقات مع إسرائيل آنذاك. وفي العام 1950 صوتت إسرائيل لصالح حصول الصين على مقعد دائم بالأمم المتحدة، وبهذا ميزت بين جهود الأمم المتحدة في شبة الجزيرة الكورية وبين اتجاه تحسين العلاقات مع الصين الشعبية[2423].

وساهمت سياسة "نيكسون- كيسنجر" الشاملة في زيادة الانفتاح والانفراج الدولي ما بين الصين وأمريكا؛ ما دفع إسرائيل لاستغلال هذه اللحظة التاريخية لجهة تطوير العلاقة مع الصين. ومع وفاة مؤسس الصين الشعبية وحامل الفكر الأيديولوجي الاشتراكي "ماوتسيتنغ" عام 1976، وكجزء من التغير بملامح السياسة الدولية الصينية داخليًا وخارجيًا نحو الإصلاح الداخلي والانفتاح تغيرت وخفت نبرة الخطاب الموجه لإسرائيل، وبدأت العلاقات السرية العسكرية بين البلدين ذات الطابع التكنولوجي، وظلت البلدان تنكر هذه العلاقة بالرغم من تناول الكثير من وسائل الإعلام لهذه العلاقة وكان موقف الصين من معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية (كامب ديفد - 1977) دليل واضح على هذا التغير في سياسة الصين الدولية، وخاصة تجاه إسرائيل. إذ رأت الصين هذه العملية كعمل ايجابي وكأساس لتسوية شاملة في المنطقة، وقد بدأت الصين ترى في إسرائيل شريكة في عملية التسوية، الأمر الذي يستلزم أخذ مصالحها بعين الاعتبار. وللوصول الصيني الفعال والنافذ إلى الشرق الأوسط بسلاسة، رأت الصين أن هذا الموقف أحد متطلبات السياسة الصينية، حتى لا تترك الساحة الإقليمية الشرق أوسطية حكرًا على النفوذ والسياسة الأمريكية [2424].

وقد كان هناك منذ أيام "بن غوريون" و"غولدا مائير", مرورًا "بليفي أشكول " "وإسحاق رابين" و"مناحم بيغن", وصولًا إلى أيهود باراك وبنيامين نتانياهو وايهود أولمرت, وعودة نتياهو للحكم في إسرائيل، كان هناك قناعة أبدية إسرائيلية شكلت قاعدة وأساس سياستها الخارجية بالتالي حددت أسس علاقاتها الدولية، مازالت تقول (أن إسرائيل في خطر في ظل المحيط العربي المعادي. وعلى إسرائيل أن تجد لها عدوًا وبشكل دائم حتى تبرر أي عدوان أو سياسة خارجية تقول أنها في خطر وتحتاج لرعاية الدول العظمى)؛ وبالتالي فإن حماية "الدولة" والحفاظ عليها ماديًا وروحيًا، وتدعيم مستقبلها واستمرار وجودها تعتبر مسألة تحتل مكان الصدارة

(2422) محمد مكرم بلعاوي، ورقة تقدير موقف استراتيجي، العلاقة الصينية الإسر ائيلية و آفاقها، إضاءات، (مركز الزيتونة للدراسات، نوفمبر2019)، ص 3.

(2423) إسلام عيادي، التعاون الصيني – الإسر ائيلي و أثره على الأمن الإقليمي في الشرق الأوسط 1992-2013م، رسالة دكتوراه غير منشورة، (جامعة القاهرة، جمهوريةكلية الاقتصاد والعلوم السياسية) مصر العربية، 2016م.

(2424) محمد علاء عبد الحفيظ» السياسة الصينية تجاه الصراع العربي - الإسرائيلي: الثوابت والمتغيرات«، بيروت مجلة المستقبل العربي، العدد 418 كانون أول /ديسمبر 2013

في الفكر الأمني الإسرائيلي وأن على إسرائيل أن تجد لها قوة عظمى تكون حليفًا استراتيجيا تحميها وترعى مصالحها الدولية والاقليمية.

حيث قامت إسرائيل بربط فصائل المقاومة الفلسطينية ذات التوجهات الإسلامية بالإرهاب العالمي خصوصًا "القاعدة. ومن ثم داعش"، حتى أن أهارون زئيفي فركش رئيس شعبة الاستخبارات العسكرية- أمان- ذهب إلى حد القول والادعاء أن القاعدة تقترب أكثر وأكثر من إسرائيل[2425].

أما بالنسبة للصين، فان مقومات سياستها الخارجية، تعتمد على التداخل بين مجموعة من العوامل السياسية والاقتصادية والاستراتيجية والاعتبارات الداخلية. فالصين أكبر بلد في العالم من حيث السكان، كما أنها الاقتصاد رقم واحد عالميًا من حيث قيمة السلع والخدمات المنتجة وذلك يعود إلى مجموعة من الأسباب والعوامل منها ثلاثة أسباب: الأول مرتبط بالإصلاحات الاقتصادية التي قامت بها الصين منذ العام 1979 والتحامها بالمنظومة الرأسمالية العالمية, أما السبب الثاني، فمتعلق بنسبة الادخار الوطني العالية داخل الصين التي تزيد عن 40%، أما السبب الثالث فمتوقف على حجم الاستثمارات المتدفقة على الصين والذي تجاوز 700 مليار دولار في عام 2010 [2426].

تطور العلاقات الصينية – الإسر ائيلية من الاقتصاد والامن الى السياسة والدبلوماسية:

كان اتفاق مدريد ما بعد حرب الخليج أحد الأسباب، ولعله السبب الجوهري وراء قرار التقارب الدبلوماسي ما بين الصين وإسرائيل، حيث يعتبر الإسرائيليون إن أحد العوامل المركزية التي أدت إلى إقامة علاقات دبلوماسية بين الصين وإسرائيل تتعلق بحرب الخليج الثانية (غزو الكويت في العام ١٩٩٠) والتي شكلت بالنسبة للصين نقطة تحول مهمة بالنسبة لرؤيتها لإسرائيل. فقد شكلت حرب الخليج حسب وجهة النظر هذه، استفاقة صينية من الوهم أن إسرائيل هي الدولة العدوانية في الشرق الأوسط، وحولها تدور الصراعات وعدم الاستقرار في المنطقة، وأدت ذلك إلى تخفيف حدة الموقف الصيني الرافض لإقامة علاقات دبلوماسية مع إسرائيل، وقد شكل ذلك انتكاسة واضحة لأي جهد عربي موحد لمواجهة التغلغل الإسرائيلي في الصين" وتشير وجهة النظر هذه إلى أن الصينيين قاموا بتقدير موقف إسرائيل وسياسة عدم الرد على الهجمات الصاروخية العراقية خلال الحرب. وقد زار وفد صحافي صيني إسرائيل عندما سقطت صواريخ عراقية عليها وقام بتغطية الاضرار التي أحدثتها الصواريخ في العمق الإسرائيلي، وقد كانت المصلحة الصينية تقتضي عدم تصعيد الحرب من خلال تدخل إسرائيلي؛ ما أدى إلى انسجام عدم الرد الإسرائيلي مع المصالح الصينية في المنطقة، خاصة التدفق السلس والحرّ للبترول من منطقة عمليات حرب الخليج الثانية [2427].

العرب في السياسة الخارجية الصينية:

وقفت الصين الشعبية تاريخيًا إلى جانب القضايا العربية، فدعمت الثورة الجزائرية ضد الاستعمار الفرنسي العام ١٩٤٩، ووقفت إلى جانب مصر أثناء العدوان الثلاثي العام ١٩٥٦، كما رفضت التهديد الأميركي - التركي - الإسرائيلي لسورية العام ١٩٥٧، واتخذت مواقف داعمة لحقوق الشعب الفلسطيني في حق تقرير مصيره وإسترجاع حقوقه المشروعة.

وقد أكد الرئيس الصيني، " ماو تسي تونغ" العام ١٩٦٤، على موقف بلاده الداعم للقضايا العربية عامة والقضية الفلسطينية خاصة، بقوله: إن الشعب الصيني يقف وراء الدول العربية نضالها ضد العدوان الاستعماري على فلسطين ومطالبتها بعودة الحق العربي في أرض الأجداد إلى أصحابه. " كما انحازت الصين الشعبية في حربي ١٩٦٧ و١٩٧٣ إلى جانب الحق العربي، وأيدت بقوة كلا من مصر وسورية وساهمت بدعم دول المواجهة العربية ماديًا ومعنوياً.

العلاقات الصينية الإسر ائيلية و الصراع العربي الإسر ائيلي:

(2425) خلف، محمود، *مدخل إلى علم العلاقات الدولية*، عمان دار زهران للنشر، . 1997)

(2426) إسلام عيادي، التعاون الصيني – الإسرائيلي وأثره على الأمن الإقليمي في الشرق الأوسط 1992-2013م، رسالة دكتوراه غير منشورة،(جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 2016م.

(2427) فهمي، عبد القادر. دور الصين في البنية الهيكلية للنظام الدولي،أبو ظبي،(مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي، الإمارات، 2000).

وافقت الصين على عدم دعوة إسرائيل، عشية انعقاد قمة باندونج (النواة الأولى لنشأة حركة عدم الانحياز)، في إندونيسيا في ١٨ نيسان ١٩٥٥ بحضور وفود من ٢٩ دولة إفريقية وآسيوية، وبمشاركة الرئيس المصري الراحل جمال عبد الناصر، وقد تبنت القمة مجموعة من القرارات لصالح القضايا العربية، وأعربت فيها الصين عن تضامنها مع الفلسطينيين على اعتبار أنهم شعب اقتلع من أرضه بفعل تفاعل مصالح قوى دولية استعمارية. وارتكز الموقف الصيني حيال الصراع العربي - الإسرائيلي في حينه على أن استمرار الصراع يرجع إلى تدخل القوى العظمى الأجنبية، ومن ثم تتخذ بكين موقفًا محايدًا حيال هذا الصراع[2428].

منذ مؤتمر باندونج تبنّى الصينيون توجهًا أكثر نقدًا نحو إسرائيل (من ١٩٥٥ فصاعدًا)؛ إذ وطدت الصين علاقاتها مع الدول العربية ووقفت إلى جانب القضية الفلسطينية وتزايد نقدها لإسرائيل، حتى تبنى الصينيون الموقف العربي تمامًا في العام ١٩٦٤، حينما أقاموا علاقات مع منظمة التحرير الفلسطينية باعتبارها الممثل الشرعي الوحيد للشعب الفلسطيني.

ويعود التقارب الصيني العربي إلى احتدام الصراع بين الصين والاتحاد السوفييتي في نهاية الخمسينيات؛ إذ وجدت الصين نفسها في مواجهة ضد القطبين العالميين الأكبر، ودفعت بجهودها لدول العالم الثالث كذخيرة لاستقطاب حلفاء، وأيدت ثورات التحرير القومية، انطلاقا من أن ذلك سيقود على المدى الأبعد إلى صعود نظم موالية للصين، في ظل سياسة الاستقطاب الدولية والخلافات الأيديولوجية العقائدية مع الاتحاد السوفييتي [2429].

واعتبارًا من العام ١٩٦٤ قدم الصينيون مساعدات مالية وخبرات عسكرية (مثل: حرب العصابات) للفلسطينيين؛ إذ اعتبروا إسرائيل ذراعًا إمبريالي للغرب في الشرق الأوسط، وهكذا أصبحت دائرة الصراع تجمع بين العرب والصين من ناحية، وإسرائيل والولايات من ناحية أخرى، مع بقاء المتغير السوفييتي عاملًا مهمًا في صراعات المنطقة وتناقضاتها، حيث احتل مساحة خاصة به على خارطة المنطقة.

شكل البدء بعملية التسوية السياسية بين العرب وإسرائيل عمومًا وبين الفلسطينيين وإسرائيل خصوصًا عاملًا في تدشين علاقات دبلوماسية بين الصين وإسرائيل، وبعد بدء العلاقات الدبلوماسية أكدت الصين أن هذه العلاقات لن تحيدها عن موقفها المساند للقضية الفلسطينية؛ إذ أكدت أن الشرق الأوسط لن ينعم بالسلام الشامل والدائم إلا بإقامة الدولة الفلسطينية المستقلة ذات السيادة، وأكدت أيضًا أنها سوف تستغل علاقتها مع إسرائيل لدفع مسيرة السلام في المنطقة. إلا أنّ الصين اعتبرت من جهة أخرى أن ما يتم الاتفاق عليه بين الأطراف سوف يكون مقبولًا لديها، وأنها لا ترى نفسها طرفًا فاعلًا في المفاوضات، وفي هذا السياق صرح المتحدث باسم وزارة الخارجية الصينية "تسوي تيان كاي" في تموز ١٩٩٧ بأن الصين تأمل " أن تظهر الأطراف المعنية مزيدًا من تحمل المسؤولية لتحقيق الهدف والتغلب على العقبات ودفع مسيرة السلام إلى الأمام لمصلحة الدول العربية وإسرائيل وجمع الأطراف بما فيها القوى الكبرى [2430].

أثناء زيارته للقاهرة العام ١٩٩٧ حدد وزير الخارجية الصيني، تشيان تشن، خمسة عناصر تتعلق بموقف الصين من القضية الفلسطينية وهي:

1. ترى الصين إن محادثات السلام يجب إن تعتمد بالأساس على تنفيذ قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالشرق الأوسط، وصيغة "الأرض مقابل السلام"؛ كما إتفق عليها في مؤتمر مدريد.
2. الجدية في التنفيذ لمراحل الاتفاقات: بحيث تنفيذ كل الاتفاقات الموقع عليها بشكل جاد وتفادي أي تعطيل لعملية السلام.
3. القضاء على الإرهاب والعنف بكل أشكاله حتى يتسنى إرساء أمن الدول في المنطقة.
4. تعميق التعاون الاقتصادي الاقليمي مع تقدم عملية السلام؛ وذلك للمساهمة في بناء الثقة بين الأطراف.

(2428) إحسان مرتضى، استراتيجية إسرائيل في العلاقات الدولية، *شؤون الشرق الأوسط*، عدد 22، آب 1994، ص44-58.

(2429) كابي الخوري، كتب عربية وأجنبية وتقارير بحثية. *المستقبل العربي: مركز دراسات الوحدة العربية*، مج44, ع508 ، 2021، 181 - 192. مسترجع من http: //search. mandumah. com/Record/1176722

(2430) عبد الواحد طه. **(10 سبتمبر, 2019.)الصين وروسيا تسعيان لزيادة تاريخية في التبادل التجاري ، . تم الاسترداد من جريدة الشرق الأوسط: رقم العدد 14896**
https: //aawsat. com/home/article/1895011

5. دعم المجتمع الدولي للمبادرة: يجب التزام المجتمع الدولي بالعمل مع جميع الأطراف في المنطقة لتحقيق السلام بين إسرائيل والعرب، من جانب آخر دعمت الصين إقامة السلطة الفلسطينية التي نشأت بعد توقيع اتفاق أوسلو العام ١٩٩٣، وبلغت مساعداتها للسلطة خلال الأعوام ١٩٩٤ - ١٩٩٨ حوالي ثمانية ملايين دولار؛ كما إن هنالك تمثيلًا سياسيًا صينيًا لدى السلطة الوطنية الفلسطينية، وكانت الصين تصوت دائما في الأمم المتحدة لصالح القرارات المتعلقة بالقضية الفلسطينية، مثلًا، التصويت على تقرير غولدستون المتعلق بالحرب على غزة في العام ٢٠٠٨/ ٢٠٠٩.

إلا أن العلاقات الدبلوماسية مع إسرائيل أدت إلى التأثير على مدى تعمق الصين في عملية التسوية السياسية؛ إذ إنها بدأت تحرض على الموازنة في توجهاتها بين إسرائيل والعرب، ويقول في هذا السياق الباحث محمد السيد سليم: " إن هناك إدراكًا عربيًا بأن الصين اتجهت نحو الاقلال من المشاركة الفعالة فى عمليات التسوية السياسية سواء من خلال تقديم تصورات حول مستقبل التسوية، أم من خلال توظيف علاقاتها المتنامية بإسرائيل لدفعها نحو الدخول في مفاوضات جدية مع الأطراف العربية، وإن الصين تبدو كأنها نفضت يديها من القضية الفلسطينية لصالح أهداف ومصالح اقتصادية واستراتيجية عليا[2431] .

وعلى هامش مؤتمر انابوليس اجتمع وزير الخارجية الصيني يانغ جي كي الذي مثل وفد بلاده في المؤتمر مع أولمرت، حيث تطرق إلى ضرورة أن تكون عملية السلام شاملة في المنطقة بهدف تفعيل المسارات السورية واللبنانية من أجل الوصول إلى السلام الشامل الذي يحمي كل المصالح الصينية في منطقة الشرق الأوسط؛ كما إن تفعيل المسارات السورية واللبنانية يمكن أن يفسح المجال أمام الدبلوماسية الصينية للتدخل في العملية السلمية من جديد عبر البوابة السورية؛ لكن لم تكن هناك استجابة إسرائيلية لهذا الموقف ويمكن القول إنه رغم الإنجاز الدبلوماسي الذي حققته إسرائيل في العلاقات مع الصين، فإن المواقف الإسرائيلية لا زالت محدودة وغير مرضية بالنسبة للإسرائيليين؛ إذ لم تتوقف الصين عن بيع السلاح للدول العربية خاصة سورية وليبيا والسعودية إضافة إلى إيران، وعلى الرغم من وعود بكين لتل أبيب، فإنها استمرت في تصدير الصواريخ وتكنولوجيا الصواريخ لدول الشرق الأوسط، بل كان لها دور في تقدم برنامج إيران النووي في التسعينيات.

علاوة على ذلك، فالصين وإن خففت من حدة تصريحاتها ضد إسرائيل فيما يتعلق بالصراع العربي - الإسرائيلي، فهي لم تغير تمامًا مواقفها المؤيدة للعرب وللفلسطينيين على طاولة التفاوض وفي مطالبهم العادلة في الدولة المستقلة على أراضي العام ١٩٦٧ وعاصمتها القدس الشريف؛ كما إن إسرائيل لم تغير موقفها المعادي للحقوق الفلسطينية)، مع ملاحظة أن بكين لم تستطع بعد التدخل في مسيرة التسوية السلمية أو لم ترغب في ذلك لاعتبارات عليا خاصة بها [2432] .

وانعكس هذا بوضوح في مواقف الصين تجاه أحداث 7 أكتوبر2023، وتداعيات الحرب على غزة وهو ما شكل تحولًا كبيرًا في العلاقات الصينية الإسرائيلية.

مظاهر التراجُع في العلاقات الصينية - الإسرائيلية:

خلال العقدين الماضيين، قام التفاهم المتبادل بين الصين وإسرائيل على فصل العلاقات الاقتصادية والتجارية عن موقف بكين من الصراع الفلسطيني- الإسرائيلي. وعلى رغم إدانة الصين حرب إسرائيل على غزة عام 2014، ودعمها تحقيق الأمم المتحدة في اتهامات "الجرائم ضد الإنسانية" على خلفية هذه الحرب، ضخّت بكين استثمارات في إسرائيل في العام نفسه بقيمة 4 مليارات دولار. ومنذ 2014، تضاعف حجم التبادل التجاري بين الجانبين من 11 مليار دولار إلى أكثر من 24 مليار دولار[2433].

لكن موقف الصين من الحرب الجارية يبدو مختلفًا، وأكثر تشددًا تجاه إسرائيل. فإلى جانب رفض بكين إدانة هجوم حركة حماس على إسرائيل في 7 أكتوبر الماضي، استخدمت الصين، مع روسيا، في 25 أكتوبر، حق النقض في مجلس الأمن لمنع إصدار قرار بإدانتها، وعطلت قرارًا للجمعية العامة، في 27 أكتوبر، يُدين اختطاف الرهائن الإسرائيليين. وفي 14 أكتوبر، وصف وزير الخارجية

(2431) Yoran Evron, Sion- Israeli Relations: Opportunities and Challenges,Strategic Assessments, August 2007,Vol. 10, No. 2,p. 1-7.

(2432) الأسدي عبده، العلاقات الصينية الإسرائيلية، مجلة شئون الأوسط، بيروت (العدد 96، مركز الدراسات الاستراتيجية، 2000).

(2433) الفطيسي، محمد بن سعيد» التقييم الاستراتيجي للقوة الصينية بعد العام 2014 (الرياض مركز نماء للبحوث والدراسات، 22-1-2014).

http: //www. nama-center. com/ActivitieDatials. aspx?Id=343

"وانغ يي " هجوم إسرائيل على غزة بأنه "تخطّى حق الدفاع عن النفس"، وتحول إلى "عقاب جماعي" للفلسطينيين. وتخطى الأمر حرب غزة، ووصل إلى دعوة لي سونغ، ممثل الصين في الأمم المتحدة في جنيف، لإسرائيل، في 23 نوفمبر، إلى الانضمام إلى معاهدة "منع انتشار الأسلحة النووية" والتخلي عن الأسلحة النووية. وفي 7 مارس الجاري، وصف وانغ استمرار الحرب ب"العار على الحضارة".

وفي 22 فبراير، أعلن " ما تشينيمن"، الممثل القانوني للصين، في مرافعته أمام محكمة العدل الدولية، أن للفلسطينيين الحق في استخدام القوة المسلحة لمقاومة الاحتلال الإسرائيلي، رافضًا إدراج ذلك ضمن الأعمال الإرهابية، وقال" ما تشينيمن": "إن كفاح الشعب الفلسطيني ضد القمع الإسرائيلي، ونضاله من أجل استكمال إقامة دولته المستقلة في الأراضي المحتلة، هو في الأساس مجرد إجراءات لاستعادة حقوقه المشروعة". واستشهد ممثل الصين بميثاق الأمم المتحدة، وقرارات الأمم المتحدة السابقة لدعم حق الفلسطينيين في تقرير المصير، قائلًا إن "العديد من قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تعترف بشرعية النضال بكل الوسائل المتاحة، بما في ذلك الكفاح المسلح". وركّز على عدم قانونية الاحتلال باعتباره الدافع الأساسي لحق المقاومة المسلحة. وفي الوقت نفسه، حاول ما تشينيمن أيضًا تبنّي مسافة من قتل المدنيين، والفصل بين المقاومة المسلحة المشروعة والأعمال الإرهابية، قائلًا "خلال الكفاح المسلح المشروع، تلتزم جميع الأطراف بالامتثال للقانون الدولي الإنساني، وخاصة الامتناع عن ارتكاب أعمال إرهابية".

وبالنظر إلى السياق القانوني الذي جاءت فيه هذه التصريحات، فإنها لا تعكس تغييرًا جذريًا في الموقف السياسي الصيني، أو ارتدادًا على مبادرات الحل التي تقدمت بكين بها في السابق، أو تراجعًا عن دعم حل الدولتين؛ لكنها مع ذلك تحمل دلالات متصلة بموقف الصيني التاريخي الداعم للمفاوضات والرافض مسبقًا لاستخدام الفلسطينيين القوة المسلحة لإنهاء الاحتلال.

وسارعت المقاومة الفلسطينية إلى الإعلان عن "تقديرها" للموقف الصيني؛ وفي المقابل، أدانت وزارة الخارجية الإسرائيلية، في بيان، الموقف الصيني، قائلة: إن "قوانين الحرب لا تسمح بالهجوم المنهجي والمتعمد على المدنيين، أو استخدام المدنيين دروعًا بشرية، وهما جريمتا حرب ترتكبهما المقاومة الفلسطينية باسم "الكفاح المسلح". وقالت إسرائيل: إن تصريحات بكين تُمثِّل "دعمًا للهجوم الإرهابي القاتل الذي ارتكبته حماس يوم 7 أكتوبر".

بات واضحًا، من خلال هذه المواقف، أن الصين ترى في علاقاتها مع إسرائيل "خسائر جانبية" يمكن التعايش معها. وفي المقابل، زاد الدعم الصيني للفلسطينيين بشكل تخطى إطار الغموض الاستراتيجي الذي طبع سياسات الصين الخارجية بشكل عام؛ لكن هذا الدعم ظل في إطاره الدبلوماسي والخطابي فقط.

ولا يعد مسار العلاقات الصينية-الإسرائيلية المتراجع نتاجًا للحرب الجارية حاليًا؛ فخلال عهد الرئيس "شي" [2434]، يمكن القول: إن العلاقات مرت بمرحلتين أساسيتين: الأولى، السعي لتحقيق أكبر استفادة ممكنة من العلاقات مع الصين في ظل حكومة بنيامين نتنياهو، خصوصًا الولاية الرابعة (2015-2021)؛ والثانية، الضغط على المكابح وزيادة القيود خلال حكومة ائتلاف بينيت - لابيد ما بعد 2021.

خلال فترة ولاية نتنياهو الرابعة، شهدت العلاقات سعيًا من جانب الطرفين لتعزيز التعاون في مجالات التجارة، واستثمارات مبادرة الحزام والطريق، والتبادل التكنولوجي. وتعزز هذا المسار عبر سلسلة قرارات حكومية صدرت للدفع في هذا الاتجاه من مكتب رئيس الوزراء الإسرائيلي خلال عامي 2013 و2014 وهي القرارات (155، 251، 1687). وفي 2014، شُكِّلت اللجنة المشتركة حول الابتكار، قبل توقيع اتفاقية "الشراكة الشاملة حول الابتكار" في 2017. وبالتوازي، ارتفعت معدلات التبادل التجاري، من 9 مليارات دولار في 2012 إلى 21 مليار دولار في 2022. وزادت معدلات الاستثمار الصيني في مجالات النقل والاتصالات والبنية التحتية والمياه والطاقة والموانئ.

(2434) فياض، علي، "الصين والقضية الفلسطينية.. انقلاب الموقف من عقائدية ماو إلى براغماتية جيانغ" ، لندن: جريدة الحياة، العدد13563 ، 30-4-2000.

لكن أحداث 7 أكتوبر 2023 والعدوان الإسرائيلي على قطاع غزة عمَّقت الشكوك إثر تقارير حول اكتشاف كميات كبيرة من الأسلحة الصينية في أنفاق حماس في غزة، وتقارير أخرى غير مؤكدة حول مواجهة الشركات الإسرائيلية صعوبات في استيراد بعض المكونات التكنولوجية من الصين، وتعليق شركة الشحن الصينية الحكومية "كوسكو" خدماتها للموانئ الإسرائيلية، رغم تمتع الشركات الصينية بحصانة في البحر الأحمر[2435].

انعكاس 7 اكتوبر على مستقبل العلاقات الصينية الاسرائيلية:

أحد أهم أهداف الصين من تشديد اللهجة إزاء إسرائيل، هو توحيد الخطاب مع الدول العربية الإسلامية ودول الجنوب العالمي، خصوصًا مع وصول الضغوط الدولية على إسرائيل ذروتها، وعدم قدرتها على تحقيق اختراق في الحرب، في ظل عدم استجابة حكومة نتنياهو المتشددة لوقف إطلاق النار، ودعم الولايات المتحدة الدبلوماسي والعسكري المستمر لإسرائيل.

فضلًا عن ذلك، تُظهِر المواقف الصينية أن تحدي القيادة الأمريكية في المنطقة بات أولويةً قصوى بالنسبة للقيادة الصينية، في اتساق مع رؤيتها العالمية وصعودها كقوة عظمى. ويمكن عَدّ عام 2017 الذي شهد تقديم الرئيس شي اقتراحًا للسلام من أربع نقاط بداية توظيف الصين للقضية الفلسطينية لتحقيق أهداف رؤيتها العالمية. وعلى عكس كل الاقتراحات السابقة، ضم هذا الاقتراح، للمرة الأولى، مفهومي "الأمن العام والشامل والتعاوني والمستدام"، و"السلام عبر التنمية" لحل القضية.

ومثل هذه المواقف لا تحمل كلفة سياسية أو دبلوماسية بالنسبة للصين ما دامت تساعد في تقويض الموقفَين الأخلاقي والسياسي للإدارة الأمريكية. وعلى سبيل المثال، تتبنى بكين مواقف مختلفة تمامًا إزاء استهداف المدنيين من قبل روسيا في أوكرانيا منذ بدء الحرب في 2022؛ وهو ما يعكس أن الطرف الرئيس المستهدف من انتقاد الصين لإسرائيل هو الولايات المتحدة. وبناءً على ذلك، فإن مواقف الصين تجاه إسرائيل تنبع من نظرتها إلى تل أبيب بصفتها تجسيدًا للنظام الأمريكي في المنطقة.

ومع ذلك، كان لافتًا تبنّي حكومة نتنياهو ردودَ فعل حذرة إزاء الانتقاد الصيني الشديد، وعدم الرغبة في التصعيد أو الدخول في مواجهة مباشرة ومستمرة مع بكين. ورغم ذلك، سيكون للتراجع في العلاقات الثنائية تبعات مستقبلية، أهمها الآتي:

أولًا، من الناحية السياسية: يُتوقع تراجع العلاقات إلى مستويات غير مسبوقة منذ إقامة الدولتين علاقات دبلوماسية عام 1992. ومع تأكيد حدوث ذلك على المستويين القريب والمتوسط، فمن غير الواضح ما إذا ستتيح الظروف على المدى البعيد استعادة العمق السياسي في ظل تراجع العلاقات الصينية مع الولايات المتحدة، واحتدام التنافس معها. ويمكن الجزم أيضًا بانتهاء أي فرصة لقيام الصين بدور الوسيط في عملية السلام في المستقبل (والتي لم تكن جادة فيها من الأساس، على ما يبدو) نتيجة تعمُّق نظرة إسرائيل إلى الصين، بوصفها وسيطًا مُنحازًا للفلسطينيين، واستبعاد قبولها راعيًا دوليًا آخر لعملية السلام غير الولايات المتحدة. قد ينعكس ذلك أيضًا في محاولة إسرائيل عرقلة قيام الصين بدور محوري في عملية إعادة بناء قطاع غزة بعد انتهاء الحرب.

يُتوقَّع أيضًا انتقال الصين من مرحلة دعم دور واشنطن كوسيط وحيد بين الإسرائيليين والفلسطينيين، إلى الضغط، في السنوات المقبلة، لتشكيل منظومة تعددية تتولى الإشراف على عملية السلام. وقد يكون هذا المحدد هو الدافع نحو انتقال بكين، خلال الأشهر الماضية، من الرغبة في الوساطة إلى الدعوة (ضمن خطة السلام من خمس نقاط التي قدمتها بكين في مطلع عام 2021، خلال زيارة وزير الخارجية (وانغ يي) للقاهرة في 15 يناير) لعقد مؤتمر دولي شامل تحت مظلة الأمم المتحدة للإشراف على المفاوضات بعد انتهاء حرب غزة.

7 اكتوبر والعدوان على غزة- والموقف الصيني:

رفعت الصين من مستوى التدخل والاهتمام في الشرق الأوسط، وخاصة بالقضية الفلسطينية، ما بعد الحرب الأوكرانية، وبدا واضحًا من خلال المواقف الصينية في المؤتمر العشرين للحزب الشيوعي في تشرين الأول/ أكتوبر 2022، وما تبعه من القمم التي عقدها الرئيس الصيني في المنطقة الخليجية والعربية، ومحاولة الصين الدخول على خط الوساطة بين حماس والسلطة الفلسطينية.

(2435) أحمد، مبارك، 3-6-2024، "كيف تتدخل الصين لوقف العدوان الإسرائيلي على غزة؟ "، موقع القاهرة الإخبارية، https: //n9. cl/f25gvm.

على الصعيد الصيني الداخلي، بالرغم أن نخبة صينية قليلة كانت تظهر الإعجاب بالنموذج الإسرائيلي، فقد تبدل الموقف كليًا بعد 7 كتوبر 2023، تبدّدت هذه الأوهام وكشفت الطبيعة العنصرية الدموية لإسرائيل، وأنّ الغرب الذي وضع القانون الدولي وفرضه على العالم، لا يلتزم به؛ ويستخدمه بشكل إنتقائي ضمن سياسة ازدواجية المعايير الدولية؛ ما وحدّ الموقف الشعبي والنخبوي الصيني الذي يرى "إسرائيل" دولة محتلة مُعطِّلة لحل الدولتين، ويدعم الشعب الفلسطيني في نيل حقوقه. وكان من مظاهر ذلك حذف بعض المواقع الصينية إسم "إسرائيل" من الخريطة، ووضع إسم فلسطين مكانها. جاءت معركة طوفان الأقصى، لتعزّز القناعة الصينية بأهمية المنطقة للإستراتيجية الصينية، وهو ما يتوافق مع الموقف الروسي، حليف الصين غير المعلن.

وقد تجلى الموقف الصيني الرسمي في:

دعوة جميع الأطراف لضبط النفس، ووقف إطلاق النار.

التعبير عن الاستياء من مواصلة القصف الإسرائيلي لقطاع غزة، واستهداف المدنيين، والخشية من تضييع الحد الأدنى لاحترام الحياة والقانون الدولي.

التأكيد على الظلم التاريخي الذي وقع بحق الشعب الفلسطيني، وأنه لا يمكن أن يستمر؛ وأن الركود الطويل لعملية "السلام" لم يعد قابلًا للاستمرار.

استخدام حقّ النقض (الفيتو) بالشراكة مع روسيا لإسقاط المقترح الأمريكي في إدانة حماس ووصفها ب"الإرهاب(2436)).

مبررات محاربة "الإرهاب" في العلاقات السياسية الصينية الإسر ائيلية:

يشكل موضوع الحرب على ما يسمى الإرهاب مجالًا جديدًا للتعاون بين الصين وإسرائيل، وقد برز هذا التعاون بعد أحداث الحادي عشر من أيلول وبعد ظهور حركات انفصالية في الصين، وبالذات تلك الحركات المرتبطة مع الأقلية المسلمة في تركستان الغربية. لكن حرب الصين على الإرهاب تتحدد حسب الظروف الخاصة التي تعيشها الصين وهي مختلفة عن تلك الظروف التي تعيشها إسرائيل؛ لهذا فإن التعاون في هذا الموضوع وإن كان قائمًا إلا أنه تحده قيود كثيرة.

فحرب الصين ضد الإرهاب تتحدد من خلال الحفاظ على الأمن الصيني من جهة وعدم الانجرار وراء حرب أميركا من جهة أخرى. وفي هذا السياق لا يعني التفاوت أن إسرائيل حليف مثالي بالنسبة للصين؛ إذ إن حربها ضد الإرهاب" الفلسطيني تنسجم مع سياسة الولايات المتحدة الأميركية وتخلق نقدًا واستياء شديدين في العالم الإسلامي.

تعي الصين جيدًا الحرب الإسرائيلية على المقاومة والنضال الفلسطيني، فهي لا تنسجم معه، على الرغم من تغير سياستها العامة تجاه الصراع العربي الإسرائيلي في بداية التسعينيات ومحاولة أتباع سياسة أكثر توازنًا " إلا أنها لا تدرج حرب إسرائيل ضد الفلسطينيين ضمن الحرب العالمية على الإرهاب ففي مقال نشر في الاكاديمية الشرطية الصينية جاء فيه: أن إسرائيل تعاني بشكل ثابت من الإرهاب ولكن إسرائيل تقوم فعليًا بخلق الإرهاب، الاختلاف أن الإرهاب الإسرائيلي يتم استعماله كاستراتيجية عسكرية، لهذا السبب فإن تأثيره كبير جدًا".

على ضوء ذلك، تسود التعاون في مجال مكافحة الإرهاب حالة الحذر من الطرفين. فالصين من جهة لا تريد إغضاب الدول العربية والإسلامية خصوصًا؛ إذ يدور الحديث عن جماعات إسلامية وأقليات إسلامية، وتعميق التعاون مع إسرائيل في هذا الموضوع سيثير حفيظة الدول الإسلامية والتي تعتبر مصدر الطاقة الأساسي للصين، ومن جانب إسرائيل، فإنها حذرة في تعميق علاقتها مع الصين في هذا السياق؛ إذ إنها تخشى أن مساعدتها في محاربة الإرهاب" "الداخلي " سوف تؤدي إلى توجيه نقد دولي لها عندما يتم الحديث عن انتهاكات حقوق الإنسان في الصين، كما أنها لا تريد أن تتعمق في هذا التعاون دون موافقة أميركية[2437].

(2436) (المركز الفلسطيني للأعلام، https: //palinfo. com/news/2023/11/01).

(2437) Zeiger. Charles(2006). The Emergence Factor in Chin's Foreign Policy. Journal of Chinese Political Science. Vol. 11. No. 3.

ولكن في حالة ازدياد العمليات الإرهابية في الصين، فإنها قد تكون مضطرة إلى تعميق التعاون مع إسرائيل، خصوصًا وأن أبحاثًا صينية كثيرة أشارت إلى الباع الطويل لإسرائيل في هذا المجال، وخصوصًا في قمع الفلسطينيين سواء المتظاهرين في الانتفاضة الأولى (انتفاضة الحجارة أو الانتفاضة الثانية أو حتى قمع الأسرى السياسيين الفلسطينيين)، وسوف تستفيد الصين من إسرائيل في التقنيات التكنولوجية؛ إذ إن ذلك سيكون وقعه أسهل على العالم العربي والإسلامي. أما إسرائيل فإنها ستكون معنية في تعميق هذا التعاون إذا ازدادت الهجمات ضدها من المقاومة الفلسطينية التي تصفها إسرائيل "بالإرهابية"، كونه سيعمق من شرعية ردها على هذه الهجمات دون محاسبة أو مساءلة دولية وقانونية".

فيما يتعلق بالمطالب الإسرائيلية من وقف التسليح الصيني لإيران، كانت الصين تذكر المسؤولين الإسرائيليين أن تجارة السلاح مع الأخرى، إنما تتم عبر استراتيجية من ثلاث دعائم وهي:

إن مبيعات السلاح الصيني للدول الأخرى يهدف إلى تقوية الدفاعات الذاتية لهذه الدول وليس له طبيعة هجومية عدائية.

مبيعات السلاح الصيني لأي بلد لا تؤثر بأي طريقة على موازين القوى الدولية والإقليمية، بمعنى لا تدفع الطرف المستلم إلى ارتكاب أية حماقة عسكرية مع دول الجوار.

عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول من خلال منع أو عدم منع مبيعات السلاح لأي بلد، إذ إن ذلك منافٍ لسياسة الصين في عدم التدخل في الشؤون الداخلية لكل دول العالم.

وفي التحليل والتفسير نرى أن العلاقات التجارية والتعاون بين الصين وإسرائيل، خاصة في المجال العسكري وتحديدًا التكنولوجيا العسكرية المتقدمة، تعتبر الأساس والمفاتيح الرئيسة التي فتحت ومهدت لاحقًا لكافة العلاقات بين الطرفين سواء العلاقات السياسية والدبلوماسية والثقافية بين البلدين. حيث حاجة الصين الماسة والمستمرة لتحديث جيشها وتملكها للتكنولوجيا الحديثة في كل المجالات، وخاصة العسكرية؛ "بالمقابل سعت وتسعى إسرائيل من خلال هذه العلاقات إلى توسيع علاقاتها الدولية والوصول إلى علاقات سياسية دبلوماسية متقدمة مع الصين تخدمها استراتيجيا في الساحة الدولية وتعزز من شرعيتها الدولية وتفتح لها أبواب العلاقات مع باقي دول آسيا"[2438].

من خلال السرد السابق يمكن استخلاص أن هناك فروقات شاسعة بين العلاقات الصينية الفلسطينية والعلاقات الصينية الإسرائيلية، في المجال العسكري والاقتصادي التجاري المدني والثقافي، وهذا له مدلولاته ومؤشراته الاستراتيجية على العلاقات الدولية ما بين الصين وإسرائيل وانعكاساتها على القضية الفلسطينية حيث تسعى إسرائيل من وراء كل ذلك إلى:

1. أن تغير الصين من مواقفها تجاه القضية الفلسطينية.
2. أن تحضر إسرائيل نفسها لتكون حليف استراتيجي عالمي للصين بدل تخالفها العضوي مع أمريكا في حال اختل ميزات النظام الدولي وتحولت الصين للقوة العظمى في النظام الدولي.
3. كما أن إجراء مقارنة بين العلاقات الصينية - الفلسطينية والعلاقات الصينية - الإسرائيلية في الوقت الحالي قد يكون عنصرًا إيجابيا لهذه الدراسة؛ لأن الفلسطينيين والإسرائيليين طرفا صراع في قضية واحدة، وعلاقة الصين مع أي منهما تؤثر على الآخر، وتكمن هذه المقارنة في:
4. **العلاقات السياسية:** موقف الصين السياسي مع تطبيق قرارات الأمم المتحدة والقرارات الدولية الأخرى ذات الصلة لحل القضية الفلسطينية، ومع اعتبار أن المفاوضات هي الطريق الوحيد لحل الخلافات، وتشجب العنف من الجانبين، وترى أن حل الدولتين هو الحل المناسب لهذه القضية مع ضمان أمن إسرائيل وعيّنت مبعوثا خاصا للشرق الأوسط لمتابعة المفاوضات وتقريب وجهات النظر.

(2438) Aharon Ze,eve Farkash. Israael Strategic environment, Strategic Assessment, August 2002,vol. no. 2 Bart, Roni and Limer Simhon. Israel and the international system in the Middle East strategic balance. 2007-2008. Tel Aviv. the institute of National Security Stydint. p: 14

5. **العلاقات التجارية مع إسرائيل:** فهي علاقات في اتجاهين وتحافظ على توازن معين وتميل لصالح إسرائيل في بعض الأحيان، وهناك العديد من السلع الإستراتيجية المتوفرة عند الإسرائيليين وبخاصة سلع التكنولوجيا العالية وحجم التبادل التجاري بين الطرفين يتراوح بين 7-10مليارات دولار، وحجم الاستثمارات المتبادلة لا يستهان به فإضافة إلى الاستثمارات الإسرائيلية المباشرة يمكن لإسرائيل أن توجه العديد من رؤوس الأموال اليهودية العالمية للاستثمار في الصين وتقدر حجم الاستثمارات الصينية في إسرائيل بنحو ثلاثة مليارات دولار بينما.

6. **العلاقات العسكرية:** عمليا بعد قيام السلطة الوطنية الفلسطينية لا يعتبر أن للفلسطينيين علاقات عسكرية مع دول العالم، فهي قائمة على أساس سلمي، والدعم العسكري الذي تتلقاه الأجهزة الأمنية الفلسطينية محدود ومحكوم بالاتفاقيات الموقعة في هذا المجال. أما العلاقات العسكرية بين الصين وإسرائيل فهي علاقات تحتل أهمية كبيرة لكلا الجانبين، حيث تعتمد الصين على إسرائيل للحصول على التكنولوجيا العسكرية المتقدمة، فإسرائيل تحصل على التكنولوجيا العسكرية الأمريكية، وتمتلك مراكز وشركات للبحث والتطوير.

7. **العلاقات الثقافية:** العلاقات الثقافية بين الصين وفلسطين عريقة عراقة التاريخ الطويل الذي يربط بينهما. فهي جزء من العلاقات الصينية المرتبطة بالأمة العربية والأمة الإسلامية، وفلسطين تشارك في أغلب المعارض والمهرجانات الثقافية في الصين .أما العلاقات الثقافية بين الصين وإسرائيل، فعلى الرغم من محدوديتها إلا أن العمل الدؤوب للسفارة الإسرائيلية في بكين ودعم الهيئات اليهودية في العالم حقق نجاحاً كبيرًا في إقناع الصينيين بوجود تاريخ مشترك وروابط ثقافية مشتركة بين الصين واليهود، وأبعد من ذلك، حيث أصبح هناك منظرون ومراكز أبحاث صينية تتبنّى وجهات النظر الإسرائيلية في كثير من المواضيع الخلافية من خلال الاستنتاجات التي توصل إليها الباحث فإن الدراسة أكدت صحة الفرضية الرئيسة، فالصين ما زالت محافظة على مواقفها الداعمة لحقوق الشعب الفلسطيني في إقامة دولته المستقلة على الأراضي المحتلة عام 1967، وحل القضية الفلسطينية وفق القرارات الدولية ذات الصلة؛ ولكن النظرة الصينية الجديدة للقضية الفلسطينية جرى عليها تحولات، وبخاصة بعد سياسة الإصلاح والانفتاح.

الخلاصة:

حافظت الصين ولسنوات طويلة ، حتى اتفاقية اسلوا عام 1993 على فتور في العلاقات السياسية وانقطاع في العلاقة الدبلوماسية والاعتراف الدبلوماسي المتبادل، بينها وبين إسرائيل، على الرغم من تطور العلاقات ؛ إذ لم تر في علاقاتها مع إسرائيل مصلحة سياسية مهمة في النصف الأول من عقد الثمانينيات، وأبقت على علاقات محسوبة ومدروسة بعنايه، فلم ترغب في دفع ثمن سياسي لقاء علاقات رسمية معها؛ كما إن إسرائيل امتنعت عن الربط بين تطور علاقتها مع الصين في المجالات المتعددة وبين البدء بعلاقات دبلوماسية معها. فالصين أبدت تحفظًا واضحًا على اتفاق كامب ديفيد بين مصر وإسرائيل بسبب الرعاية الأميركية للاتفاق، وطالبت بإقامة دولة فلسطينية مستقلة وإعطاء الفلسطينيين بدلًا من ذلك كامل حقوقهم في الأراضي المحتلة ومدينة القدس. ومحاولة لتكريس تدخل سياسي بالمنطقة مخاصة بما يتعلق بالقضية السياسية المركزية بالشرق الأوسط (القضية الفلسطينية) وبذا ظنت إسرائيل أن ذلك يمكنها من الحفاظ على علاقة إيجابية مع الصين في حال لم تتم إقامة علاقات دبلوماسية بين البلدين، ولأن الانفراج في العلاقة البريطانية - الصينية سينعكس إيجابًا على علاقات الصين مع الغرب وإسرائيل. لم تستطع السياسة الخارجية العربية ولغياب استراتيجية عربية موحدة وجامعة التعاطي مع الصين من منظور واقعي قائم على أساس تبادلية المصالح المشتركة وتعميقها.

النتائج:

توصلت الدراسة الى اهم النتائج وهي:

1. تعتبر العلاقات الخارجية للوحدات الدولية نابعة من سياساتها الخارجية العامة، متمثلة بمجموعة من القرارات والمواقف والآراء التي تختلف باختلاف، تأثير تلك المحددات والعوامل، بما يخدم مصالحها القومية والدولية.
2. تختلف الدول بمدى تأثيرها وتأثرها بالنظام الدولي، فمنها من تكون لاعبًا رئيسيًا ومؤثرا في النظام الدولي؛ ومنها من تكون متلقيًا للتأثيرات الخارجية دون التأثير في النظام الدولي.
3. النظام الدولي الحالي يتجه نحو النظام المتعدد القطبية، وإن المؤهلات القطبية الجديدة لم تعد تقتصر على القوة العسكرية، فهناك مؤهلات اقتصادية وثقافية، وإن الصين أحد الأقطاب العالمية القادمة إن لم تكن أهمها.
4. السياسة الخارجية للكيان السياسي الفلسطيني في كافة مراحل تكوينه كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة الوطنية العليا للشعب الفلسطيني.
5. الانقسام والتفكك العربي وعدم الالتزام بالثوابت العربية، يعتبر من أهم العوامل التي أدّت إلى انخفاض مستوى الدعم الصيني للقضايا العربية عامة والقضية الفلسطينية خاصة.
6. تغيرت مواقف الصين تجاه القضية الفلسطينية من التأكيد على حق فلسطين في استعادة أرضها بكل الوسائل واعتبار وجوب إزالة إسرائيل بصفتها أداة بيد الاستعمار إلى قبول إسرائيل كأمر واقع وبناء علاقات وثيقة على أساس المصالح المتبادلة بكافة المستويات، لا سيما التجارية والتعاون الأمني العسكري.
7. مهدت إسرائيل الطريق لنفسها لتكون حليفًا إستراتيجيًا عالميًا للصين بدل تخالفها العضوي مع أمريكا في حال إختل ميزان النظام الدولي وتحوُل الصين إلى قوة العظمى
8. تكيف الصين علاقاتها مع الدول باستخدام منطق القوة الصلبة أحيانًا والمرنة أحيانًا أخرى حسب ما تقتضيه مصالحها.
9. مع تعمُّق المصالح، زاد مستوى التأثير الأمريكي على العلاقات الصينية - الإسرائيلية؛ فبعد أحداث الحادي من سبتمبر، جرت بإيحاء من أمريكا تحولات جدية بالعلاقة بين إسرائيل والصين من جهة، وبين الصين وأمريكا من جهة أخرى.
10. يعد التعاون الثنائي بين الصين وإسرائيل في المجال العسكري والتكنولوجيا المتقدمة إحدى المحركات السياسية الخارجية تجاه إسرائيل وحلقة من أهم حلقات الوصل بين الجانبين، حيث ترى الصين في إسرائيل موردًا مهمًا ومركزيًا للسلاح والتكنولوجيا العسكرية المتطورة.

التوصيات:

1. العمل على تحسين العلاقات بين الدول العربية والصين على أساس المصالح المشتركة.
2. ضرورة ان تكون الدول العربية عنصرًا فاعلًا ومؤثرًا بالنظام الدولي، والتقدم أكثر على الساحة الدولية.
3. السعي من قبل الدول العربية لتطوير العلاقات الصينية العربية بكافة المجالات؛ ما يساهم في تعزيز المكانة الدولية للعرب ويستعيد الدور الصيني تجاه القضايا العربية والفلسطينية.
4. يوصي الباحث العرب عمومًا والفلسطينيين خصوصًا، في ظل حاجة الصين الماسة للشرق الأوسط لما فيه من موارد واستثمارات وموقع دولي جيواستراتيجي. بالقيام بالعديد من الخطوات لتعزيز العلاقات مع دولة الصين:
5. ضرورة ان يقوم العرب باستغلال ان الصين تمثل المورد الثاني الأكبر للسلاح للدول الشرق أوسطية، بعد روسيا، لزيادة الروابط بين الطرفين، وخاصة مع المحددات التي يفرضها النظام الدولي على سوق السلاح للدول الشرق أوسطية.
6. العمل على زيادة الضغط العربي على إسرائيل من خلال الصين لإضعاف المكانة الدولية لإسرائيل وعزلتها دوليًا.
7. ضرورة إنشاء مراكز ومعاهد تعليم اللغة الصينية، وتشجيع الطلبة على الدراسة في الجامعات الصينية، ودعم المنح الدراسية للطلاب الفلسطينيين في الصين.
8. العمل على نشر الدعاية الصحيحة والثقافة العامة حول العلاقات الفلسطينية الصينية وتاريخ الدعم الصيني للقضية الفلسطينية.

9. العمل على الحد من توغل إسرائيل في علاقاتها مع الصين عبر تعزيز العلاقات مع الاجيال الشابة والناشئة في الصين على المستوى الثقافي والعلمي وعلى المستوى الاقتصادي والدبلوماسي.
10. التركيز على استثمار الوجود العربي الإسلامي في الصين لتعميق العلاقات الثنائية مع الصين بما يخدم المصالح العربية بشكل عام والفلسطينية بشكل خاص وذلك بتوظيف علاقات التجار ورجال الأعمال ورجال الدين المقيمين في الصين.

المصادر والمراجع

المراجع العربية

1. إحسان مرتضى، استراتيجية إسرائيل في العلاقات الدولية، شؤون الشرق الأوسط، عدد 22، آب 1994.
2. أحمد، مبارك، 3-6-2024، "كيف تتدخل الصين لوقف العدوان الإسرائيلي على غزة؟" ، موقع القاهرة الإخبارية، https: //n9. cl/f25gvm.
3. اسلام عيادي، التعاون الصيني – الإسرائيلي وأثره على الأمن الإقليمي في الشرق الأوسط 1992-2013م، رسالة دكتوراه غير منشورة،(جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 2016م.
4. آفاق الاقتصاد العالمي، " التصدي لتكلفة المعيشة، صندوق النقد الدولي، 22 أكتوبر 2022، -https://www.imf.org/ar/Publications/WEO/Issues/2022/10/11/world-economic-outlook-october
5. الأزرق، عماد، "الصين والدول العربية.. مرحلة جديدة من التعاون والتوازن الاستراتيجي"، مجلة آفاق مستقبلية، مركز المعلومات واتخاذ القرار، يناير، 2023.
6. الأسدي عبده، العلاقات الصينية الإسرائيلية، مجلة شئون الأوسط، بيروت (العدد 96، مركز الدراسات الاستراتيجية، 2000).
7. الفطيسي، محمد بن سعيد «التقييم الاستراتيجي للقوة الصينية بعد العام) 2014 الرياض مركز نماء للبحوث والدراسات، 22-1-2014).
8. المركز الفلسطيني للأعلام، https: //palinfo. com/news/2023/11/01).
9. تقرير المعهد الإسرائيلي للتصدير والتعاون الدولي، 2009 .
10. جودمو فرانسوا ، 27-10-2013 ، العلاقات الصينية - الأميركية " الجذور التاريخية والمستقبل الغامض"، الدوحة مركز الجزيرة للدراسات، http: //studies. aljazeera. net/reports/2013/10/2013102711238987451
11. حامد ربيع حامد، الحرب النفسية في المنطقة العربي، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1994.
12. خلف، محمود، مدخل إلى علم العلاقات الدولية، عمان دار زهران للنشر، . (1997
13. شحرور عزت، الصين والشرق الأوسط: ملامح مقاربة جديدة(الدوحة مركز الجزيرة للدراسات، 11 حزيران/ يونيو 2012).
14. عبد الواحد طه. (10 سبتمبر, 2019.)الصين وروسيا تسعيان لزيادة تاريخية في التبادل التجاري ، . تم الاسترداد من جريدة الشرق الأوسط: رقم العدد 14896
15. غازي رابيعة، الاستراتيجية الإسرائيلية 1967 -1980 ،(الزرقاء: مكتبه المنار، 1989.
16. فهمي، عبد القادر. دور الصين في البنية الهيكلية للنظام الدولي أبو ظبي،(مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، الإمارات، 2000).
17. فياض، علي، "الصين والقضية الفلسطينية. . انقلاب الموقف من عقائدية ماو إلى براغماتية جيانغ" ، لندن: جريدة الحياة، العدد 13563، 30-4-2000.

18. كابي الخوري، كتب عربية وأجنبية وتقارير بحثية. المستقبل العربي: مركز دراسات الوحدة العربية، مج44, ع508 ، 2021، 181 - 192. http: //search. mandumah. com/Record

19. محمد علاء عبد الحفيظ «السياسة الصينية تجاه الصراع العربي - الإسرائيلي: الثوابت والمتغيرات»، بيروت مجلة المستقبل العربي، العدد 418 كانون أول/ ديسمبر 2013

20. محمد مكرم بلعاوي، ورقة تقدير موقف استراتيجي، العلاقة الصينية الإسرائيلية وآفاقها، إضاءات، (مركز الزيتونة للدراسات، نوفمبر 2019)

21. مركز تقدير استراتيجي (116):العلاقات الصينية الإسرائيلية وآفاقها

22. هدى شاكر معروف، أثر المتغيرات الداخلية في صنع السياسة الخارجية الإسرائيلية - (رسالة ماجستير) · بغداد: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم , 1988 .

23. وزارة الخارجية جمهورية الصين الشعبية - وثيقة سياسة الصين تجاه الدول العربية 13/ يناير /2016.

المراجع الاجنبية

1. ,Aharon Ze,eve Farkash. Israael Strategic environment, Strategic Assessment, August 2002,vol. no. 2 Bart Roni and Limer Simhon. Israel and the international system in the Middle East strategic balance. 2007-2008. Tel .Aviv. the institute of National Security Stydint

2. ,Aharon Ze,eve Farkash. Israael Strategic environment, Strategic Assessment, August 2002,vol. no. 2 Bart Roni and Limer Simhon. Israel and the international system in the Middle East strategic balance. 2007-2008. Tel .Aviv. the institute of National Security Stydint

3. An Gang,The Core of Issue: China's Declaration of Its Key Interests Misinterpreted by Many, Beiging Review. Available at; http: //www. bjreview. com. cn /world/txt/201308/26/content_563009. htm. (Accessed;16-(2022-06

4. An Gang,The Core of Issue: China's Declaration of Its Key Interests Misinterpreted by Many, Beiging Review. Available at; http: //www. bjreview. com. cn /world/txt/201308/26/content_563009. htm. (Accessed;16-(2022-06

5. .http: //studies. aljazeera. net/reports/2012/06/2012611142554206350

6. http: //www. nama-center. com/ActivitieDatials. aspx?Id=343

7. https: //aawsat. com/home/article/1895011

8. .https: //www. fmprc. gov. cn/ara/zxxx/201601/t20160119_9598170

9. James Chen,The Emergense of China in the Middle East, Strategice Forum at National Defense Uneversity,December 2011,No. 271

10. Jerel Rosati. The Politics of the United States Foreign Policy. Wordsworth: Thomson Learning. 1999

11. k. l Holisti. International politics Aframework for Analysis. New Jersy. 1992

12. M. Taylor Fravel, "Intrnational Relations Theory and China's Rise: assessing China's Potentiol for ,Territorial Expansion "International Stadis review, No,12,2010

13. Phar Kim Beng & Viic Li, "China's Energy Dependense on the Middle East: Boon or Bane for Asisn Security The China and Eurasia Forum quarterly, Vol. 3,No. 3,NOV. 2005,"

14. Wayne Morrison, China Economic Rise: History Trend, Challenges and Implications and for the United . States, Congressional Research Serves, July 2013

15. Yoran Evron, Sion- Israeli Relations: Opportunities and Challenges,Strategic Assessments, August Vol. 10, No. 2,2007

16. Yoran Evron, Sion- Israeli Relations: Opportunities and Challenges,Strategic Assessments, August Vol. 10, No. 2,p. 1-7,2007

.Zeiger. Charles(2006). The Emergence Factor in Chin's Foreign Policy. Journal of Chinese Political Science. Vol. 11 .No. 3

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com
مختبر البحث: قانون الأعمال
جامعة الحسن الأول سطات
Labo de Recherche: Droit des Affaires
Université hassan 1er settat
ISSN:2509-0291

الموقف الأمريكي لإدارة بايدن من الحرب على غزة في سياق الاستراتيجية الأمريكية تجاه الشرق الأوسط

The USA position of the Biden administration on the war on Gaza in the context of the US strategy towards the Middle East

الباحثة : ولاءخليل حسين قديمات
باحثة دكتوراة جامعة سوسة/كلية الحقوق والعلوم السياسية - تونس

الملخص

احتلت منطقة الشرق الأوسط مكانة هامة في رؤية الولايات المتحدة الامريكية في عهد بايدن لاستعادة دورها المهيمن في الساحة الدولية، وبما أن استمرار الحرب في غزة واحتمالات توسعها تؤثر على مصالح الولايات المتحدة في المنطقة تأتي أهمية هذه الدراسة من كونها تسلط الضوء على تبيان وتحليل الموقف الامريكي لادارة بايدن من الحرب على غزة، وذلك من خلال دراسة السياسة الخارجية الامريكية في عهد بايدن تجاه الحرب على غزة، فضلاً عن تتبع تطور الموقف الامريكي لادارة بايدن من هذه الحرب في ظل المتغيرات الإقليمية والدولية التي من شأنها أن تخلق تحديات أمام الدور الامريكي في منطقة الشرق الأوسط. هذا كما هدفت إلى دراسة السياسة الخارجية الامريكية في عهد بايدن والوقوف على التهديدات التي حددت مسارات الاستراتيجية الامريكية تجاه المنطقة، وتبيان ملامح السياسة الخارجية الامريكية تجاه الحرب على غزة، وقد اتبعت هذه الدراسة المنهج الاستقرائي، والمنهج الوصفي لتتبع ورصد الموقف الامريكي من الحرب على غزة. جاءت الدراسة من فصلين: الأول يتناول الاستراتيجية الامريكية تجاه الشرق الأوسط. أما المبحث الثاني فيتناول تطور الموقف الامريكي لادارة بايدن من الحرب على غزة في سياق الاستراتيجية الامريكية تجاه الشرق الأوسط.

كلمات مفتاحية:

السياسة الخارجية الامريكية، الحرب على غزة، الابادة الجماعية، تحولات الشرق الأوسط.

Abstract:

The Middle East region has occupied an important position in the vision of the United States of America under Biden to restore its dominant role in the international arena, since the continuation of the war in Gaza and the possibility of its expansion affect the interests of the United States in the region. Hence, the importance of this study emerges from the fact that it sheds light on clarifying and analyzing the American position of the Biden administration on the war on Gaza, through studying American foreign policy during the Biden era towards the war on Gaza, as well as tracking the development of the American position of the Biden administration on this war in light of the regional and international variables that are likely to create challenges for the American role in the Middle East region. It also aimed to study American foreign policy during the Biden era and identify the threats that determined the paths of the American strategy towards the region, and to clarify the features of American foreign policy towards the war on Gaza. This study followed the inductive approach and the descriptive approach to track and monitor the American position on the war on Gaza. The study came in two chapters: the first deals with the American strategy towards the Middle East. As for the second section, it deals with the development of the American position of the Biden administration on the war on Gaza in the context of the American strategy towards the Middle East.

Keywords:

US foreign policy, war on Gaza, genocide, Middle East transformations.

مقدمة:

واجهت ادارة بايدن انتقادات عدة بسبب غياب منطقة الشرق الأوسط عن لائحة اولوياتها منذ تسلمه للسلطة ولكن الامور تغيرت جذرياً منذ السابع من اكتوبر 2023. ورغم التصعيد عملت ادارة بايدن على بناء استراتيجية تضمن عدم خروج الأمور عن السيطرة ودخول ايران خط المواجهة.2439

وجدير بالذكر ان حرب غزة قد هزت مجموعة من المسلمات المستقرة في الشرق الأوسط، حيث هددت هجمات السابع من أكتوبر 2023 وجود الكيان الاسرائيلي.**2440**

وعليه تحتل منطقة الشرق الأوسط مكانة هامة في رؤية الولايات المتحدة الامريكية لاستعادة دورها المهيمن في الساحة الدولية، وبما ان استمرار العمليات العسكرية الاسرائيلية في غزة واحتمالات توسعها تؤثر على مصالح الولايات المتحدة في المنطقة التي عادت لتكتسب أهمية على أجندة الإدارة الأمريكية بعد فترة من التراجع لصالح الاهتمام بمنطقة الإندو-باسيفيك.

وتجدر الإشارة إلى ان الدعم الأمريكي لحق الكيان الإسرائيلي في الدفاع عن نفسه يهدد أمن الأمريكيين في المنطقة، إلى جانب ارتفاع نسب المعارضة الشعبية للولايات المتحدة والتي تفرض على الحكومات العربية تبني سياسات تتعارض مع أهداف واشنطن في الشرق الأوسط كان لا بد من وضع استراتيجية لمواجهة تبعات هذه الحرب واتخاذ موقف يدعم الرؤية الامريكية للمنطقة تجاهها.**2441** وهذا يدفعنا إلى ضرورة دراسة وتبيان طبيعة الموقف الامريكي لادارة بايدن من الحرب على غزة في سياق الاستراتيجية الامريكية تجاه الشرق الأوسط.

تأتي أهمية الدراسة من كونها تسلط الضوء على تبيان وتحليل الموقف الامريكي لادارة بايدن من الحرب على غزة، وذلك من خلال دراسة السياسة الخارجية الامريكية في عهد بايدن تجاه الحرب على غزة، فضلاً عن تتبع تطور الموقف الامريكي لادارة بايدن من هذه الحرب في ظل المتغيرات الإقليمية والدولية التي من شأنها أن تخلق تحديات أمام الدور الامريكي في منطقة الشرق الأوسط. هذا كما هدفت إلى دراسة السياسة الخارجية الامريكية في عهد بايدن والوقوف على التحول والتهديدات التي حددت مسارات الاستراتيجية الامريكية تجاه المنطقة، وتبيان ملامح السياسة الخارجية الامريكية تجاه الحرب على غزة.

تفترض هذه الدراسة مساهمة تحولات الشرق الأوسط في دفع الولايات المتحدة الامريكية للانحياز للجانب الاسرائيلي في الحرب على غزة، لاسيما في ظل ضعف النظام الرسمي العربي. وبالنسبة لمنهجية الدراسة فقد اتبعت المنهج الاستقرائي، حيث يساعد هذا المنهج في جمع الملاحظات حول الموقف الامريكي من الحرب على غزة، بما يساعد في استنباط الأحكام العامة المتعلقة بطبيعة الموقف والاستراتيجية الامريكية في عهد بايدن تجاه الشرق الأوسط عامة والحرب على غزة بصورة خاصة. فضلاً عن استخدام المنهج الوصفي لتتبع ورصد تطور الموقف الامريكي لادارة بايدن من الصراع الفلسطيني الاسرائيلي في سياق الحرب على غزة.

حدود الدراسة: الحدود المكانية: الولايات المتحدة – فلسطين المحتلة /غزة، والحدود الزمانية تتمثل في السياسة الخارجية الامريكية تجاه الحرب على غزة ما بعد السابع من اكتوبر2023.

فصول الدراسة: تتكون الدراسة من فصلين: الأول يتناولالاستراتيجية الامريكية تجاه الشرق الأوسط في سياق الحرب على غزة، اما الفصل الثاني فيتناول الموقف الامريكي لادارة بايدن من الحرب على غزة.

الفصل الأول /الاستر اتيجية الامريكية تجاه الشرق الأوسط في سياق الحرب على غزة

2439 رنا أبتر،واشنطن واستراتيجية ال لا استراتيجية في الشرق الأوسط،الشرق الأوسط،7 أكتوبر 2024، https://aawsat.com تاريخ الاسترجاع 8/أكتوبر 2024.

2440 محمد عز العرب،القضايا العشر: الاتجاهات الاستراتيجية في الشرق الأوسط بعد حرب غزة،مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية،8/اكتوبر 2024.

2441 المرجع السابق.

1.1 الاستراتيجية الامريكية تجاه الشرق الأوسط ضمن تحولات المنطقة.

في مستهل الحديث لا بد من الاشارة إلى ان السياسة الخارجية الامريكية تحكمها مجموعة من الثوابت المتفق عليها امريكياً، وهذه الثوابت تحكمها المصلحة العليا الامريكية وإن أي إخلال بالتعامل السياسي الخارجي الامريكي يبقى مرهوناً بالتغيرات الدولية وتبقى المصالح الاستراتيجية الامريكية هي الأساس في اتخاذ القرارات السياسية الهامة.[2442]

وتجدر الإشارة إلى انه لم تتوفر لدى الولايات المتحدة الامريكية الارادة السياسية الحقيقية للتوصل إلى حل عادل للقضية الفلسطينية بالرغم من تولها لعقود طويلة مهمة الوساطة بين الطرفين الاسرائيلي والفلسطيني وفي السياق العام لم تؤيد الادارات الامريكية اي انسحاب اسرائيلي من الاراضي المحتلة عام 1967، كما لم تؤيد اي قرارات تدين اسرائيل في الامم المتحدة. وعليه يأتي تكييف المنظور الامريكي للكيان الاسرائيلي على اساس تشارك الجانبين في القيم والديمقراطية والمصالح والاهداف في منطقة الشرق الأوسط.**2443**

كما تجدر الإشارة إلى ان عملية طوفان الاقصى جاءت في ظل بيئة اقليمية تتميز بالعمل على تفعيل الدور الاسرائيلي داخلها وهو ما تجلى من خلال الاستراتيجية الامريكية لادارة المنطقة من خلال طرح مشاريع استراتيجية تمثلت باتفاقتي صفقة القرن وابراهام واللتين تدعوان لتعزيز النفوذ الاسرائيلي واعادة هيكلة القوى في المنطقة.

ناهيك عن ما كشفته عملية طوفان الاقصى من سعي الكيان الاسرائيلي لتصفية القضية الفلسطينية من خلال عمليات التهجير الممنهجة و استهداف وتدمير البنى التحتية.

استناداً إلى ما سبق وفي ضوء التحولات الاقليمية والدولية ادركت ادارة بايدن ان ثمة ضرورة ملحة لوضع استراتيجية امريكية تجاه الشرق الأوسط اكثر براغماتية تتجاوز الالتزام الصارم باطار نظري احادي على النحو الذي يمكنها من فرض قواعد ومعايير تراها مناسبة لمصالحها وعليه تحظى هذه المنطقة بأهمية كبيرة في الاستراتيجية الامريكية.

وجدير بالذكر ان الاستراتيجية الامريكية في الشرق الأوسط لا تنوي التورط عسكرياً في المنطقة، بالمقابل فإن ادارة بايدن ليست مع الانسحاب الامريكي ومن الراجح انها ستحافظ على مستوى مناسب من الوجود العسكري في الشرق الأوسط. فضلاً عن اعتمادها على الدبلوماسية والعمل مع حلفائها الاقليميين لتحقيق الاهداف الامريكية.**2444**

وعليه تتمثل اهم اولويات هذه الادارة في منطقة الشرق الأوسط في برنامج ايران النووي والذي من شأنه زعزعة الاستقرار في المنطقة، وكذلك تأمين الكيان الاسرائيلي بالاضافة لتعزيز السلام بين العرب وهذا الكيان وانهاء الحروب في اليمن وليبيا وتعزيز وضع حقوق الانسان بما يضمن استقرار مصالحها.

وبناءً على ذلك تضمنت الاستراتيجية الامريكية تجاه البرنامج النووي الايراني تغييراً في اطار المفاوضات من خلال طرح اشراك دول خليجية واسرائيل في المفاوضات.

وبطبيعة الحال دخلت منطقة الشرق الأوسط مرحلة جديدة في ادارة بايدن في ظل التنافس الحاد مع روسيا والصين.

ولا بد من الاشارة إلى التحديات التي واجهت الاستراتيجية الامريكية والمتمثلة بجائحة كورونا والتحديات الاقليمية والدولية وفي مقدمتها مواجهة التصعيد مع العراق وايران اقليمياً وروسيا والصين دولياً. كما تتطلب هذه الاستراتيجية التعامل مع تلك المتغيرات بما يخدم مصالحها والقيام ببعض التغييرات في منطقة الشرق الأوسط بهدف الحفاظ على نفوذها ورعاية مصالح حلفائها.**2445**

2442 موسى موسى. تأثير العامل الديني في السياسة الخارجية لإدارة الرئيس جورج دبليو بوش تجاه منطقة الشرق الأوسط،رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت معهد ابراهيم ابو لغد للدراسات الدولية،2011ص128

2443 ثناء فؤاد عبدالله، حرب الإبادة الجماعية في غزة وخلفية الموقف الامريكي الداعم لاسرائيل،مركز دراسات الوحدة العربية،20 مارس،2024

2444 نور عبد الاله عجرش،الاستراتيجية الامريكية تجاه الشرق الأوسط عهد بايدن انموذجا،وقائع المؤتمر العلمي السنوي الاول للعلوم الاجتماعية والسياسية للمراكز المستقلة 8-9 تشرين اول 2021،ص76

2445 المرجع السابق،ص88-89

كما قامت استراتيجية الامن القومي الامريكية في ادارة بايدن على اساس ان الصين هي المنافس الاستراتيجي الرئيسي للولايات المتحدة ثم تأتي روسيا في المرتبة الثانية وقد تراجعت اولوية الشرق الأوسط في هذه الاستراتيجية حيث ركزت الولايات المتحدة على اتباع الوسائل الدبلوماسية لا العسكرية لتخفيف حدة الصراعات وانهائها وكان اساس هذه الاستراتيجية هو ان الطريق إلى الاستقرار والامن في الشرق الأوسط يكون من خلال التكامل بين شركاء وحلفاء الولايات المتحدة في المنطقة وقامت على سياسة الردع المتكامل بما في ذلك قيام حلفاء والشركاء باستثمارات معينة تفيد امن الجميع.[2446]

وتأسيساً على ذلك فقد اعادت عملية طوفان الاقصى الجدل بشأن علاقة الولايات المتحدة بمنطقة الشرق الأوسط، فقد تحوّل التركيز على الشرق الأوسط كما سعت الولايات المتحدة إلى منع توسيع الصراع إلى حرب اقليمية شاملة.

ولا مناص من القول ان مشكلة ادارة بايدن تكمن في انها تتعامل مع ازمات الشرق الأوسط كل على حدة وتفتقر إلى رؤية متكاملة تقيم صلة بين هذه الازمات، فقد خلف غياب الولايات المتحدة عن الشرق الأوسط خلال العقد الاخير فراغاً حاولت قوى اقليمية خاصة تركيا وايران شغله وانضمت إليها في هذا المسعى روسيا التي تحولت إلى لاعب اساسي في شؤون المنطقة.[2447]

وعلى الرغم من ذلك فإن السياسات الامريكية تجاه الشرق الأوسط تتسم بالثبات على اختلاف الادارات.

وفي هذا الاطارلعبت الولايات المتحدة الامريكية دوراً مسانداً للكيان الاسرائيلي من أجل استئناف العلاقات الدبلوماسية بين دول المعسكر الاشتراكي السابق والكيان الاسرائيلي، إذ ربطت المساعدات والمعونات التي يمكن ان تقدمها لهذه الدول بتحسين وإعادة العلاقات مع هذا الكيان.[2448]

كما مثلت الولايات المتحدة المصدر الرئيس لتسليح الكيان الاسرائيلي وتزويده بأحدث الأسلحة بما يضمن باستمرار تفوقه العسكري في المنطقة.[2449]

وفي نفس الصدد مارست الولايات المتحدة الضغط على الدول العربية لإلزامها بالتوقيع على معاهدة الحد من انتشار الاسلحة الكيميائية، وبهذا تكون قد جردت العرب من إحدى اوراقهم التفاوضية أمام الكيان الاسرائيلي.[2450]

حيث انه من الثابت سعيها على اعادة التأكيد على كونها اللاعب الدولي المركزي ان لم يكن الوحيد في المنطقة.

كما يلاحظ احتكارها لملف القضية الفلسطينية دولياً واعادة رسم الخطوط الحمراء فيما يتعلق بالكيان، إذ تحاول رسم حدود موازين القوى والنفوذ الدولي من جديد.الامر الذي يجعل من القوى الدولية والاقليمية في هذه الازمة امراً غاية في الاهمية لرسم معالم مستقبل النظام الدولي وموازين القوى والنفوذ فيه.[2451]

تجدر الاشارة إلى ان تقييم الولايات المتحدة الامريكية قبل عملية طوفان الاقصى في السابع من اكتوبر 2023 للاوضاع في الشرق الأوسط بأنها كانت تسير باتجاه مواتٍ للمصالحها. فبينما كانت تتخذ واشنطن خطوات عملية لاستعادة النفوذ من خلال جهد دبلوماسي ومحفزات اقتصادية وترتيبات امنية، حيث تركز جهدها لمواجهة التحديات في بيئات اقليمية اخرى، اذ بها تجد نفسها مضطرة للعودة والانخراط ومتابعة مزيد من المهام القتالية في المنطقة، في ظل تحديات غير مسبوقة ليس على صعيد علاقاتها بخصومها الاقليميين كايران ووكلائها او منافستها للقوى الكبرى في المنطقة كالصين وروسيا وحسب لكن ايضا على صعيد علاقاتها بحلفائها الاقليميين، وهكذا اعادت عملية طوفان الاقصى الجدل بشأن علاقة الولايات المتحدة بمنطقة الشرق الأوسط.

ولتوضيح ذلك فقد انخرطت الولايات المتحدة في صراع اقليمي لتأكيد تفوقها كما استخدمت ادوات مختلفة ابرزها القوة العسكرية لحماية امنها والحيلولة دون حدوث تغير في ميزان القوى، الذي من شأنه اذا حدث ان يهدد الوضع القائم.

2446 محمد سالم، حرب غزة واستراتيجية واشنطن في الشرق الأوسط... قراءات امريكية، عربي 21، 24 ابريل 2024

2447 جمال عبد الجواد،اتجاهات السياسة الامريكية تجاه قضايا الشرق الأوسط في عهد بايدن،24 مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية./2021/1

2448 جمال علي زهران جمال. النظام الدولي والاقليمي بين الاستمرارية والتغيير.د.م، مركز المحروسة للبحوث والتدريب والنشر،1996،ط1،ص50

2449 نظمي، ابولبدة.التغيرات في النظام الدولي وأثرها على الأمن القومي العربي،اربد، دار الكنيدي،اربد:الاردن،2001،ص162

2450المرجع السابق،ص173

2451 احمد العطاونة،*الموقف الامريكي بعد عجز اسرائيل عن تحقيق أهدافها المعلنة*،الجزيرة،2024/3/15، متاح على الرابط: https://www.aljazeera.net تاريخ الاسترجاع 2024/9/15

ومما لاشك فيه ان النفوذ الامريكي قد تعرض إلى تحديات رئيسية يمكن اجمالها وفقاً للآتي:

- تصاعد نفوذ ايران واقترابها من امتلاك القنبلة النووية.
- السياسة النفطية المستقلة لدول الخليج فضلاً عن توتر العلاقات مع بعض الحلفاء التقليديين.
- تنامي نفوذ الصين، وبروز اقطاب منافسة للهيمنة الامريكية في المنطقة.

وعليه اصبح الشرق الأوسط جزءاً من التنافس الجيوسياسي والجيو اقتصادي مع الولايات المتحدة على الساحة الدولية، كما اثمرت جهودها عن الوصول إلى اتفاق لتطبيع العلاقات بين ايران والسعودية وهو الاتفاق الذي غير ديناميات الصراع في المنطقة بصورة ملحوظة.وترك الولايات المتحدة امام تحدي تراجع نفوذها الاقليمي، وخسارة حلفاء مؤثرين في مواجهة النفوذ الايراني، وتراجع مكانتها الاقتصادية في المنطقة لصالح الصين، ولهذا شكلت الصين تحدياً للدور الذي تلعبه الولايات المتحدة منذ فترة طويلة في المنطقة.

ويلاحظ ان تراجع الحضور الامريكي شجع على ظهور لاعبين سعوا إلى ملء الفراغ الامني كتركيا التي وسعت من عملياتها العسكرية في سوريا والعراق وطال نفوذها لبنان كما وصل حضورها العسكري منطقة الخليج، فضلاً عن تدخل روسيا في الصراع في سوريا ونجاحها في تغيير موازين القوى لصالحها في مواجهة الولايات المتحدة، علاوة على ذلك اضافت الجهات الفاعلة غير الحكومية مثل حزب الله في لبنان والحوثيين في اليمن والقوات الكردية في سوريا المزيد من التعقيد الى المشهد الجيوسياسي.[2452]

2.1 الاستراتيجية الامريكية في سياق الحرب على غزة محددت واهداف.

على المستوى النظري تأثر الموقف الامريكي من الحرب على قطاع غزة بمجموعة من المحددات الاستراتيجية المستقرة وبمحددات آنية متغيرة تتعلق بمسار المعركة وتداعياتها على المصالح الامريكية ومصالح الحزب الديمقراطي يمكن استعراضها وفق ما يلي[2453]:

- الرغبة الامريكية باستعادة الهيمنة على النفوذ في منطقة الشرق الأوسط، وعدم السماح لأي قوة خارجية تهديد مصالحها في المنطقة.
- ضمان السيطرة على غاز و نفط المنطقة ومنع وصول أي قوة منافسة له بما يضمن تعزيز الاقتصاد الامريكي.
- ضمان امن الكيان الاسرائيلي وتشجيع مسار التطبيع بين الكيان الاسرائيلي والدول العربية والاسلامية وهو هدف استراتيجي لم يتأثر بتغير الادارات الامريكية وبتقلب الاوضاع السياسية.
- تضرر صورة الولايات المتحدة على المستوى الشعبي عربياً واسلامياً بانحيازها ودعمها غير المحدود للعدوان الاسرائيلي على غزة واعتبارها شريكا كاملاً في جرائم الابادة الاسرائيلية في القطاع كما الحق الانحياز الامريكي الضرر بالقيم الحضارية الغربية.
- العمل على محاربة بروز قوى محلية تهدد المصالح الامريكية في المنطقة.
- ضمان استمرار بيع الاسلحة والتكنولوجيا لحلفاء الولايات المتحدة في المنطقة، وبشكل خاص دعم وتعزيز القدرات العسكرية للكيان الاسرائيلي.
- ضغط الانتخابات الامريكية المرتقبة في شهر تشرين الثاني نوفمبر 2024، وما برز من مؤشرات مزعجة للحزب الديمقراطي، كما ويلاحظ ان القضية الفلسطينية تحولت للمرة الاولى إلى قضية انتخابية داخلية في الولايات المتحدة وترجح اغلب استطلاعات الرأي في الولايات المتحدة.

2452 Mark Leonard,The Post-American Middle East,European Council on Foreign Relations,19 June 2023.accessd:20,jan,2024 at:https://2u.pw/Aur ACuj.

2453 تقدير استراتيجي(135) محددات السياسة الامريكية تجاه الحرب الاسرائيلية على غزة واتجاهاتها المستقبلية،نيسان/ابريل 2024،مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات.ص8-14

- الرغبة الامريكية باستعادة الهدوء في المنطقة بعد ان اضرت الحرب في غزة بالاستراتيجية الامريكية لخفض التصعيد وتقليص حجم الانخراط بالصراعات المسلحة في المنطقة.
- الرغبة بحصر المواجهة في قطاع غزة بين المقاومة الفلسطينية والقوات الاسرائيلية والخشية من توسيع مساحة الحرب والانجرار لحرب اقليمية.
- تزايد التهديدات للملاحة في البحر الاحمر بعد تصاعد عمليات جماعة انصار الله اليمنية في استهداف السفن المتجهة للكيان الصهيوني وهو ما الحق الضرر بالتجارة الدولية وشكل تهديداً لمصالح الولايات المتحدة والاطراف الغربية والحق الضرر بالكيان الاسرائيلي مما استدعى توجيه ضربات جوية لاهداف الحوثيين في اليمن.

- تزايد القلق الامريكي من سياسات نتنياهو والمتطرفين في ائتلافه الحكومي ومن تفاقم حالة الانقسام التي تهدد وحدة المجتمع الاسرائيلي كما تبدي الادارة الامريكية الانزعاج من تحدي نتنياهو للمواقف الامريكية وتجاهل لمصالح الولايات المتحة ومصالح الحزب الديمقراطي.
- القلق الامريكي من تداعيات محتملة لاستمرار الحرب على استقرار بعض الحكومات الاقليمية الحليفة للولايات المتحدة في المنطقة نتيجة تنامي مشاعر الغضب الشعبي من ضعف مواقف تلك الحكومات وعجزها عن مواجهة الغطرسة الاسرائيلية.

وفي هذا السياق يمكن تلخيص الاهداف والثوابت الامريكية في حرب غزة وفق الآتي:**2454** إذ ركزت الدبلوماسية الامريكية منذ بداية هجمات حماس على الكيان الاسرائيلي في السابع من اكتوبر الماضي وما تبعه من هجوم اسرائيلي انتقادي على قطاع غزة على تحقيق عدة أهداف رئيسية يمكن رصدها وفق الآتي:

- الاستمرار في التركيز على مصالح الامن القومي الامريكي في منطقة الشرق الأوسط في ظل تحولاتها.
- ضمان امن وصمود الكيان الاسرائيلي من خلال تقديم الدعم المادي والعسكري الذي يضمن بقاء هذا الكيان متفوقاً على قوى المنطقة، وفي هذا السياق قدمت الولايات المتحدة الامريكية منذ بدء الحرب على غزة دعماً كبيراً للكيان الاسرائيلي من خلال مواصلة تأكيد رفضها لأي محاولات لوقف اطلاق النار بالرغم من تدهور الوضع الانساني في غزة.

كما عرقلت الولايات المتحدة الجهود الدولية الرامية إلى كبح جماح استخدام الكيان الاسرائيلي للقوة في غزة، بما في ذلك التصويت ضد قرار مجلس الامن التابع للامم المتحدة الذي يدعو إلى هدنة انسانية لتوصيل المساعدات الانسانية للمتضررين جراء هذه الحرب.

ولذلك ينبغي تحديد الاعتبارات والمحددات الامريكية لحرب غزة اذ وضعت الادارة الامريكية مجموعة من الاعتبارات والمحددات التي سعت إلى الالتزام بها خلال نهجها القائم على الدعم الكامل للكيان الاسرائيلي في الحرب على قطاع غزة والتي تتلخص بِ:**2455**

- احتواء الصراع ومنع تحوّله إلى حرب اقليمية واسعة، وذلك لتقليل خطر تورط القوات الامريكية بشكل مباشر فيه وما يمكن ان ينتج عنه من تهديد لمصالح الولايات المتحدة في المنطقة.
- ادراك الولايات المتحدة للتهديدات التي يواجهها الكيان الاسرائيلي في وقت واحد على جبهات متعددة غزة الضفة الغربية وحزب الله في لبنان والحوثيين في اليمن وسوريا وايران تتطلب الحفاظ على موقف رادع موثوق به على طول كل من هذه الجبهات.
- ضمان امكانية وصول امدادات الاغاثة الانسانية إلى غزة..

وعليه ولتفادي التحولات الجارية في الشرق الأوسط والدفع بترتيبات جديدة لاحتواء التهديدات واستعادة التأثير تبنت ادارة بايدن استراتيجية جديدة اشتملت على خمسة مبادئ وهي:**2456**

2454 الموقف الامريكي بين الردع والدبلوماسية في حرب غزة، مآلات دولية –العدد 47، نوفمبر 2023، متاح على الرابط:https://www.idsc.gov.eg

2455 المرجع السابق.

2456 محمود حمدي ابو القاسم، حرب غزة والنفوذ الامريكي في الشرق الأوسط،المعهد الدولي للدراسات الايرانية،13 فبراير 2024،ص8-9

ISSN:2509-0291

- مبدأ الشراكات ووفقاً لهذا المبدأ ستعمل الولايات المتحدة على دعم وتعزيز الشراكات مع الدول الاقليمية التي تشترك في النظام الدولي القائم على القواعد، مع التأكد من ان تلك الدول قادرة على الدفاع عن نفسها ضد التهديدات الاجنبية.
- مبدأ الردع بمعنى عدم سماح الولايات المتحدة للقوى الاجنبية او الاقليمية بتعريض حرية الملاحة عبر الممرات المائية في الشرق الأوسط للخطر، بما في ذلك مضيق هرمز وباب المندب، وعدم التهاون امام الجهود التي تبذلها اي دولة للسيطرة على دولة اخرى او على المنطقة، من خلال التعزيزات العسكرية او التهديدات.
- الدبلوماسية كمبدأ لوقف التصعيد وانهاء الصراعات حيثما امكن ذلك.
- مبدأ التكامل بمعنى العمل على بناء روابط سياسية واقتصادية وامنية بين شركاء الولايات المتحدة حيثما امكن ذلك مع احترام سيادة كل دولة.
- التأكيد على تعزيز حقوق الانسان والقيم المنصوص عليها في ميثاق الامم المتحدة.

وبناءً على ذلك فقد اظهرت الولايات المتحدة استجابة واسعة لعملية طوفان الاقصى، كما انطوت هذه الاستجابة على اهداف ودوافع على النحو الاتي:[2457]

- ضمان امن الكيان الاسرائيلي والقضاء على المقاومة الفلسطينية. فقد نظرت الولايات المتحدة إلى هجوم السابع من اكتوبر على انه تهديد وجودي لحليفتها الاستراتيجية اسرائيل وبينما تعهدت اسرائيل بسحق حماس وشنت بناء على ذلك حرباً واسعة على قطاع غزة فان امريكا وفرت لاسرائيل الدعم العسكري والسياسي والاقتصادي لتحقيق هذا الهدف. كما عملت على توفير غطاء حماية يحول بين اسرائيل وبين تحمل اي لوم او مسؤولية دولية، بما في ذلك الحيلولة دون تمرير اي قرار في مجلس الامن يدين اسرائيل او يدعو إلى وقف الحرب.[2458]

حماية المصالح الامريكية وتأكيد النفوذ العالمي إذ فسرت الولايات المتحدة الهجوم الذي شنته حركة حماس بأنه يستهدف بالاساس الاستراتيجية الامريكية، ويعكس اتجاهاً اقليمياً آخر مناهض ومعاكس لمسار السياسة الامريكية في المنطقة، كما سعت لاحتواء الفوضى الاقليمية المحتملة وربما استغلال الحدث لتحقيق ما عجزت عنه الدبلوماسية والمشاركة.اذ لا تزال الولايات المتحدة تنظر لذاتها على انها القوة العالمية الاكثر تأثيراً و نفوذاً في الشرق الأوسط.

وعليه وجدت الولايات المتحدة في تحولات المنطقة فرصة لتثبيت نفوذها وتأكيده وما يثبت ذلك تشكيل الولايات المتحدة للتحالف الدولي لحماية البحر الاحمر.وسعيها لقطع الطريق على مبادرة الحزام والطريق الصينية ومواجهة النفوذ المتصاعد لروسيا وايران وتركيا في هذه المنطقة، وفي الوقت نفسه حماية المصالح الاسرائيلية ولعب دور بارز في اعادة هيكلة التوازنات الاستراتيجية بشرق افريقيا.[2459]

- ردع ايران ووكلائها والحيلولة دون اتساع نطاق الصراع في المنطقة.وكهدف مشترك تدعم الولايات المتحدة الامريكية بشدة استمرار الكيان الاسرائيلي في جهوده العسكرية للقضاء على حركة حماس وتغيير الواقع في غزة ما بعد الحرب.[2460]

الفصل الثاني /الموقف الامريكي لادارة بايدن من الحرب على غزة

2 .1 طبيعة الموقف الامريكي من حرب غزة

قدمت الولايات المتحدة منذ السابع من اكتوبر تشرين الاول دعمها وتأييدها للكيان الاسرائيلي في حربه على قطاع غزة ولم تتردد لحظة في تقديم كل الاسناد المطلوب له سياسياً وعسكرياً.

2457 محمود حمدي ابو القاسم، حرب غزة والنفوذ الامريكي في الشرق الأوسط،المعهد الدولي للدراسات الايرانية،13 فبراير 2024،ص12-19
2458 المرجع السابق،ص12-13
2459 محمود حمدي ابو القاسم، حرب غزة والنفوذ الامريكي في الشرق الأوسط،المعهد الدولي للدراسات الايرانية،13 فبراير 2024،ص15
2460 محمود حمدي ابو القاسم، حرب غزة والنفوذ الامريكي في الشرق الأوسط،المعهد الدولي للدراسات الايرانية،13 فبراير 2024،ص13

وعلى الرغم من طول امد هذه الحرب وفشل الكيان الاسرائيلي في تحقيق أهدافه المعلنة والمتمثلة في القضاء على حركة حماس وتفكيك بنيتها واستعادة الاسرى وتحقيق الردع، ناهيك عن تزايد موجات الغضب الشعبي على المستوى العالمي تجاه جرائم الاحتلال واستنكار الابادة الجماعية لم تتراجع الولايات المتحدة عن دعمها المطلق لهذا الكيان.

وفي سياق استعراض موقف الولايات المتحدة من الحرب على قطاع غزة يمكن ابرازه ضمن عدة اوجه وهي[2461]:

- استخدام الولايات المتحدة لحق النقض الفيتو وتعطيلها ثلاث مرات محاولات اصدار قرار من مجلس الامن فرض هدنة انسانية فورية في قطاع غزة منذ السابع من اكتوبر.

- تحاول الولايات المتحدة اغتنام الفرصة لتفعيل هيمنتها في المنطقة. حيث قدمت للكيان الاسرائيلي كل ما يلزمه من معدات عسكرية بما يضمن تفوقه العسكري وبالشكل الذي يخدم مصالحها في المنطقة.

وعليه تبنت الولايات المتحدة من اليوم الاول موقفاً منحازاً بالمطلق للكيان الاسرائيلي.إذ اعتبرت عملية السابع من اكتوبر موجهة ضدها وليست فقط ضد الكيان الاسرائيلي، وهي بمشاركتها المباشرة في الحرب وبدعمها اللامحدود لهذا الكيان تحاول استثمار ما يجري في المنطقة ضمن استراتيجيتها على مستوى المنطقة والعالم.

وبناءً على ذلك تسعى للحيلولة دون تعطيل ترتيباتها في المنطقة والتخلص من كل العقبات امامها.

وفي اطار بحث العلاقة ما بين ادراة بايدن ونتنياهو يلاحظ اتفاقهما على الخطوط الاستراتيجية وابرزها الا يشكل قطاع غزة مستقبلاً عنصر تهديد للكيان الاسرائيلي والا تعود حماس وقوى المقاومة لحكم قطاع غزة.[2462]

كما تجدر الاشارة إلى انخراط الولايات المتحدة بمستوى مرتفع في ادارة معركة طوفان الاقصى وبذلك ظهرت كشريك للكيان الصهيوني في حربه على قطاع غزة. فعلى الرغم من انشغالها بادارة المواجهة مع روسيا في اوكرانيا وخوض التنافس مع الصين، وجدت الولايات المتحدة نفسها مضطرة للعودة للانخراط بصورة قوية في صراعات المنطقة بعد ان شعرت بأن ترتيباتها الهيكلية الاقليمية الامنية والعسكرية والاقتصادية التي كانت تعدها في المنطقة مهددة بالانهيار، على الرغم من بروز تباينات في الموقف بين ادارة الرئيس الامريكي جو بايدن وحكومة بنيامين نتنياهو فإنها ظلت خلافات حول بعض تفاصيل ادارة الحرب لا على اهدافها التي شكلت موضع توافق بين الطرفين كما انها بقيت خلافات مؤقتة، واخذت في بعض وجوهها طابعاً شخصياً بين الرئيس بايدن وبين نتنياهو وحلفائه المتطرفين في ائتلافه الحكومي ولم ترق إلى مستوى ان تكون خلافات بين الولايات المتحدة والكيان الاسرائيلي.[2463]

كما تجدر الاشارة إلى اختلاف الطرفين حول بعض تفاصيل ادارة المعركة، فقد وجه مسؤولون في الادارة الامريكية وفي الحزب الديمقراطي انتقادات لسلوك نتنياهو وحكومته ولقادة اليمين المتطرف في الكيان الصهيوني، وكان من ابرز تلك الانتقادات تأكيد الرئيس بايدن ان نتنياهو يضر اسرائيل اكثر مما ينفعها. حيث انتقد ادارته للحرب على قطاع غزة.[2464]

ويلاحظ ان اسباب اتساع الفجوات بين الادارة الامريكية والاسرائيلية تعود لِ:[2465]

- الضغط على الموارد الامريكية، بالاضافة للتحديات التي يفرضها واقع الداخل الامريكي.
- انكشاف المصداقية الامريكية إذ تواجه الولايات المتحدة تحدياً كبيراً فيما يتعلق بمصداقيتها وقيادتها للنظام الدولي.

2461 احمد العطاونة،*الموقف الامريكي بعد عجز اسرائيل عن تحقيق أهدافها المعلنة*،الجزيرة،2024/3/15، متاح على الرابط: https://www.aljazeera.net تاريخ الاسترجاع 2024/9/15

2462 تقدير استراتيجي(135) محددات السياسة الامريكية تجاه الحرب الاسرائيلية على غزة واتجاهاتها المستقبلية،نيسان/ابريل 2024،مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات.

2463المرجع السابق.

2464 تقدير استراتيجي(135) محددات السياسة الامريكية تجاه الحرب الاسرائيلية على غزة واتجاهاتها المستقبلية،نيسان/ابريل 2024،مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات.

2465 الموقف الامريكي بين الردع والدبلوماسية في حرب غزة، مآلات دولية –العدد 47، نوفمبر 2023، متاح على الرابط:https://www.idsc.gov.eg

- امتداد آثار الدعم الامريكي المطلق للكيان الاسرائيلي إلى اضعاف قدرة الولايات المتحدة الامريكية على حشد الدعم لمواقفها بشأن قضايا متعددة مما يساهم في خفض شعبيتها، لاسيما وان روسيا والصين اتخذتا منذ بدء الحرب في غزة منحى مختلف اكثر دعماً للفلسطينين بهدف تعزيز نفوذهما في المنطقة.

وتأسيساً على ذلك جاءت الخلافات بين الادارة الامريكية والحكومة الاسرائيلية بشأن الحرب في قطاع غزة استكمالاً للتناقضات الظاهرة في الرؤى والسياسات بين الطرفين منذ تشكيل الحكومة الاسرائيلية في نهاية ديسمبر 2022 والتي وصفها الرئيس الامريكي جو بايدن بأنها الاكثر يمينية في تاريخ الكيان الاسرائيلي ومن المرجح ان تستمر هذه الخلافات بين الطرفين حول اولويات كل منهما خلال الفترة القادمة لكن تعمق ذلك الخلاف إلى بنية العلاقات الثنائية امر مستبعد.[2466]

وعلاوةً على ذلك يأتي تأخير الولايات المتحدة ومماطلتها في وقف اطلاق النار في اطار اتاحة الوقت للكيان الاسرائيلي لتحقيق اكبر قدر ممكن من المكاسب وفي مقدمتها استبدال التصورات الاقليمية عن ضعفه استجابةً لما يتطلبه الشرق الأوسط ومستجداته في سياق المنافسة العالمية.[2467]

وعليه يمكننا تلخيص موقف الولايات المتحدة وسلوكها العملي تجاه الحرب على غزة بما يلي:[2468]

- تقديم الدعم والاسناد الكامل غير المحدود للموقف الاسرائيلي، وتوفير متطلبات استمرار الحرب على غزة سياسياً وعسكريا واقتصادياً والتماهي مع الأهداف الاسرائيلية المعلنة للحرب.
- التبني الكامل للرواية الاسرائيلية وتوفير الضوء الاخضر لشن الحرب واستمرارها وتبرير الجرائم الاسرائيلية في قطاع غزة ونفي ارتكاب اسرائيل جرائم حرب أو ابادة أو انتهاك للقانون الدولي الانساني.
- ارسال السفن والبوارج البحرية إلى المنطقة لتأكيد الدعم الكامل للكيان الصهيوني ومنع ايران من التدخل المباشر في المعركة وثني حلفائها الاقليميين عن الانخراط الكامل فيها. وكذلك من اجل توفير الوقت اللازم للجانب الاسرائيلي لتنفيذ اهدافه من العدوان على غزة والحيلولة دون اتساع الحرب إلى مواجهة اقليمية.فضلاً عن تأكيد وجودها في المنطقة بما يضمن مصالحها.
- توفير الغطاء للعدوان الاسرائيلي وافشال صدور قرارات عن مجلس الامن تدين الكيان الاسرائيلي وتلزمه بوقف اطلاق النار بشكل دائم، إذ أفشلت الولايات المتحدة ثلاث مشاريع قرارات بهذا الخصوص.
- ممارسة الضغوط على الدول العربية والاسلامية للامتناع عن اصدار قرارات سياسية بسقوف مرتفعة في معارضة الحرب، وبذل جهود حثيثة لاقناع العديد من الاطراف العربية بالمشاركة في الترتيبات الامنية المستقبلية في القطاع.
- السعي لفتح مسار سياسي للصراع وفق حل الدولتين بالرغم من ادراك الادارة الامريكية لعدم وجود فرصة لنجاح هذا المسار في ظل الرفض الاسرائيلي لاقامة دولة فلسطينية. فضلاً عن مواصلة الجهود لدفع مسار التطبيع السعودي الاسرائيلي، ومحاولة تجاوز المعوقات التي اعترضت طريقه بتأثير معركة طوفان الأقصى ومحاولة بلورة صفقة بهذا الخصوص تلبي المطالب السعودية فيما يتعلق بابرام اتفاقية دفاع مشترك امريكية وتزويد السعودية بمفاعل نووي للاغراض السلمية، وتقديم وعود بالعمل على السعي لاقامة دولة فلسطينية وفق رؤية حل الدولتين.

2.2 مبررات انحياز ادارة بايدن للجانب الاسر ائيلي في حربه على غزة

2466 الموقف الامريكي المتغير من ادارة الحوكة الاسرايلية للحرب في قطاع غزة،2024/4/22، متاح على الرابط: https://strategiecs.com/ar/analyses تاريخ الاسترجاع 16/9/2024

2467 المرجع السابق.

2468 تقدير استراتيجي(135) محددات السياسة الامريكية تجاه الحرب الاسرائيلية على غزة واتجاهاتها المستقبلية،نيسان/ابريل 2024،مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات.ص3-4

وحيث ان الثابت تماهي الولايات المتحدة الامريكية منذ بداية الحرب مع الاهداف الاسرائيلية للحرب وفي مقدمتها تحقيق الانتصار العسكري والقضاء على المقاومة الفلسطينية والحيلولة دون تشكيلها تهديداً مستقبلياً للامن الاسرائيلي وتحرير الاسرى الاسرائيليين لدى المقاومة الفلسطينية وتغيير الواقع السياسي في قطاع غزة وانهاء حكم حركة حماس وادارتها له.**2469**

هذا يقودنا إلى ضرورة تحليل الموقف الامريكي المنحاز لادارة بايدن من العدوان الاسرائيلي على غزة والتي يمكن تقديمه وفق الملاحظات التالية:

تجدر الاشارة إلى اتخاذ ادارة الرئيس الامريكي جوبايدن منذ اليوم الاول للعدوان الاسرائيلي على قطاع غزة موقفاً متطرفاً في دعمها لسياسات حكومة بنيامين نتنياهو ضد الشعب الفلسطيني فقد قررت الادارة الامريكية منذ اللحظة الاولى الاصطفاف الكامل إلى جانب الكيان الاسرائيلية إذ زار الرئيس بايدن دولة الاحتلال اثناء الحرب في سابقة لم يفعلها رئيس امريكي حتى في حرب اكتوبر تشرين الال 1973.**2470**

فضلاً عن استخدمها حق النقض الفيتو في مجلس الامن التابع للامم المتحدة ضد مشروعي قراراروسي وبرازيلي يطالبان بوقف اطلاق النار وكانت الولايات المتحدة الامريكية من بين 14 دولة صوتت في الجمعية العامة للامم المتحدة في 27 تشرين الاول اكتوبر 2023 ضد مشروع قرار تقدمت به المجموعة العربية يدعو إلى وقف فوري لاطلاق النار ودخول مساعدات انسانية من دون معوقات ويدعو كل الاطراف على حماية المدنيين ونظراً إلى الازمة الانسانية التي يشهدها قطاع غزة نتيجة العدوان الاسرائيلي اضطرت ادارة بايدن إلى تعديل موقفها وممارسة ضغوط على الجانب الاسرائيلي ليقبل بهدن انسانية محدودة من حيث الزمان والمكان.**2471**

وعليه ما زالت ادارة بايدن ترفض اي دعوة لوقف اطلاق النار بذريعة ان ذلك سيمنح حركة حماس الوقت لتعزز صفوفها وتكرر ما فعلته في 7 تشرين الاول/اكتوبر. فقدم بايدن دعماً قوياً للكيان الاسرائيلي في حربه على قطاع غزة والتي بدأت بعد هجوم حماس، بينما تبقى حرب غزة عاملاً مؤثراً في الانتخابات الرئاسية الامريكية.**2472** ولا بد من الاشارة إلى ان اطالة امد الحرب يهدد بتآكل شعبية الرئيس بايدن.

كما ان الادارة الامريكية على الرغم من مواقفها فيما يتعلق بحماية المدنيين فإنها استمرت في معارضة وقف اطلاق النار في الحرب التي تشنها اسرائيل بذريعة ان هذا سيكون في مصلحة حماس.**2473** كما تحاول الادارة الامريكية ربط مستقبل قطاع غزة السياسي بتطبيع العلاقات بين المملكة العربية السعودية والكيان الاسرائيلي**2474**

وعلى الرغم من ذلك شاركت الولايات المتحدة الكيان الاسرائيلي حربه على غزة منذ 8 تشرين الاول اكتوبر 2023 واتخذت هذه المشاركة اشكالاً عديدة سياسية وعسكرية ودبلوماسية وهدفت إلى تحقيق الاهداف التي وضعتها هذا الكيان لهذه الحرب وفي مقدمتها تصفية حركة حماس، فضلاً عن رغبتها بردع حلفاء هذه الحركة في الاقليم ومنعهم من توسيع نطاق المواجهة. كما سعت إلى تمكينه من استعادة الردع بعد ان اهتزت معادلة الردع بعملية السابع من اكتوبر، التي تعد سابقة في تاريخ المقاومة الفلسطينية، وسابقة ايضاً في تاريخ دولة الاحتلال من حيث حجم الخسائر التي منيت بها في يوم واحد.**2475**

2469 تقدير استراتيجي(135) محددات السياسة الامريكية تجاه الحرب الاسرائيلية على غزة واتجاهاتها المستقبلية،نيسان/ابريل 2024،مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات.

2470 الميناء الامريكي في غزة.. الاهداف والجدوى والمخاطر،المسار للدراسات الانسانية، متاح على الرابط: https://amasarstudies.com

2471 المركز العربي للابحاث ودراسة السياسات، الموقف الامريكي من العدوان الاسرائيلي على غزة خلفيات التحول في سياسة ادارة بايدن وحدوده،تقدير موقف،16/تشرين الثاني /نوفمبر 2023، ص 3.

2472 هل تحول هاريس موقف الولايات المتحدة من الحرب الاسرائيلية على غزة.هسبريس-أ.ف.ب الخميس 25 يوليو 2024، https://www.hespress.com تاريخ الاسترجاع 2024/8/20

2473 ماهر الشريف، الولايات المتحدة الامريكية شريك مباشر في الحرب الاسرائيلية على قطاع غزة، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، العدد 033 31 كانون الثاني يناير 2024.ص8

2474المرجع السابق، ص8

2475 تطورات المواقف الامريكية الاوروبية من الحرب على غزة... السياقات والدوافع،المسار للدراست الانسانية،

كما تجدر الاشارة إلى تزايد توجه دبلوماسيين اميريكيين في المنطقة إلى التحذير من ان الدعم الامريكي المطلق للعدوان الاسرائيلي يفقد الولايات المتحدة الامريكية العرب لجيل كامل. فهذا الدعم يرقى إلى مسؤولية مادية ومعنوية عما يعتبرونه جرائم حرب محتملة.[2476]

اضافةً إلى ما سبق كان للضغوط الداخلية سواء من داخل الادارة او من الحزب الديمقراطي او في الكونغرس او جزء من الشارع الامريكي الرافض لانحياز بلاده إلى العدوان الاسرائيلي دور في تغير موقف ادارة بايدن نحو التخفيف من الآثار الانسانية الكارثية للعدوان في قطاع غزة، من دون ان يعني ذلك مغادرتها مربع الانحياز المطلق إلى الكيان الاسرائيلي.[2477]

وفي هذا السياق يترتب على تآكل الدعم الداخلي الامريكي والدولي للكيان الاسرائيلي جراء المأساة الانسانية في غزة تداعيات استراتيجية مكلفة.[2478]

ومن زاوية أخرى ترى ادارة بايدن ان اعادة احياء دور السلطية الفلسطينية في قطاع غزة اذا ما جرى تقويض حكم حماس لن تكون على نحو مباشر بل تتطلب وجود سلطة فلسطينية فعالية وهو امر يحتاج وقتاً حتى يتحقيق، فضلاً عن رفض اسرائيل وضع قطاع غزة تحت سيطرة السلطة الفلسطينية، التي تتهمها بالتحريض على الارهاب.

وعليه تطرح الولايات المتحدة الامريكية خيارات انتقالية من قبيل ان تشرف دول عربية مثل مصر والاردن على القطاع في المقابل ترفض مصر والاردن القيام بهذا الدور، وبناء عليه طرحت خياراً آخر يتمثل في ان تدير القطاع وكالات دولية وتشكل قوة متعددة الجنسيات للحفاظ على السلام ويصطدم هذا الخيار بمعارضة الكيان الاسرائيلي من جهة وبارتباطه بتقويض حكم حماس وتفكيك قدراتها العسكرية من جهة اخرى.[2479]

ولا يفوتنا ان ننوه إلى الارتباك بشأن مقاربة ادارة بايدن للعدوان الاسرائيلي على قطاع غزة، فهي تدعو اسرائيل إلى ضبط النفس وتجنب ايقاع خسائر بين المدنيين الفلسطينيين وفي الوقت نفسه تقرر تزويدها بقنابل دقيقة التوجيه تبلغ قيمتها 320 مليار دولار.[248019]

وفي حين ترفض الادارة مطالبة اسرائيل بوقف اطلاق النار وتدعم مسعاها للقضاء على حماس فانها تدعوها إلى اعادة النظر في هذا الهدف الكبير صعب التحقق كما قال رئيس هيئة الاركان الامريكية المشتركة الجنرال تشارلز براون مقترحاً على اسرائيل ان تركز بدلاً من ذلك على استهداف القيادة العليا لحماس.[248120]

وفي اطار كشف حقيقة الموقف الامريكي من الحرب على غزة وفي سياق رغبة الولايات المتحدة انشاء الميناء بذريعة ادخال المساعدات للقطاع من الصعب اعتبار دافع انشاء الميناء هو تقديم المساعدات لاغاثة الغزيين فحسب اذ ان الجهة التي تعرقل دخول المساعدات براً وهي دولة الاحتلال الاسرائيلي ستظل تلعب دوراً جوهرياً في التفتيش والتأمين والموافقة على دخول المساعدات عن طريق البحر بالتوافق مع الولايات المتحدة.[2482]

2476 Priscilla Alvarezand Alex Marquardt, Biden Administration Privately Warned by American Diplomats of Growing Fury Against US in Arab World , CNN10/11/2023, accessed omn 20/8/2024, at:https://bit.ly/3MMJAJH

2477 المركز العربي للابحاث ودراسة السياسات، الموقف الامريكي من العدوان الاسرائيلي على غزة خلفيات التحول في سياسة ادارة بايدن وحدوده،تقدير موقف،16/تشرين الثاني /نوفمبر 2023، ص 3.

2478 المرجع السابق، ص 3.

2479 المركز العربي للابحاث ودراسة السياسات، الموقف الامريكي من العدوان الاسرائيلي على غزة خلفيات التحول في سياسة ادارة بايدن وحدوده،تقدير موقف،16/تشرين الثاني /نوفمبر 2023، ص 3.

2480 Jared Malsin,U.S. Plans $320 Million Weapons Transfer to Israel as Gaza Toll Mounts, TheWall Street Journal,6/11/2023,accessed on 16/8/2024 at: https://bit.ly/4984ftz

2481واشنطن تحذر من طول الحرب على غزة وتدعو اسرائيل لتقليص اهدافها، الجزيرة نت، 2023/11/10، https://bit.ly/3ROLg4A

2482 الميناء الامريكي في غزة.. الاهداف والجدوى والمخاطر،المسار للدراسات الانسانية، متاح على الرابط :https://amasarstudies.com

وفي نفس الصدد كتب الباحث الاسرائيلي تسيفي باريل مقالاً في صحيفة هآرتس العبرية حمل عنوان الميناء الذي تبنيه الولايات المتحدة يمكن ان يحوّل اسرائيل إلى قوة شرطة في غزة ما يعني ان الميناء قد يدفع القوات الاسرائيلية للبقاء في غزة على نحو دائم.**2483**

ونتيجةً لذلك ما زال الموقف الامريكي يمثل الاساس الواقعي في مسار العمليات العسكرية الاسرائيلية في الحرب المفروضة على قطاع غزة وبات واضحاً ان الولايات المتحدة الامريكية تسعى لضبط ايقاع الفعل العسكري، بما يضمن بقاء اليد العليا فيه لاسرائيل، في سبيل تحقيق الاهداف التي اعلنت عنها منذ اليوم الاول. **2484**

يقودنا هذا لتلخيص الاهداف الامريكية من انشاء الميناء العائم على شواطئ غزة وفق الآتي:

- تتمكن من خلال تحكمها بآلية ادخال المساعدات للقطاع من اضعاف حكومة قطاع غزة وسلطة حركة حماس في القطاع، وذلك من خلال توزيع المساعدات عن طريق جهات اخرى غير حكومية في غزة.
- فرض السيطرة الامريكية على قطاع غزة بذريعة توزيع المساعدات الانسانية وبذلك يندرج مشروع الميناء ضمن رؤية اليوم التالي للحرب بغية تثبيت الوجود الامريكي بالقطاع بما يخدم المصالح الاسرائيلية الامريكية.**2485**

كما تجدر الاشارة إلى ربط الباحث الاسرائيلي بنحاس عنباري مشروع الميناء بالخلاف الاقليمي حول احتياطات الغاز في شرق البحر المتوسط وبدور الامارات في الميناء اذ اشار الباحث في مقال نشره مركز القدس للشؤون العامة الاسرائيلي إلى ان الجزء اليوناني من جزيرة قبرص الذي سيبدأ منه الممر البحري تجمعه خصومه بتركيا ولذلك فإن قبرص لن تحبذ مشاركة قطر في الميناء لانها نافذة لدخول تركيا.**2486**

فضلاً عن سعي شركة الطاقة الامريكية العملاقة شيفرون وشركات اخرى لتوسيع عملها في حقلي تمار وليفياثان الاسرائيليتين.**2487**

- كما ياتي مشروع الميناء كخطوة ضد مبادرة الحزام والطريق الصينية.**2488**

وتفسيراً لذلك يبقى الموقف الامريكي تجاه الحرب على غزة متناقضاً اذ تدعو احياناً إلى حماية المدنيين رغم تماهيها مع الموقف الاسرائيلي الذي يسعى لتدمير غزة، هذا وقد جاء الموقف الامريكي منددا بعملية طوفان الاقصى في السابع من اكتوبر 2023.

وجدير بالذكر توضيح طبيعة العلاقات الامريكية الاسرائيلية التاريخية والتي تتميز بالثبات منذ تأسيس الدولة العبرية عام 1948 والتي تحكمها عوامل منها الضغوطات الدولية والمحلية ومصالح الامن القومي الامريكية.**2489**

ولا بد من الاشارة إلى مظاهر الموقف الامريكي الثابت الداعم للكيان الاسرائيلي والتي تتجلى ب:

- ضمان حق اسرائيل في الدفاع عن نفسها واتخاذ الاجراءات المناسبة ضد من يمثل تهديداً لها.
- رفض اي محاولة لوقف اطلاق النار.**2490**
- الالتزام بتقديم الدعم المادي والعسكري لضمان تفوق الكيان الاسرائيلي في المنطقة.

وعليه يبدو دخول الولايات المتحدة كشريك للاحتلال الاسرائيلي في حربه على قطاع غزة إذ قامت بتقديم كل ما يحتاج من دعم عسكري ومادي وسياسي.**2491**

2483 Zvi Barel , U.S. built Port Could Turn Israel Into a Gaza Policing Force,Haaretz,March 11,2024>

2484 مثنى عبدالله، ما حقيقة الكموقف الامريكي من الحرب على غزة،القدس العربي،4 ديسمبر 2023.

2485 محمد وتد، خبراء:ميناء غزة العائم تكريس لاهداف الاحتلال وموطئ قدم للجيش الامريكي،الجزيرة نت،14 مارس اذار 2024.

2486 Pinhas Inbari,The U.S. Port for Gaza to Provide Humanitrarian Aid,Jerusalem Center For Public Affairs,March 18,2024

2487 علي سيمين، زاهر سوفوغلو، حرب غزة سيكون لها عواقب على مستقبل الغاز بشرق المتوسط، وكالة الاناضول،25 ديسمبر كانون الاول2023.

2488 الميناء الامريكي في غزة.. الاهداف والجدوى والمخاطر،المسار للدراسات الانسانية، متاح على الرابط: https://amasarstudies.com

2489 اكرام المشهور، الموقف الامريكي من حرب اسرائيل على غزة،شؤون استراتيجية، العدد18،يونيو 2024، ص147

2490 اكرام المشهور، الموقف الامريكي من حرب اسرائيل على غزة،شؤون استراتيجية، العدد18،يونيو 2024، ص149-150

2491 محددات السياسة الامريكية تجاه الحرب الاسرائيلية على غزة واتجاهاتها المستقبلية،المركز الفلسطيني للاعلام، 6 ابريل 2024، https://palinfo.com

كما يلاحظ عدم تفعيل الولايات المتحدة ادوات الضغط على الكيان الاسرائيلي بما يوقف مسار التجويع واستمرت في توفير الدعم العسكري والسياسي الذي لا تستطيع دولة الاحتلال الاستمرار في حربها بدونه.[2492]

وفي هذا الاطار جاء الموقف الامريكي منددا بطوفان الاقصى ومدافعاً عن حق دولة الاحتلال الاسرائيلي في الدفاع عن النفس وانهاء تهديد حماس ولكن بعد نحو شهرين من انطلاق العملية وما تبعه من عدوان اسرائيلي على القطاع طرأت تغيرات على موقف الولايات المتحدة وبعض الدول الاوروبية الكبرى.

ناهيك عن ذلك فقد كررت الولايات المتحدة تهديدها لايران واذرعها من التدخل في الحرب.كما عملت على تقديم الغطاء السياسي لهذه الحرب في مجلس الامن وإلى منع تحولها لحرب اقليمية لا ترغب فيها في الوقت الراهن.

ولا بد من الاشارة إلى ان الموقف الامريكي المنحاز للكيان الاسرائيلي قد شهد تراجعاً يمكن ملاحظته من خلال :

- السعي الامريكي لعقد هدنات انسانية.
- تراجع الحديث عن التهجير.

هذا يقودنا لتوضيح دوافع تراجع الموقف الامريكي فهنالك عدة عوامل دفعت الولايات المتحدة إلى التراجع الجزئي في موقفها من الحرب على غزة ومن هذه الدوافع ما يرتبط بالاستراتيجية الامريكية للسياسة الخارجية بشكل عام ومنها ما يخص الداخل الامريكي والانتخابات وحسابات الحزب الديمقراطي، وتنحصر هذه الاسباب بالآتي:

- الاولويات الاستراتيجية للولايات المتحدة في الابتعاد عن مواجهة عسكرية وصراع طويل في المنطقة فليس لديها استعداد في الوقت الراهن لخوض صراع طويل في الشرق الأوسط، اذ ترغب في التوصل لحل سريع للازمة وذلك لأن تركيزها الاستراتيجي منصب في الاساس على منطقة شرق آسيا.

ومن الثابت ان استراتيجية الامن القومي الامريكي لعام 2022 قد نصت على ان الصين هي المنافس الوحيد الذي تجتمع لديه النية لإعادة تشكيل النظام الدولي مع ما تمتلكه من قوة اقتصادية وتكنولوجية ودبلوماسية وعسكرية تمكنها من القيام بذلك.

- صعوبة القضاء على المقاومة، فالمقاومة ورفض الاحتلال فكرة والفكرة لا تموت.
- ضغط الكونجرس فوجود ضغط من قبل بعض اعضاء الكونغرس الذين يرفضون الدعم الامريكي المفتوح للكيان الاسرائيلي.
- ضغط داخل مؤسسات الدولة اذ ظهرت خلافات داخل المؤسسات الامريكية ازاء الموقف الامريكي الاولي من الحرب.[2493]
- الضغوط المتصاعدة من داخل الحزب الديمقراطي المعارضة المعارض للدعم المطلق للكيان الاسرائيلي.

هذا يفسر عدم اتخاذ الولايات المتحدة موقفاً علنياً حتى الان يطالب بوقف الحرب في قطاع غزة. الا انها تمارس ضغوطاً على الحكومة الاسرائيلية في عدة نقاط كونها لا ترغب في اطالة امد الحرب.

ولعله من المفيد ان نؤكد انه ومنذ وصول بايدن إلى البيت الابيض في يناير كانون الثاني 2021 لم يول اهتماماً واضحاً بالقضية الفلسطينية ولم يمارس ضغوطاً تذكر على دولة الاحتلال للعودة للمفاوضات مع السلطة الفلسطينية على ارضية حل الدولتين وقد صرح خلال زيارته للضفة الغربية ان الظروف غير ناضجة لحل الدولتين وفي المقابل ركزت ادارته على تطبيع العلاقات بين اسرائيل والسعودية.[2494]

2492 محمد غازي الجمل، مبادرة لوقف حرب غزة مواقف الاطراف وحساباتها، الجزيرة، 2024/6/5، على الرابط: https://www.aljazeera.net تاريخ الاسترجاع 2024/9/24

2493 Demetri Sanders,Bernie Sanders:Justice for the Palestinians and Security for Israel,The New York Times,November 22,2023

2494

الخاتمة

وفرت الولايات المتحدة جميع انواع الدعم السياسي والدبلوماسي والعسكري للكيان الاسرائيلي في حربه على قطاع غزة وابادته للفلسطيني، كما وصفت الولايات المتحدة هذه الحرب بأنها ترتبط بالامن الاستراتيجي الامريكي والاسرائيلي.

وتأسيساً على ذلك فقد اعادت عملية طوفان الاقصى الجدل بشأن علاقة الولايات المتحدة بمنطقة الشرق الأوسط، فقد تحوّل التركيز على الشرق الأوسط كما سعت الولايات المتحدة إلى منع توسيع الصراع إلى حرب اقليمية شاملة.

وعليه تبنت الولايات المتحدة من اليوم الاول موقفاً منحازاً بالمطلق للكيان الاسرائيلي.إذ اعتبرت عملية السابع من اكتوبر موجهة ضدها وليست فقط ضد الكيان الاسرائيلي، وهي بمشاركتها المباشرة في الحرب وبدعمها اللامحدود لهذا الكيان تحاول استثمار ما يجري في المنطقة ضمن استراتيجيتها على مستوى المنطقة والعالم.

وبناءً على ذلك تسعى للحيلولة دون تعطيل ترتيباتها في المنطقة والتخلص من كل العقبات امامها.

وفي هذا الاطار جاء الموقف الامريكي منددا بطوفان الاقصى ومدافعاً عن حق دولة الاحتلال الاسرائيلي في الدفاع عن النفس وانهاء تهديد حماس.

ناهيك عن ذلك فقد كررت الولايات المتحدة تهديدها لايران واذرعها من التدخل في الحرب. كما عملت على تقديم الغطاء السياسي لهذه الحرب في مجلس الامن وإلى منع تحولها لحرب اقليمية لا ترغب فيها في الوقت الراهن.

ولا بد من الاشارة إلى ان الموقف الامريكي المنحاز للكيان الاسرائيلي قد شهد تراجعاً يمكن ملاحظته من خلال :

- السعي الامريكي لعقد هدنات انسانية.
- تراجع الحديث عن التهجير.

وهذا لا ينفي التقاء اهداف الكيان الإسرائيلي مع اهداف الولايات المتحدة في اعادة رسم خريطة المنطقة بما يكفل ضمان هيمنتها ومصالحها بدليل عدم تراجع الولايات المتحدة عن دعمها المطلق لهذا الكيان في حربه الوحشية ضد الفلسطينيين في غزة والاراضي المحتلة فبتقديمها المد العسكري للكيان هي تشارك مباشرة في حرب الابادة.

قائمة المراجع :

المراجع العربية:

1. **أبتر، رنا**. واشنطن واستراتيجية ال لا استراتيجية في الشرق الأوسط،الشرق الأوسط،7 أكتوبر 2024، https://aawsat.com تاريخ الاسترجاع 8/أكتوبر 2024.
2. **ابو القاسم،محمود حمدي**. حرب غزة والنفوذ الامريكي في الشرق الأوسط،المعهد الدولي للدراسات الايرانية،13 فبراير 2024.
3. **ابولبدة، نظمي**.التغيرات في النظام الدولي وأثرها على الأمن القومي العربي،اربد، دار الكنيدي،اربد:الاردن،2001،ص162
4. تطورات المواقف الامريكية الاوروبية من الحرب على غزة... السياقات والدوافع،المسار للدراسات الانسانية،
5. تقدير استراتيجي(135) محددات السياسة الامريكية تجاه الحرب الاسرائيلية على غزة واتجاهاتها المستقبلية،نيسان/ابريل 2024،مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات.

6. **جمال، علي زهران**. النظام الدولي والاقليمي بين الاستمرارية والتغيير.د.م، مركز المحروسة للبحوث والتدريب والنشر،1996 ،ط1.

7. **سالم،محمد**. حرب غزة واستراتيجية واشنطن في الشرق الأوسط... قراءات امريكية، عربي 21، 24 ابريل 2024

8. **سيمين، علي. زاهر سوفوغلو**، حرب غزة سيكون لها عواقب على مستقبل الغاز بشرق المتوسط، وكالة الاناضول،25 ديسمبر كانون الاول2023.

9. **الشريف،ماهر**. الولايات المتحدة الامريكية شريك مباشر في الحرب الاسرائيلية على قطاع غزة، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، العدد 033 31 كانون الثاني يناير 2024.

10. **عبد الجواد، جمال**.اتجاهات السياسة الامريكية تجاه قضايا الشرق الأوسط في عهد بايدن،24 مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية./2021/1

11. **عبدالله، ثناء فؤاد**. حرب الإبادة الجماعية في غزة وخلفية الموقف الامريكي الداعم لاسرائيل،مركز دراسات الوحدة العربية،20 مارس،2024

12. **عبدالله، مثنى**. ما حقيقة الكموقف الامريكي من الحرب على غزة،القدس العربي،4 ديسمبر 2023.

13. **عجرش، نورعبد الاله**.الاستراتيجية الامريكية تجاه الشرق الأوسط عهد بايدن انموذجا،وقائع المؤتمر العلمي السنوي الاول للعلوم الاجتماعية والسياسية للمراكز المستقلة 8-9 تشرين اول 2021.

14. **عزالعرب، محمد**. القضايا العشر: الاتجاهات الاستراتيجية في الشرق الأوسط بعد حرب غزة،مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية،8/اكتوبر 2024.

15. **العطاونة،أحمد**. *الموقف الامريكي بعد عجز اسرائيل عن تحقيق أهدافها المعلنة* ، الجزيرة، 2024/3/15، متاح على الرابط: https://www.aljazeera.net تاريخ الاسترجاع 2024/9/15

16. **غازي الجمل،محمد**. مبادرة لوقف حرب غزة مواقف الاطراف وحساباتها، الجزيرة، 2024/6/5، على الرابط: https://www.aljazeera.net تاريخ الاسترجاع 2024/9/24

17. محددات السياسة الامريكية تجاه الحرب الاسرائيلية على غزة واتجاهاتها المستقبلية،المركز الفلسطيني للاعلام، 6 ابريل 2024، https://palinfo.com

18. المركز العربي للابحاث ودراسة السياسات، الموقف الامريكي من العدوان الاسرائيلي على غزة خلفيات التحول في سياسة ادارة بايدن وحدوده،تقدير موقف،16/تشرين الثاني /نوفمبر 2023.

19. **المشهور،أكرم** .الموقف الامريكي من حرب اسرائيل على غزة،شؤون استراتيجية، العدد18،يونيو 2024.

20. موسى، موسى. تأثير العامل الديني في السياسة الخارجية لإدارة الرئيس جورج دبليو بوش تجاه منطقة الشرق الأوسط،رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت معهد ابراهيم ابو لغد للدراسات الدولية،2011

21. الموقف الامريكي المتغير من ادارة الحوكة الاسرايلية للحرب في قطاع غزة،2024/4/22، متاح على الرابط: https://strategiecs.com/ar/analyses تاريخ الاسترجاع 16/9/2024

22. الموقف الامريكي بين الردع والدبلوماسية في حرب غزة، مآلات دولية –العدد 47، نوفمبر 2023، متاح على الرابط:https://www.idsc.gov.eg

23. الميناء الامريكي في غزة.. الاهداف والجدوى والمخاطر،المسار للدراسات الانسانية، متاح على الرابط : https://amasarstudies.com

24. هل تحول هاريس موقف الولايات المتحدة من الحرب الاسرائيلية على غزة.هسبريس-أ.ف.ب الخميس 25 يوليو 2024، https://www.hespress.com تاريخ الاسترجاع 2024/8/20

25. واشنطن تحذر من طول الحرب على غزة وتدعو اسرائيل لتقليص اهدافها، الجزيرة نت، 2023/11/10، https://bit.ly/3ROLg4A

26. **وتد،محمد**. خبراء:ميناء غزة العائم تكريس لاهداف الاحتلال وموطئ قدم للجيش الامريكي،الجزيرة نت،14 مارس اذار 2024.

المراجع بالانجليزية

1. **Demetri Sanders,Bernie Sanders**:Justice for the Palestinians and Security for Israel,The New York Times,November 22,2023

2. **Jared Malsin**,U.S. Plans $320 Million Weapons Transfer to Israel as Gaza Toll Mounts, TheWall Street Journal,6/11/2023,accessed on 16/8/2024 at: https://bit.ly/4984ftz

3. **Mark Leonard**,The Post-American Middle East,European Council on Foreign Relations,19 June 2023.accessd:20,jan,2024 at:https://2u.pw/Aur ACuj.

4. **Pinhas Inbari**,The U.S. Port for Gaza to Provide Humanitrarian Aid,Jerusalem Center For Public Affairs,March 18,2024

5. **Priscilla Alvarezand Alex Marquardt**, Biden Administration Privately Warned by American Diplomats of Growing Fury Against US in Arab World , CNN10/11/2023, accessed omn 20/8/2024, at:https://bit.ly/3MMJAJH

Zvi Barel , U.S. built Port Could Turn Israel Into a Gaza Policing Force,Haaretz,March 11,2024.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1ER
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
www.Droitetentreprise.com

محور الفقه و الشريعة

"لن أحل حراما ولن أحرم حلالا" من أجل مدونة من رحم الشرع الإسلامي والهوية المغربية

I'm not going to solve a guard and I'm not going to deny halal ; For blog from Al-Shari'a Al-islam and Moroccan identity

الدكتورة: نادية نحلي
أستاذة بجامعة مولاي عبد الله بفاس

ملخص:

يثار النقاش في الآونة الأخيرة حول ضرورة إعادة النظر في المبادئ والقواعد المؤطرة لمدونة الأسرة لاصلاح جذري يتماشي مع الصيرورة الاجتماعية الحقوقية التي تشهده بلادنا، إلا أنه كلما أثير هذا النقاش يظهر إلى جانبه إشكال آخر متعلق بتجاذب مشارب الإصلاح بين المرجعية القانونية المحضة التي تستمد أساسها من المواثيق والمعاهدات الدولية، وبين المرجعية الفقهية التي تستمد أساسها من الشريعة الإسلامية السمحة، فكيف يمكن أن يتحقق هذا التوازن بين القطبين؟ وما هي أهم التوصيات المؤطرة لمبادئ الإصلاح؟

Abstract

Recently, there has been a debate about the need to reconsider the principles and rules governing the Family Code for a radical reform in line with the social and human rights process that our country is witnessing, but whenever this debate is raised, another problem appears alongside it related to the attraction of reform between the purely legal reference, which derives its basis from international conventions and treaties, and the jurisprudential reference, which derives its basis from the tolerant Islamic law, so how can this balance be achieved between the two poles? What are the most important recommendations for the principles of reform?

مقدمة:

دعا صاحب الجلالة الملك محمد السادس في خطابه بمناسبة الذكرى الثالثة والعشرين لعيد العرش المجيد إلى تعزيز حقوق المرأة قائلا: "الأمر هنا لا يتعلق بمنح المرأة امتيازات مجانية وإنما بإعطائها حقوقها القانونية والشرعية".

كما أكد جلالته في نفس الخطاب أن:

"مدونة الأسرة ليست مدونة للرجل، كما أنها ليست خاصة بالمرأة وإنما هي مدونة للأسرة كلها".

ومن هاته المنطلقات الواضحة يبدو أنه إذا كان هناك من إشكالية تنظم كافة جوانب التوجه التعديلي فهي: إشكالية مدى ضمان التوازن بين الشرعية الدينية والانفتاح على الحداثة القانونية الإنسانية والدولية.

وتقفز من هاته الإشكالية ملاحظة في غاية الأهمية، تظهر من خلال الحديث عن عن هذا التوازن، مما يبطن معطى يحتاج إلى إثبات علمي، إنه ذلك المعطى الذي يقول أن "الشرعية الدينية غالبة على نصوص المدونة".

فإلى أي حد يصح هذا القول؟ أم أن العكس هو الصحيح؟ أي أن المدونة تفتقر إلى غلبة الشرعية الدينية؟ مما يحيلنا على تساؤل أعمق، هل تلك المقتضيات التي يثبت وجودها في المدونة غلبة الشرعية الدينية، هل هي مقتضيات اقتطعت من نظام إسلامي متكامل لفائدة الأسرة؟مما جعلها قاصرة عن تحقيق هدف تسييج الأسرة بالحماية؟ أم أنها مقتضيات أريد لها أن تقنن بعينها وليس

غيرها لأنها خادمة لسلطوية الرجل وهيمنته داخل الأسرة؟ أم أنها هي القواعد كلها التي جاء بها الشرع الإسلامي لتنظيم الزواج والأسرة وحقوق المرأة؟ لم يقتطع منها شيء ولم يتم اختيار بعضها دون لآخر؟

فالقول بالغلبة يحتاج إلى تقييم مسبق انطلاقا من:

- حصر كل المقتضيات التي جاءت في الشرع الإسلامي وتمس المرأة والأسرة من قريب أو بعيد؛
- فرز تلك التي ترد في المدونة وتلك التي لم ترد؛
- البحث في تسبيب الفئتين من حيث المضمون لتبين ما ورد؟ ولماذا ورد؟ وما لم يرد؟ ولماذا لم يرد؟
- ثم الاختيار بين ما ورد ولا يخدم تماسك الأسرة وما لم يرد ولازم تقنينه في هاته المرحلة لضمان تكريس أمثل لاستقرار الأسرة.

ويمكن حصر التجليات الدينية في مدونة الأسرة فيما يلي:

- المادة 400 "كل مالم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"
- المحرمات من النساء المواد 36-37-38؛
- تعدد الزوجات المواد من 40 إلى 46؛
- المانع الديني في الزواج المادة 39؛
- تحريم التبني؛
- حماية النسب الشرعي المادة 148، قواعد الإرث والوصية،أحكام الصداق المواد 26 إلى المادة 33، العدة، مدة الحمل، النيابة الشرعية، الطلاق، والحضانة.

وقد قصدت من هذا التعداد إثارة الانتباه إلى أنها قواعد الفقه الإسلامي الواردة في المدونة هي قواعد تهم النظام العام لمؤسسة الزواج، والحدود التي رسمها له الشرع الإسلامي والذي ينبغي أن تدور في فلكه الأسرة المسلمة، وتجاهلت المدونة ما تعلق بقواعد المعاملات والسلوكات بين الأطراف، وهو ذلك الجانب المحدد لعيش الأسرة والذي أجملته مدونة الأسرة في المادة 400 "قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"، هذا المجمل هو الذي يلزم تفكيكه في المدونة المرتقبة.

مما لا شك فيه أنني متطفلة على تخصص فقهاء الشريعة الإسلامية، العارفون بخباياها وتفصيلاتها في كل موضوع موضوع.

لكنني أتقاطب معهم في الأهداف النبيلة والقناعات الرصينة التي تنطلق من سد أبواب الظلم الاجتماعي الذي ينخر جلمود الأسرة منذ زمن بعيد حتى تحول إلى فتات تطايرت معه شظايا الرجل، والمرأة، والطفل، والأسرة والمجتمع من منطلق الأنانية والعجرفة والسبق لافتراس الآخر، إن لم يكن فعليا فعلى الأقل رمزيا، وكذلك من منطلق الضربات الخارجية التي تتلقاها الأسرة تباعا.

فما الذي نتج في الواقع من حيث الممارسة القضائية؟ عن إجمال ما كان يلزم تفصيله من رحم الشرع الإسلامي ليحقق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف داخل الأسرة؟ والاكتفاء بالإحالة عليها في حال خلو المدونة؟ مع العلم أن مؤسسة الزواج وإنشاء أسرة جديدة تتفاعل سلبا أو إيجابا ضمن العائلة الكبيرة لزوما ولو في ظل تنامي الأسرة النووية في قسم أول، وكيف لنا أن نقرن بين القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية في البناء القانوني بوجه عام وفي بناء مدونة الأسرة بوجه خاص؟ إذ من شأن هاته المقارنة أن تضعنا على أعتاب منهجية مثلى للتعديل تسد هاته النواقص المحددة لمعيش الأسرة والذي يعد ولاشك القناة المباشرة نحو الاستمرار أو الاضمحلال في قسم ثاني.

القسم الأول:

إجمال ما كان يلزم تفصيله من رحم الشرع الإسلامي ليحقق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف داخل الأسرة، وأثر ذلك على كرونولوجيا تعديلات مدونة الأسرة المغربية من حيث المضامين

تجد التعديلات السابقة للمدونة أصلها من التحليل الذي خضع له واقع المرأة والأسرة بالمغرب منذ خمسينيات القرن الماضي، تحليل كمي ونوعي يقول بأن "واقع الأسرة ومن خلاله المرأة مؤلم جدا"، وصدقا ندين للجمعيات النسائية المغربية بالكثير في هذا الباب، إذ قامت بأدوار عدة لم تكن الدولة تتصدى لها من منطلق السياسات العمومية، فقامت ب :

- تصوير هذا الواقع وتقريبه لمواقع القرار؛
- الأخذ بيد النساء المعنفات، المطلقات، فاقدات الدخل وأطفالهن؛
- معالجتهن طبيا ونفسيا؛
- التكفل بالمأوى والمأكل والمشرب في ظروف قاهرة للطرفين؛
- التكفل بمساطر التقاضي لفائدتهن؛
- إغناء البحث العلمي والعملي والإحصائي للأسرة والمرأة؛
- تعرية ظواهر تعاني منها المرأة في صمت مطبق تخويفا تارة بالضرب وتسلط الزوج وأهله وتارة بالتجويع والطلاق والتشريد ومنع النفقة... إلخ[2495].

قد نحتاج لبحث يثبت لنا التوجه الديني لهاته الجمعيات، لكن الغالب أنها جمعيات تتشكل من نساء درسن القانون بوجه عام ومارسن المحاماة وتخصصن في قانون الأسرة وقانون الحق الإنساني، والغالب أن التكوين الديني الرصين ناقص إن لم نقل مفتقد لديهن، وأذكر في الفترة التي تلت تعديلات 1994 عمل علمي رصين قامت به الأستاذة فريدة بناني بتأصيل عدد من مقتضيات المدونة من خلال الفقه الإسلامي وعدد من الأحاديث النبوية، لم يكتمل ليسمح بتقصي القيم الإسلامية والتوجه نحو تقنينها تفصيليا في تعديلات مدونة 2006.

لذلك عندما تم التفكير في معالجة الأوضاع التي رصدتها توجهن صوب مدونة الأسرة بوصفها قانون وضعي، ومساطر قضائية لاقتضاء الحقوق وتشبعن في مسارهن بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا في غياب أي تكوين ديني والجمعيات نسائية اختارت تصحيح الوضع انطلاقا من الشريعة الإسلامية، هذا الفراغ برر غلبة الحداثة في ساحة المطالبة بالتعديل وتصحيح الواقع المؤلم، وصارت التعديلات في اتجاه تغيير بعض سمات النظام العام لمؤسسة الزواج، والحدود التي رسمها له الشرع الإسلامي والذي ينبغي أن تدور في فلكه الأسرة المسلمة، وسقط من المدونة ما تعلق بقواعد المعاملات والسلوكات بين الأطراف المتدخلة في الأسرة، حيث يمكن أن نستنتج من تلك المقتضيات المستجدة أنها استهدفت كيان المرأة القانوني في المدونة ولم تستهدف دعم بناء الأسرة وتسييجها ضد المتدخلين فيها بالسلب من داخلها –الزوجين- أم من خارجها –أهل الزوجين والنظريات الغربية-، همت هاته المقتضيات:

1. -المساواة في الحقوق بين الزوجية مع عدم استعداد المجتمع لهذا الزرع النشاز؛
2. -حرية المرأة ورضاها الكامل بالزواج، وحق الرشيدة في الولاية على نفسها؛
3. -حقوق الطفل؛
4. -النظام المالي للزوجية؛

2495 - يمكن الرجوع في هذا الصدد إلى التقارير الصادرة عن الجمعيات والفدراليات النسائية، مثال في ذلك التقارير السنوية لفدرالية رابطة حقوق النساء وشبكة النساء المتضامنات **FLDF**، ومن ذلك تقرير صادر عن نفس الفدرالية بعنوان "الوضعية الحقوقية للنساء المغربيات 25 سنة بعد مؤتمر بيجين التقرير الموازي لفدرالية رابطة حقوق النساء بالمغرب" الصادر شهر أكتوبر سنة 2019، المنشور على موقع **ngocsw.org** تاريخ الاطلاع 2023/4/6.

5. -ومبدأ الإرادة في إنهاء العلاقة الزوجية.

وفي هاته المرحلة الجديدة، والخطاب الملكي يشير بأصبع الاتهام إلى التطبيق القضائي، نتساءل أمام واقع هو:

- فراغ مدونة الأسرة من ذلك الحس الذي يستقي من العدالة والإنصاف الذين بنيت عليهما الشريعة الإسلامية السمحة، حيث ناهضت الظلم بكافة أشكاله؛
- وجود حس يضيق على حقوق متوازية للمرأة داخل الأسرة مقارنة بالرجل، كعدم أحقيتها في نقل أبنائها من مدرسة لأخرى، ولا التزوج وهي حاضنة والسفر مع محضونها بدون إذن[2496]؛
- فراغ المدونة من نظام للتجريم والعقاب يجعل الأطراف في حل من العديد من الالتزامات الغير مسيجة بالعقوبة؛
- انتفاء مؤسسات إسلامية عادلة ورصينة من المدونة من شأنها أن توازن القوى داخل الأسرة وتعين الأطراف على العيش الكريم، الذي يسبب انتفاءه التفكير في الطلاق بلا رجعة[2497]؛
- افتقار المدونة لنظام مالي ملزم واضح يشجع الأطراف على الدخول في علاقة زواج دون أن تشكل خطرا على مبدأ الكسب العادل والإنفاق العادل والملكية المضمونة شرعا وقانونا[2498]...الخ.

قد أصدر هاته الأحكام انطلاقا من ملاحظة دارسية للنص القانوني، لكن الحس الديني والاطلاع على كثير من مقتضيات الشريعة الإسلامية من منطلق التثاقف بيننا وبين الفقهاء المتخصصين، يجعلنا نعي أن المدونة يمكن أن تطعم بمؤسسات من الشريعة الإسلامية كفيلة بضمان استقرار الأسرة وسد باب الطغيان داخل الأسرة من قبل الزوجين معا، مؤسسات إسلامية مسيجة بالتجريم والعقاب كآلية قانونية، وبمساطر تطبيقية تضمن حضور القضاء قبل التقاضي.

ويتضح أن النقص الحاصل في تقنين المعاملات والسلوكات والمعاشرة اليومية والجانب المالي وعدالة توزيعه داخل الأسرة وبينها وبين الأهل لم يعد استمراره مقبولا خاصة وأن هذا النقص يكبل يد القضاء عن تفعيل المادة 400 المجملة، ويجعل اجتهاده بعيدا كل البعد عن تكريس القيم الإسلامية.

وقد ارتأيت نظرا لتعلق السلوكات بالمعيش اليومي وتأثره بممارسات عرفية تختلف من منطقة لأخرى، أن يتم تسخير هيئة المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع (المادة 13 من دستور 2011)[2499] لتلعب دورا وقائيا في استقرار الأسرة، من خلال الاستفادة من قرب المجتمع المدني من المواطنات والمواطنين، وإمكانية رفع مظالمهم محليا – دون قضاء- مع إما إعادة النظر في التشكيل لتضم الهيئة قاضيا قرب للأسرة مع تقنين وضعه واختصاصه أو إلحاقه للعمل – في استقلالية تامة – بمعية رئيس الجهة – أو عامل العمالة أو رئيس مجلس الجماعة على غرار ما كان معمولا به في نظام حكام الجماعات والمقاطعات، إلا أن قضاء قرب الأسرة يختص بالوقاية من النزاعات والصلح بشكل أحادي ولا يصدر أحكاما[2500]، ويكون تقريره لازما للجوء إلى قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية، ويتميز قضاء الأسرة للقرب بالاستفادة من كافة مقتضيات الشريعة الإسلامية وطرحها للخيار بين الأطراف الواقعة في صعوبة أسرية استدعاء للحس الديني لدى الأسر، وإذا كان من اللازم وضع نظام أساسي لقضاة قرب الأسرة مع مراعات أنهم

2496 - المادة 179 من مدونة الأسرة.

2497 - يقصد هنا تعزيز دور المجالس العلمية المحلية في رعاية مصالح الأسرة المغربية.

2498 - المادة الوحيدة في هذا الصدد هي المادة 49 مما يشكل قصورا وغموضا في الجانب المالي للعلاقة الزوجية.

2499- إحداث السلطات العمومية هيئات للتشاور قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين في إعداد السياسات العامة، والهيئة آلية لتفعيل المادة 19 من الدستور، حيث نص الفصل 139 على أن تضع مجالس الجهاد والجماعات الترابية الأخرى آليات الحوار والتشاور للمساهمة في إعداد لإجراءات التتميم(كذلك المواد 116-117 من القانون التنظيمي للجهات رقم 11.111).

القانون التنظيمي للعمالات والأقاليم رقم 14.112 (م 110-111)- القانون التنظيمي للجماعات رقم 14.113 (م119-110).

2500- خصوصا وأن القانون 42.10 المحدث والمنظم لقضاء القرب يستثني قضايا الأسرة من القضايا المعروضة أمامه والتي تدخل في اختصاصه النوعي، فكان لزاما احداث قسم قضائي خاص بقضاء قرب للأسرة.

يصلحون ولا يحكمون، ويعتبر خريجو كليات الشريعة وحدهم المسموح لهم بولوج هاته الوظيفة نظرا لتكوينهم الديني والفقهي الرصين، مع الاستفادة من خبرة المجتمع المدني في مجال الأسرة والمرأة، والعمل جنبا إلى جنب بكسر التناقض بين الشرعية الدينية والحداثة والمزاوجة بينهما وكسب تعاطف بعضهما البعض، ولعل نقاشا وطنيا بين الطرفين في موضوع الأسرة لازم من منطلق الإجابة على التساؤلات المطروحة في مقدمة هذا البحث.

وإمعانا في خدمة إشكالية التوازن بين الشرعية الدينية والحداثة في المدونة أود أن أورد لائحة من التوصيات التي أرى أنها تسد مواطن نقص كفيلة بتهديد استقرار الأسرة والزج بها في غياهب الطلاق، فمن اللازم:

- تدبيج الاستيلاء على مبلغ الصداق بعقوبة جنائية؛
- تدبيج "العضل"[2501] بعقوبة جنائية؛
- تدبيج الإكراه على الزواج بعقوبة جنائية؛
- توضيح الموقف التشريعي الناجز من شرط عدم التعدد في عقد الزواج؛
- إخراج الحق في التعليم من دائرة وصاية الزوج صراحة؛
- إخراج الحق في العمل من دائرة وصاية الزوج صراحة؛
- توضيح الموقف الصريح من واجب العناية بالبيت طبقا للشريعة الإسلامية؛
- توضيح– بدون لبس – العلاقة مع أهل الزوج وحدودها؛
- تكريس الحق في السكن مع الزوج بمفرده وسد باب المساومة في هذا الشأن؛
- وضع نظام مالي للزوجية ملزم يقوم على عدالة الكسب والإنفاق للزوجين معا؛
- تكريس تجريم العنف الموجه من أهل الزوج للزوجة (قاصر/راشدة)؛
- تكريس الحق في استرجاع متاع الزوجة من بيت أهل الزوج في حالة الاستيلاء، ووضع مسطرة لاسترجاعه بالقوة العمومية؛
- تكريس التطبيق القضائي لمسطرة اللعان مصحوبة ببحث جاد في أدلة تهمة الخيانة الزوجية؛
- وضع نظام إثبات لجرائم الأسرة تقليدي ورقمي؛
- الكد والسعاية للتقنين والإدراج؛
- عدم إلزام الزوجة بالخدمة في بيت زوجها ولا بخدمة أهله؛
- حق المرأة في التزوج وهي حاضنة، حقها في تنقيل أبنائها بين المدارس وحقها بالسفر بهم إلى الخارج؛
- تقوية مبدأ "القاضي ولي لمن لا ولي له" تشريعيا خاصة في ظل تغير المجتمع إلى الأسرة النووية الصغيرة العدد وتوسيع اختصاصاته في إطار الصلح والوساطة وإصلاح ذات البين وتبين من الأطراف ما يثبت طغيان الآخر؛
- وتسند هذه الاختصاصات (النابعة من الشرع الإسلامي) لقاضي قرب الأسرة بمقتضى التشريع؛
- النص على أن جريمة التزوير أو النصب أو الاحتيال أو الرشوة أو "الكذب" في مساطر الزواج والطلاق والبنوة والنسب والحضانة والإرث هي من قبيل الجنايات التي تستلزم عقوبات قاسية وتكتسي طابعا وقائيا لكل ما يمس باستقرار الأسرة؛
- النص على "أن جريمة الاستيلاء على الملك والسرقة بين الأزواج هي بمثابة جنايات تستوجب عقوبات قاسية فلا مبرر للتغاضي تشريعيا عن السرقة بين الأزواج ما دامت الجريمة مذمومة حتى في الشرع الإسلامي؛
- توحيد المعاملة التشريعية لجريمة الخيانة الزوجية بإلغاء إمكانية تنازل الزوجة؛

2501 - يقصد بالعضل عموما منع الولي الشرعي من تزويج البنت لأسباب غير مقنعة، وهو محرم بنص قرآني، قال الله تعالى في سورة النساء في الآية 19: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا"

– النص على جريمة "العنف ضد الأسرة" وتقنينها وإيلاء عناية فائقة للعنف ضد المرأة - والعنف ضد الطفل – والطفلة (والتمييز بينهما) وكذا تقنين مستجد لزنا المحارم والاغتصاب داخل الأسرة بوصفه ظرفا مشددا.

– تعزيز الاقتطاع من المنبع باعتباره آلية قانونية لحفظ حقوق الأبناء (المحضون) خصوصا وأن هذه الآلية تشد سند لها في الشريعة الإسلامية على اعتبار الأخذ من مال الزوج لسد الحاجات الضرورية للزوجة والأبناء أمر مشروع بنص حديث صحيح[2502].

ولعل المطلع على هاته اللائحة يستوضح أنها موضوعة من قبل باحثة قانونية لكن التشبع الديني حاضر دونما القول بالتخصص، كما أنها لائحة توضح الخصاص التشريعي في موضوعين أساسيين للخلاف الأسري، وهو الجانب المادي والجانب المعنوي الذي تعانيه المرأة والطفولة، ولذلك يستحسن أن تتم الاستعانة أول التجربة المقترحة لقضاء القرب للأسرة بالإناث، وأن يمارسن بمعية المساعدة الاجتماعية والطبيب النفسي وغيرهم.

ويرجى من النظام المقترح إيجاد ملاذ تؤطره الدولة شرعيا وقانونيا، يساير العمل النسائي الميداني والحقوقي المتقدم ويستفيد من خبرته، يحمل لواء الشرع الإسلامي المقنن ويراكم تجربة صلح جديدة وناجحة قريبة من المواطن مدعومة بحسه الديني وتطلعه لحياة أفضل ولا احسب التجربة إلا رائدة بما أن التنمية تنطلق من الفرد وتستهدفه ولعل تقويم العلاقات داخل الأسرة ستلعب دورا مهما في عدالة توزيع الدخول وسد باب الاستيلاء على حقوق العباد ومن ثم توفر جانبا من الحماية الاجتماعية الاتفاقية مما هو موجود من دخل بيد الأفراد ويساعد على التغلب على استدامة تمويل برامجها، اقصد الحماية الاجتماعية.

القسم الثاني:

المقارنة بين القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية في البناء القانوني بوجه عام وفي بناء مدونة الأسرة بوجه خاص، أية بدائل قانونية فعلية؟

مما لا شك فيه للفقه الإسلامي منزلة عالية وأهمية بالغة، ومع ذلك يحق لنا التساؤل عن مدى التأثير والتأثر للقاعدتين على بعضهما البعض.

فأما عن أوجه الاتفاق بينهما:

كثير من قواعد الفقه الإسلامي تجد لنفسها مكانا في القانون الوضعي، وقد تفاعل معها القانون إذ كثير منها يوجد في القانون المدني ومدونة الأسرة كما أسلفنا:

– وهناك غلبة لمبدأ النزعة الموضوعية بدل النزعة الذاتية المستمدة من القوانين اللاتينية.

– نظرية التعسف في استعمال الحق بمبدأيها (القصد دون الإضرار / والمعاملة بنقيض المقصود).

– نظرية الحوادث الطارئة والتي طورها المشرع الوضعي إلى فروع جديدة متناسقة مع النظام الاقتصادي الحديث.

– أحكام حوالة الدين – مجلس العقد – إيجار الوقف– الاحتكار – إيجار الأراضي الزراعية – هلاك الزرع.

ويؤكد ذ. السنهوري أن القانون الوضعي لم يعرف قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في العصور المتوسطة، وكانت القوانين القديمة تجعل عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعي، ولعل ذلك يوضح فضل الفقه الإسلامي في تطوير هاته

2502 - يعتبر الشرع أن أخذ الزوجة من مال زوجها دون عليه أمر جائز شريطة بخله، إلا أن الأخذ يجب أن يكون بقدر ما تسد به حاجتها الضرورية هي وأبنائها وأن لا تزيد عن ذلك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ : دَخَلَتْ هِنْدُ بِنْتُ عُتْبَةَ امْرَأَةُ أَبِي سُفْيَانَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ لَا يُعْطِينِي مِنَ النَّفَقَةِ مَا يَكْفِينِي وَيَكْفِي بَنِيَّ، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ، فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ مِنْ جُنَاحٍ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " خُذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ، وَيَكْفِي بَنِيكِ ". صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب: قضية هند، رقم الحديث 1714، حديث مرفوع.

القاعدة، ويعتبر د. السنهوري قواعد الفقه الإسلامي أول مصدر لقواعد القانون المدني، ثم إن أغلب النظم القانونية المدنية تعتبر العرف من مصادر القاعدة القانونية ودوره محدد في استكمال نقص القانون الوضعي.[2503]

وقد جاءت القواعد القانونية مطابقة لكثير من أحكام العرف، ومثال ذلك قاعدة ما ليس ضابط للغة ولا الشرع يرجع فيه للعرف، قاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا، قاعدة الثابت بالعرف كالثابت بالنص، قاعدة المعروف بين التجار كالمشروط بينهم، وأخيرا قاعدة العادة مُحكّمة[2504].

أما في مجال الأسرة، فتتعلق قواعد الفقه بمسائل عدة أحصيناها أعلاه، وكذلك للفقه قدم قوة في مجال العقار والتجارة.

وأما أوجه الاختلاف، فنذكر:

- القوة الملزمة للقاعدة القانونية مقارنة بالقاعدة الفقهية، إذ هذه الأخيرة تعتبر فقط مساعدة في حالة غياب النص القانوني بناء على أن الفقه الإسلامي مصدر من مصادر القاعدة القانونية، وهو اختلاف يمكن أن يتضح في القانون المقارن جليا، القانون السعودي يعتبر القاعدة الفقهية ملزمة إذ يعتمد على الشريعة الإسلامية والمذهب الفقهي في أحكام القضاء.
- مصادر القاعدة الفقهية تستمد من القرآن والسنة والإجماع والقياس، أما تلك القانونية فأصلها التشريع والدستور والعرف والدين الإسلامي والفقه من حيث الشمول والجزاء.
- ومن حيث المضمون قواعد الفقه تشمل قواعد العبادات والمعاملات أما قواعد القانون فتشمل المعاملات فقط.
- وتندرج قواعد القانون ضمن أحكام الحياة الدنيا فقط بينما يتسع نطاق القواعد الفقهية إلى الجانب الأخروي أيضا.

كل منهما تحدث في بيان "قاعدة لا ضرر ولا ضرار" إلا أن أبحاث الحقوقيين تنصب على الجانب الحقوقي فيها ومدى سلطة الإنسان في إهمال هذا الحق وحدود تصرفاته، بينما يدرس الفقهاء هاته القاعدة في العبادات والمعاملات، ناهيك عن قواعد تختص بمجال العبادات، مثلا:

- قاعدة قائمة البناء على الأكثر عند الشك.
- قاعدة الفراغ والتجاوز في الصلاة
- قاعدة إبطال العمل حرام في عموم العبادات وغيرها .

ويكون الجزاء في القاعدة القانونية مقتصرا على الحياة الدنيوية، أما القاعدة الفقهية يوجد الجزاء الأخروي أيضا.

وأما الاختلاف من حيث المنهج المعتمد في الصياغة.

فقد يلجأ البعض إلى التقريب بين القاعدتين شكلا بناء على أن القانون يتعامل مع القواعد العامة ثم ينتقل منها إلى فروعها وتطبيقاتها إذ يهتم بتلك المبادئ العامة ومدى انسجامها مع ضابط العدالة؛ أما القاعدة الفقهية فتتعامل مع الفروع ثم تنتقل إلى وضع قاعدة عامة مستخلصة من تلك الفروع.

ويرتكز البحث القانوني على تقسيم البحوث في مصادر الالتزام الأساسية التي يعود إليها القانون المدني؛ أما البحث الفقهي فإنه يقسم أبحاثه بحسب فروعه التي تندرج في أبواب فقهية محددة[2505].

وتتسم قواعد الفقه بالمرونة[2506] في حين أن قواعد القانون فجامدة.

2503 - يراجع في هذا الصدد كتاب علم أصول القانون، خلاصة المحاضرات التي ألقاها الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق علم أصول القانون كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر، 1936.

2504 - يراجع في هذا الصدد كتاب "القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي"، عادل حاميدي، الطبعة الثانية، 2015.

2505 - ومن ذلك فقه العبادات في باب الصلاة مثلا، هذا الأخير يعد فرعا مستقلا للبحث يندرج ضمن باب خاص وهو العبادات.

2506 - تعتبر الشريعة الإسلامية بأحكامها الفقهية صالحة لكل زمن ولكل مكان وعليه فتتكيف أحكامها التي تخضع لاجتهادات الفقهاء لمختلف الخصوصيات المجتمعية والزمنية، إلا أنه لا تتغير أحكام الشرع الثابتة الوارد بشأنها نص شرعي تابث الورود والدلالة.

ولا شك أن القاعدة الفقهية أثرت بوضوح في القاعدة القانونية في المراحل الأولى للتشريع، ثم دخلت مرحلة التأثير والتأثر، وأما حاليا فغابت القاعدة الفقهية وتراجعت سطوتها في القانون الحديث؛ على أنه من الملاحظ أنه إذا اجتمعت آراء الفقهاء واتفقوا على قاعدة معينة سواء تعلق ذلك بـ:

- باستخلاص المعنى من النص؛
- أو بإصلاح ما يعتري النص من عيب أو نقص؛

فإن رأيهم يصبح له وزن كبير في نفوس أفراد المجتمع.

ويتضح من هاته المقارنة أن إمكانية تقنين قواعد فقهية موجودة في الفقه الإسلامي ناقصة في المدونة هي تلك المتعلقة بباب المعاملات وضابطها العدالة، وتسعفنا كثيرا –من حيث الصياغة-القاعدة الفقهية التي تتعامل مع الفروع ثم تنتقل إلى وضع قاعدة عامة مستخلصة من تلك الفروع.

ولما كانتا القواعد القانونية مطابقة لكثير من أحكام العرف، وأن هذه الأخيرة تتعلق بالمعيش اليومي نرى أن التعديل المرتقب يلزم ألا يفوته توظيف العرف في مدونة الأسرة، حيث يلزم فضلا عن إغنائها بقواعد المعاملات بين الأزواج المستقاة من قيم الإسلام، أن تخضع أعراف المناطق المختلفة بالمغرب للدراسة والتمحيص فيما تعلق بالزواج وإفراد كل منطقة بباب خاص بأعرافها بعد إضفاء صبغة الإلزام عليها في تغطية شاملة لكل الجهات قياسا على ماقترحناه من حكامة ترابية لقضاء الأسرة للقرب، فضلا عن ضرورة تفكيك المادة 400 وتقنين ماتعلق منها بشكل مفصل.

لائحة المصادروالمراجع:

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع؛
- صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق النصوص وترقيمها محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، توزيع دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1991.
- مدونة الأسرة قانون رقم 70-03.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ،علم أصول القانون، خلاصة المحاضرات التي ألقاها الأستاذ على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق علم أصول القانون كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر، 1936.
- عادل حاميدي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، 2015.

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

الرسول والعقل دراسة تحليلية

The prophet and The Mind: Analytical Study

الدكتور محمـــد لمقــدم
تخصص الفقه وأصوله

ملخص البحث

الدراسة تستقرئ بعض الآيات والأحاديث المتعلقة بالموضوع (الرسول والعقل) وتسلط الضوء عليها، مع توظيفها وإبراز ما تضمنته وتميزت به الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة في موضوع البحث، فالوحي (القرآن والسنة النبوية) ليس فقط مجموعة من الأوامر والنواهي والمواقف، إنما هو نسق ورؤية للكون والحياة والإنسان والعالم. وقد أثمرت هذه الدراسة مقدمة، وأربعة مباحث، وخاتمة.

- خصصت المباحث لحديث القرآن عن العقل، والنبي صلى الله عليه وسلم والعقل، وعقل الرسول وعقل القائد والداعية، والرسول والشورى، ويندرج تحت هذه المباحث جملة من المطالب.

- أما الخاتمة فقد خصصتها لأهم النتائج التي أثمرها البحث، التي منها: أن الإنسان المسلم لا بدّ أن ينطلق من عقله لمواجهة القضايا العامّة فيما يمكن أن يدركه عقله، وأن يرجع إلى النبيّ فيما أوحى الله إليه وفيما أراد أن يبيّنه فيما لا يملك العقل الخوض فيه، وأن الله سبحانه وتعالى لا يريد للإنسان أن يجمّد عقله عندما ينطلق في الحياة، بل يريده أن يفكر مع المعصومين (الرسل) الذين يملكون أعلى درجات العلم والعقل.

Research Summary

The prophet and The Mind: Analytical Study

This study conducts an analysis of the relevance of particular Qur'anic verses and Hadiths on the theme of 'The Prophet and the Mind.' The purpose is to draw attention to how the Qur'an and the prophetic traditions deal with this topic. The revelation (the Qur'an and Prophetic Sunnah) is not the only source of knowledge command and events, it offers an entire picture about the cosmos, existence as human being and the world. The study is structured in an introduction, four major bodies and a conclusion.

- The sections deal with such issues as the Arab world view and the Qur'anic concept of the mind and Muawiyah the son of Abu Sufyan among others. In every section the author elaborates various subthematic concerns.
- This lesson articulates the relevant issues demonstrated throughout the study: a Muslim may depend on reason while dealing with general affairs of humanity, but in all the matters that have been directly given by Allah or are beyond the scope of man's understanding, the person should turn back to the Prophet. Also, Allah never intends for any human being to stop using his intelligence in the processes of everyday life; instead, he wants him to use his intelligence in conjunction with the intellect of the Prophets, who stand at the apex of knowing and understanding.

مقدمة

1- بين يدي الموضوع

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على عبده ورسوله الأمين سيدنا ونبينا محمد المبعوث رحمة للعالمين، ونذيراً وبشيراً للناس أجمعين، وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين.

أما بعد:

عندما نقرأ أحاديث رسولنا وسيّدنا محمد صلى الله عليه وسلم وسيرته، فإننا نشعر بالارتفاع إلى الآفاق العليا من خلال فضله في هدايتنا، وفتح عقولنا على وحي الله تعالى.

ولذلك يجب أن يكون في كل مسلم شيء من رسول الله؛ يكون في عقولنا شيء من عقله، وفي قلوبنا شيء من قلبه، وفي دعوتنا كل دعوته، وفي كل علم نتعلمه نراه فيه، فهو لا يريد لنا أن نتحرك في الظلمة، قال الله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَرۡسَلۡنَٰكَ شَٰهِدٗا وَمُبَشِّرٗا وَنَذِيرٗا 45 وَدَاعِيًا إِلَى ٱللَّهِ بِإِذۡنِهِۦ وَسِرَاجٗا مُّنِيرٗا 46﴾ [الأحزاب: 45-46]، فالنبي صلى الله عليه وسلم هو نور الله الذي ينير الطريق للسالكين، وقد قال سبحانه: ﴿يَٰٓأَهۡلَ ٱلۡكِتَٰبِ قَدۡ جَآءَكُمۡ رَسُولُنَا يُبَيِّنُ لَكُمۡ كَثِيرٗا مِّمَّا كُنتُمۡ تُخۡفُونَ مِنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَيَعۡفُواْ عَن كَثِيرٖۚ 16 قَدۡ جَآءَكُم مِّنَ ٱللَّهِ نُورٞ وَكِتَٰبٞ مُّبِينٞ 17﴾ [المائدة: 16-17].. فإلى نور رسول الله، حيث نستهدي به، لعلّنا نفهم منه بعض الشيء في تحكيم العقول، لنستضيء به، وذلك باستقراء بعض الآيات بالموضوع وتسليط الضوء عليها، مع توظيفها وإبراز ما تضمنته وتميزت به الآيات الكريمة في موضوع البحث، فالوحي ليس فقط مجموعة من الأوامر والنواهي والمواقف، إنما هو نسق ورؤية للكون والحياة والإنسان والعالم.

2- أسباب اختيار الموضوع

تتلخص أسباب اختيار هذا البحث في عدة أسباب، منها:

- حصر النص القرآني، الذي تستهدفه عملية الاجتهاد الشامل، في النص المتعلق بالأحكام، مع إغفال كبير للمساحات الأخرى، كالمتعلقة بقضايا العقل والاجتماع البشري.
- عدم التدبر والتأمل في القرآن والسنة من أجل توليد جملة من النماذج المعرفية.
- انتشار ظاهرة الانحراف الفكري.

3- أهداف البحث

تكمن أهداف البحث في:

أ- إعادة الاعتبار للعمل الفكري والثقافي في مجال تدبير الشأن الديني.

ب- الاشتغال على الأسئلة التي تشكل تحديا للإسلام في واقعنا المعاصر.

ج- بناء رؤى وتصورات في مختلف المجالات الحياتية انطلاقا من الآيات والأحاديث النبوية، رؤى بمقدورها أن تضع الإسلام في قلب العصر وتجعله يُسهم في النقاشات الفكرية والمعرفية التي تجتازها الحضارة المعاصرة.

4- إشكال البحث

يمكن ضبط الإشكال الذي يقوم البحث بمعالجته من خلال طرح جملة من الأسئلة:

- ما موقع العقل في الإسلام، وكيف ساهم في تنميته وتحكيمه؟
- أية علاقة بين الرسول والعقل؟
- كيف نستصحب الأسئلة الجديدة والإشكالات المعاصرة أثناء عملية قراءة النصوص الشرعية؟

5- منهج البحث

- اعتمدت المنهج الوصفي التحليلي.

ISSN:2509-0291

- عزوت الآيات القرآنية إلى موضع وجودها في القرآن الكريم مع ذكر اسم السورة ورقم الآية.
- توخيت الدقة في البحث، والأمانة في النقل، مع ذكر المصادر التي أخذت منها.
- أوجزت في الخاتمة أهم النتائج.

المبحث الأول: حديث القرآن عن العقل

المطلب الأول: الانفتاح على الكون لإغناء العقل

لقد أراد الله للإنسان أن يفكّر ويبدع، ومن العقل يتعلم ويتطوّر ليطوّر شخصيته؛ ليفتح آفاقه نحو خالقه سبحانه والكون والإنسان، لينفتح بذلك كلّ النور على كيان الإنسان كله، والتفاعل مع الوحي يجعل الإنسان يقترب بمحدوديته كبشر من المطلق ليعرج بعقله إلى السماء، كما يعرج بروحه في صلاته.

ومن هنا، فإنّ مهمّة الإسلام أن ينطلق عقل الإنسان نحو الله ليقترب منه، ﴿وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ﴾ [البقرة: 185]، ولابد لنا هنا من أن نتابع بعض الآيات القرآنية التي تدل على ما ذكرته، لنعرف كيف يجعل القرآن للعقل قيمة في أعلى مواقعها، وكيف يريدنا أن نتدبر القرآن ونفهمه من أجل إغناء العقل والروح معا، والانفتاح على منهج العلم.

الآية الأولى: ما جاء في سورة البقرة، وهو قوله تعالى:﴿إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَالْفُلْكِ الَّتِي تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِمَا يَنْفَعُ النَّاسَ وَمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنَ السَّمَاءِ مِنْ مَاءٍ فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا وَبَثَّ فِيهَا مِنْ كُلِّ دَابَّةٍ وَتَصْرِيفِ الرِّيَاحِ وَالسَّحَابِ الْمُسَخَّرِ بَيْنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ 163﴾ [البقرة: 163].

قال الرازي: واعلم أن النعم على قسمين نعم دنيوية ونعم دينية، وهذه الأمور الثمانية التي عدها الله تعالى نعم دنيوية في الظاهر، فإذا تفكر العاقل فيها واستدل بها على معرفة الصانع صارت نعما دينية لكن الانتفاع بها من حيث إنها نعم دنيوية لا يكمل إلا عند سلامة الحواس وصحة المزاج فكذا الانتفاع بها من حيث إنها نعم دينية لا يكمل إلا عند سلامة العقول وانفتاح بصر الباطن فلذلك قال: ﴿لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ 163﴾ [البقرة: 163] قال القاضي عبد الجبار: الآية تدل على أمور. (أحدها): أنه لو كان الحق يدرك بالتقليد واتباع الآباء والجري على الألف والعادة لما صح ذلك. (وثانيها): لو كانت المعارف ضرورية وحاصلة بالإلهام لما صح وصف هذه الأمور بأنها آيات لأن المعلوم بالضرورة لا يحتاج في معرفته إلى الآيات. (وثالثها): أن سائر الأجسام والأعراض وإن كانت تدل على الصانع فهو تعالى خص هذه الثمانية بالذكر لأنها جامعة بين كونها دلائل وبين كونها نعما على المكلفين على أوفر حظ ونصيب ومتى كانت الدلائل كذلك كانت أنجع في القلوب وأشد تأثير في الخواطر"[2507].

الآية الثانية: التي تؤكد على دور العقل في محاولة استنطاق ظواهر الكون، قوله تعالى:

﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لَكُمْ مِنْهُ شَرَابٌ وَمِنْهُ شَجَرٌ فِيهِ تُسِيمُونَ 10 يُنْبِتُ لَكُمْ بِهِ الزَّرْعَ وَالزَّيْتُونَ وَالنَّخِيلَ وَالْأَعْنَابَ وَمِنْ كُلِّ الثَّمَرَاتِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ 11 وَسَخَّرَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ وَالشَّمْسَ وَالْقَمَرَ وَالنُّجُومُ مُسَخَّرَاتٌ بِأَمْرِهِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ 12﴾ [النحل: 10-12]

قال سيد قطب في تفسير هذه الآيات: "والماء ينزل من السماء وفق النواميس التي خلقها الله في هذا الكون، والتي تدبر حركاته، وتنشيء نتائجها وفق إرادة الخالق وتدبيره، بقدر خاص من أقداره ينشيء كل حركة وكل نتيجة. هذا الماء يذكر هنا نعمة من نعم الله (لَكُم مِّنْهُ شَرَابٌ) فهي خصوصية الشراب التي تبرز في هذا المجال ثم خصوصية المرعى (وَمِنْهُ شَجَرٌ فِيهِ تُسِيمُونَ) وهي المراعي التي تربون فيها السوائم. ذلك بمناسبة ذكر الأنعام قبلها وتنسيقا للجو العام بين المراعي والأنعام.

ثم الزروع التي يأكل منها الإنسان مع الزيتون والنخيل والأعناب وغيرها من أشجار الثمار . .

2507 مفاتيح الغيب، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت ٦٠٦هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الثالثة - 1420 هـ، 174/4

(إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) . . في تدبير الله لهذا الكون، ونواميسه المواتية لحياة البشر، وما كان الإنسان ليستطيع الحياة على هذا الكوكب لو لم تكن نواميس الكون مواتية لحياته، موافقة لفطرته، ملبية لحاجاته. وما هي بالمصادفة العابرة أن يخلق الإنسان في هذا الكوكب الأرضي، وأن تكون النسب بين هذا الكوكب وغيره من النجوم والكواكب هي هذه النسب، وأن تكون الظواهر الجوية والفلكية على ما هي عليه، ممكنة للإنسان من الحياة، ملبية هكذا لحاجاته على النحو الذي نراه.

والذين يتفكرون هم الذين يدركون حكمة التدبير، وهم الذين يربطون بين ظاهرة كظاهرة المطر وما ينشئه على الأرض من حياة وشجر وزروع وثمار، وبين النواميس العليا للوجود، ودلالتها على الخالق وعلى وحدانية ذاته ووحدانية إرادته ووحدانية تدبيره. أما الغافلون فيمرون على مثل هذه الآية في الصباح والمساء، في الصيف والشتاء، فلا توقظ تطلعهم، ولا تثير استطلاعهم ولا تستجيش ضمائرهم إلى البحث عن صاحب هذا النظام الفريد.

والفوج الثالث من أفواج الآيات : (وَسَخَّرَ لَكُمُ ٱلَّيْلَ وَٱلنَّهَارَ وَٱلشَّمْسَ وَٱلْقَمَرَ وَٱلنُّجُومُ مُسَخَّرَٰتٌۭ بِأَمْرِهِۦٓ ۗ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ) . .

ومن مظاهر التدبير في الخلق، وظواهر النعمة على البشر في آن: الليل والنهار والشمس والقمر والنجوم. فكلها مما يلبي حاجة الإنسان في الأرض. وهي لم تخلق له ولكنها مسخرة لمنفعته. فظاهرة الليل والنهار ذات أثر حاسم في حياة هذا المخلوق البشري. ومن شاء فليتصور نهارا بلا ليل أو ليلا بلا نهار، ثم يتصور مع هذا حياة الإنسان والحيوان والنبات في هذه الأرض كيف تكون.

كذلك الشمس والقمر. وعلاقتهما بالحياة على الكوكب الأرضي، وعلاقة الحياة بهما في أصلها وفي نموها، (وَالنُّجُومَ مُسَخَّرَٰتٌۭ بِأَمْرِهِۦٓ) للإنسان ولغير الإنسان مما يعلم الله. .

وكل أولئك طرف من حكمة التدبير، وتناسق النواميس في الكون كله، يدركه أصحاب العقول التي تتدبر وتعقل وتدرك ما وراء الظواهر من سنن وقوانين: (إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ)"[2508].

فالعاقلون هم الذين يمكن لهم أن يفهموا ظواهر الكون.

الآية الثالثة:﴿مَثَلُ ٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُوا۟ مِن دُونِ ٱللَّهِ أَوْلِيَآءَ كَمَثَلِ ٱلْعَنكَبُوتِ ٱتَّخَذَتْ بَيْتًا ۖ وَإِنَّ أَوْهَنَ ٱلْبُيُوتِ لَبَيْتُ ٱلْعَنكَبُوتِ ۖ لَوْ كَانُوا۟ يَعْلَمُونَ 41 إِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَدْعُونَ مِن دُونِهِۦ مِن شَىْءٍ ۚ وَهُوَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْحَكِيمُ 42 وَتِلْكَ ٱلْأَمْثَٰلُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ ۖ وَمَا يَعْقِلُهَآ إِلَّا ٱلْعَٰلِمُونَ 43﴾ [العنكبوت: 41-43]

يقول الشيخ الشعراوي: "فهذا مثل في قمة العقيدة، ضربه الله لنا للتوضيح وللبيان، ولتقريب المسائل إلى عقولنا، وإياك أن تقول للمثل الذي ضربه الله لك: ماذا أراد الله بهذا؟ لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَسْتَحْيِۦٓ أَن يَضْرِبَ مَثَلًا مَّا بَعُوضَةً فَمَا فَوْقَهَا﴾ [البقرة: 25]. ما فوقها أي: في الصغر والاستدلال. أي: ما دونها صغرا؛ لأن عظمة الخلق كما تكون بالشيء الأكثر ضخامة تكون كذلك بالشيء الأقل حجما الأكثر دقة.

فمن يسمع المثل من الله تعالى ثم لا يعقله فليس بعالم؛ لذلك ليسوا علماء الذين اعترضوا على قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَسْتَحْيِۦٓ أَن يَضْرِبَ مَثَلًا مَّا بَعُوضَةً فَمَا فَوْقَهَا﴾ [البقرة: 25] [البقرة: ٢٦] حيث استقلوا البعوضة، ورأوها لا تستحق أن تضرب مثلا.

ونقول لهم: أنتم لستم عاقلين ولا عالمين بدقة المثل، واقرأوا: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ تَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ لَن يَخْلُقُوا۟ ذُبَابًا وَلَوِ ٱجْتَمَعُوا۟ لَهُۥ﴾ [الحج: 71] بل وأكثر من ذلك: ﴿وَإِن يَسْلُبْهُمُ ٱلذُّبَابُ شَيْـًٔا لَّا يَسْتَنقِذُوهُ مِنْهُ﴾ [الحج: 71].

إذن: ففي هذه المخلوقات الحقيرة في نظرك عبر وآيات، لكن لا يعقلها إلا العالمون، ومعظم هذه الآيات والأسرار اكتشفها غير مؤمنين بالله، فكان منهم من عقلها فآمن، ومن لم يعقلها فظل على كفره على أنه أولى الناس بالإيمان بالله؛ لأن لديه من العلم ما يكتشف به أسرار الخالق في الخلق"[2509].

وهكذا فالإنسان عندما يتحرك في آفاق الأرض عليه أن يعقل كل ذلك، فالتدبر والتفكر والتأمل مصدر من مصادر المعرفة.

2508 في ظلال القرآن، سيد قطب، دار الشروق، مصر، الطبعة: 32، 1423هـ/ 2003م، المجلد الأول، الجزء 14، ص: 2162- 2163.

2509 تفسير الشعراوي – الخواطر، محمد متولي الشعراوي (ت 1418هـ)، مطابع أخبار اليوم، وليس على الكتاب بيانات أخرى، 18/ 1173 وما بعدها.

ولكننا - مع الأسف - لا نزال ننظر إلى الأشياء نظرة سطحية وغير عميقة الفهم.. ﴿كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمۡ ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُمۡ تَعۡقِلُونَ 240﴾ [البقرة: 240].. ونقرأ في آية أخرى ﴿إِنَّآ أَنزَلۡنَٰهُ قُرۡءَٰنًا عَرَبِيّٗا لَّعَلَّكُمۡ تَعۡقِلُونَ 2﴾ [يوسف: 2]، فهذه الآية صريحة القول بأن الله أنزل القرآن من أجل أن يصنع للإنسان عقله وأن ينميه ويطوّره في حركة حياته في كلّ مجالاتها.

لذلك نجد أن القرآن الكريم يتحدث عن الذين يقرأون القرآن ولا يتدبّرونه، لأن عقلهم مقفل.. ﴿أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ ٱلۡقُرۡءَانَ أَمۡ عَلَىٰ قُلُوبٍ أَقۡفَالُهَآ 25﴾ [محمد: 25].

المطلب الثاني: حوارات الأنبياء مع قومهم

في حديث القرآن عن العقل، نرى في بعض حوارات الأنبياء مع قومهم، أنهم يركّزون في نقدهم لقومهم على نقطة أساسية، وهي أنهم يتعاملون بمنطق غير عقلي، ولو أنهم عقلوا دعوة الأنبياء، لما وقفوا ضد دعوتهم.

فإبراهيم عليه السلام عندما كان تحدّث إلى قومه بمنطق وعقلانية، كما حدّثنا القرآن الكريم..

﴿قَالَ بَلۡ فَعَلَهُۥ كَبِيرُهُمۡ هَٰذَا فَسۡـَٔلُوهُمۡ إِن كَانُواْ يَنطِقُونَ 63﴾ [الأنبياء: 63]

يقول الطاهر بن عاشور: "فإبراهيم في إنكاره أن يكون هو الفاعل أراد إلزامهم الحجة على انتفاء ألوهية الصنم العظيم، وانتفاء ألوهية الأصنام المحطمة بطريق الأولى على نية أن يكر على ذلك كله بالإبطال ويوقنهم بأنه الذي حطم الأصنام وأنها لو كانت آلهة لدفعت عن أنفسها ولو كان كبيرهم كبير الآلهة لدفع عن حاشيته وحرفائه، ولذلك قال: ﴿فَسۡـَٔلُوهُمۡ إِن كَانُواْ يَنطِقُونَ 63﴾ [الأنبياء: 63] تهكُّماً بهم وتعريضاً بأن ما لا ينطق ولا يعرب عن نفسه غير أهل للآلهية.

وشمل ضمير ﴿فَسۡـَٔلُوهُمۡ﴾ [الأنبياء: 63] جميع الأصنام ما تحطم منها وما بقي قائماً. والقوم وإن علموا أن الأصنام لم تكن تتكلم من قبل إلا أن إبراهيم أراد أن يقنعهم بأن حدثاً عظيماً مثل هذا يوجب أن ينطقوا بتعيين من فعلَه بهم"[2510].

وحسب سياق الآيات ﴿ثُمَّ نُكِسُواْ عَلَىٰ رُءُوسِهِمۡ لَقَدۡ عَلِمۡتَ مَا هَٰٓؤُلَآءِ يَنطِقُونَ 65﴾ [الأنبياء: 65]

"وحقا لقد كانت الأولى رجعة إلى النفوس، وكانت الثانية نكسة على الرؤوس؛ كما يقول التعبير القرآني المصور العجيب. . كانت الأولى حركة في النفس للنظر والتدبر. أما الثانية فكانت انقلابا على الرأس فلا عقل ولا تفكير. وإلا فإن قولهم هذا الأخير هو الحجة عليهم. وأية حجة لإبراهيم أقوى من أن هؤلاء لا ينطقون ؟ !"[2511]

فبادر النبي إبراهيم عليه السلام مستنكراً لهم بقوله: ﴿قَالَ أَفَتَعۡبُدُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ مَا لَا يَنفَعُكُمۡ شَيۡـٔٗا وَلَا يَضُرُّكُمۡ أُفّٖ لَّكُمۡ وَلِمَا تَعۡبُدُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِۖ أَفَلَا تَعۡقِلُونَ 66﴾ [الأنبياء: 66].

وفي صورة أخرى، نجد **حوار النبي موسى عليه السلام** عندما دعا فرعون إلى عبادة ربّ العالمين، ﴿قَالَ فِرۡعَوۡنُ وَمَا رَبُّ ٱلۡعَٰلَمِينَ 22﴾ [الشعراء: 22] "لما غلب موسى فرعون بالحجة ولم يجد اللعين من تقريره على التربية وغير ذلك حجة رجع إلى معارضة موسى في قوله: رسول رب العالمين؛ فاستفهمه استفهاما عن مجهول من الأشياء. قال مكي وغيره: كما يستفهم عن الأجناس فلذلك استفهم ب "ما". قال مكي: وقد ورد له استفهام ب "من" في موضع آخر ويشبه أنها مواطن.

فأتى موسى بالصفات الدالة على الله من مخلوقاته التي لا يشاركه فيها مخلوق، ﴿ قَالَ رَبُّ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ وَمَا بَيۡنَهُمَآ إِن كُنتُم مُّوقِنِينَ 23﴾ [الشعراء: 22-23]، وقد سأل فرعون عن الجنس ولا جنس لله تعالى؛ لأن الأجناس محدثة، فعلم موسى جهله فأضرب عن سؤاله وأعلمه بعظيم قدرة الله التي تبين للسامع أنه لا مشاركة لفرعون فيها"[2512].

2510 التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت1393هـ)، الدار التونسية للنشر – تونس، 1984 ، 101/17

2511 في ظلال القرآن، سيد قطب، المجلد الأول، الجزء 2385/17.

2512 الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384 هـ - 1964 م، 98/13.

ففرعون لم يناقش موسى عليه السلام في من خلق السماوات والأرض وما بينهما، ولم يدخل في أي جدل علمي عقلاني مع موسى كأيّ محاور.. فذلك هو شأن الطغاة في كلّ زمان ومكان.

وعلى كل حال، فلم يردّ النبي موسى على فرعون شتيمته، وإنما خاطبه بالعقل مكمّلاً عن صفة رب العالمين:﴿ قَالَ رَبُّ ٱلْمَشْرِقِ وَٱلْمَغْرِبِ وَمَا بَيْنَهُمَآ إِن كُنتُمْ تَعْقِلُونَ 27﴾ [الشعراء: 27]، فأراد موسى أن يبلّغهم أن ما يتحدّث به هو حديث العقل للعقل، وأن يفكّروا بعقولهم وليس بغرائزهم.

وهذا ما حدّثنا عنه أيضا الله سبحانه وتعالى في بيانه **للنبي محمدصلى الله عليه وسلم**، عندما كان قومه في مكّة يثيرون الغوغاء حوله:

﴿وَإِذَا تُتْلَىٰ عَلَيْهِمْ ءَايَٰتُنَا قَالُوا۟ قَدْ سَمِعْنَا لَوْ نَشَآءُ لَقُلْنَا مِثْلَ هَٰذَآ إِنْ هَٰذَآ إِلَّآ أَسَٰطِيرُ ٱلْأَوَّلِينَ 31﴾ [الأنفال: 31]

﴿وَقَالُوا۟ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِى نُزِّلَ عَلَيْهِ ٱلذِّكْرُ إِنَّكَ لَمَجْنُونٌ 6﴾ [الحجر: 6]

﴿وَقَالُوا۟ لَن نُّؤْمِنَ لَكَ حَتَّىٰ تَفْجُرَ لَنَا مِنَ ٱلْأَرْضِ يَنۢبُوعًا 90 أَوْ تَكُونَ لَكَ جَنَّةٌ مِّن نَّخِيلٍ وَعِنَبٍ فَتُفَجِّرَ ٱلْأَنْهَٰرَ خِلَٰلَهَا تَفْجِيرًا 91 أَوْ تُسْقِطَ ٱلسَّمَآءَ كَمَا زَعَمْتَ عَلَيْنَا كِسَفًا أَوْ تَأْتِىَ بِٱللَّهِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ قَبِيلًا 92 أَوْ يَكُونَ لَكَ بَيْتٌ مِّن زُخْرُفٍ أَوْ تَرْقَىٰ فِى ٱلسَّمَآءِ وَلَن نُّؤْمِنَ لِرُقِيِّكَ حَتَّىٰ تُنَزِّلَ عَلَيْنَا كِتَٰبًا نَّقْرَؤُهُۥ ۗ قُلْ سُبْحَانَ رَبِّى هَلْ كُنتُ إِلَّا بَشَرًا رَّسُولًا 93 وَمَا مَنَعَ ٱلنَّاسَ أَن يُؤْمِنُوٓا۟ إِذْ جَآءَهُمُ ٱلْهُدَىٰٓ إِلَّآ أَن قَالُوٓا۟ أَبَعَثَ ٱللَّهُ بَشَرًا رَّسُولًا 94﴾ [الإسراء: 90-94]

﴿بَلْ قَالُوٓا۟ أَضْغَٰثُ أَحْلَٰمٍ بَلِ ٱفْتَرَىٰهُ بَلْ هُوَ شَاعِرٌ فَلْيَأْتِنَا بِـَٔايَةٍ كَمَآ أُرْسِلَ ٱلْأَوَّلُونَ 5﴾ [الأنبياء: 5]

﴿أَمْ يَقُولُونَ بِهِۦ جِنَّةٌ ۚ بَلْ جَآءَهُم بِٱلْحَقِّ وَأَكْثَرُهُمْ لِلْحَقِّ كَٰرِهُونَ 71﴾ [المؤمنون: 71]

﴿وَقَالَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓا۟ إِنْ هَٰذَآ إِلَّآ إِفْكٌ ٱفْتَرَىٰهُ وَأَعَانَهُۥ عَلَيْهِ قَوْمٌ ءَاخَرُونَ ۖ فَقَدْ جَآءُو ظُلْمًا وَزُورًا 4 وَقَالُوٓا۟ أَسَٰطِيرُ ٱلْأَوَّلِينَ ٱكْتَتَبَهَا فَهِىَ تُمْلَىٰ عَلَيْهِ بُكْرَةً وَأَصِيلًا 5﴾ [الفرقان: 4-5]

﴿وَعَجِبُوٓا۟ أَن جَآءَهُم مُّنذِرٌ مِّنْهُمْ ۖ وَقَالَ ٱلْكَٰفِرُونَ هَٰذَا سَٰحِرٌ كَذَّابٌ 3﴾ [ص: 3]

"فتنطلق بذلك الهتافات. فالله سبحانه وتعالى علّم النبي محمد الأسلوب العقلاني الذي يحاول به إثارة التفكير بعقل هادئ.. فهناك قضيّة واحدة تُمثّل المنهج في فهم الأشياء، المنهج الذي يستطيعون من خلاله أن يفكّروا باستقلالية وموضوعية وبطريقة علمية، فقال لهم على لسان القرآن: ﴿قُلْ إِنَّمَآ أَعِظُكُم بِوَٰحِدَةٍ ۖ أَن تَقُومُوا۟ لِلَّهِ مَثْنَىٰ وَفُرَٰدَىٰ ثُمَّ تَتَفَكَّرُوا۟ ۚ مَا بِصَاحِبِكُم مِّن جِنَّةٍ ۚ إِنْ هُوَ إِلَّا نَذِيرٌ لَّكُم بَيْنَ يَدَىْ عَذَابٍ شَدِيدٍ 46﴾ [سبأ: 46]

وهنا يدعوهم دعوة خالصة إلى منهج البحث عن الحق، ومعرفة الافتراء من الصدق، وتقدير الواقع الذي يواجهونه من غير زيف ولا دخل:

﴿قُلْ إِنَّمَآ أَعِظُكُم بِوَٰحِدَةٍ ۖ أَن تَقُومُوا۟ لِلَّهِ مَثْنَىٰ وَفُرَٰدَىٰ ثُمَّ تَتَفَكَّرُوا۟ ۚ مَا بِصَاحِبِكُم مِّن جِنَّةٍ ۚ إِنْ هُوَ إِلَّا نَذِيرٌ لَّكُم بَيْنَ يَدَىْ عَذَابٍ شَدِيدٍ 46﴾ [سبأ: 46]

إنها دعوة إلى القيام لله. بعيداً عن الهوى. بعيداً عن المصلحة. بعيداً عن ملابسات الأرض. بعيداً عن الهواتف والدوافع التي تشتجر في القلب، فتبعد به عن الله. بعيداً عن التأثر بالتيارات السائدة في البيئة. والمؤثرات الشائعة في الجماعة.

دعوة إلى التعامل مع الواقع البسيط، لا مع القضايا والدعاوى الرائجة؛ ولا مع العبارات المطاطة، التي تبعد القلب والعقل من مواجهة الحقيقة في بساطتها.

دعوة إلى منطق الفطرة الهادىء الصافي، بعيداً عن الضجيج والخلط واللبس؛ والرؤية المضطربة والغبش الذي يحجب صفاء الحقيقة.

وهي في الوقت ذاته منهج في البحث عن الحقيقة. منهج بسيط يعتمد على التجرد من الرواسب والغواشي والمؤثرات. وعلى مراقبة الله وتقواه.

وهي(واحدة). . إن تحققت صح المنهج واستقام الطريق. القيام لله. . لا لغرض ولا لهوى ولا لمصلحة ولا لنتيجة. . التجرد. . الخلوص. . ثم التفكر والتدبر بلا مؤثر خارج عن الواقع الذي يواجهه القائمون لله المتجردون.

﴿أَن تَقُومُواْ لِلهِ مَثْنَىٰ وَفُرَٰدَىٰ﴾ [سبأ: 46]. . مثنى ليراجع أحدهما الآخر، ويأخذ معه ويعطي في غير تأثر بعقلية الجماهير التي تتبع الانفعال الطارىء، ولا تتلبث لتتبع الحجة في هدوء. . وفرادى مع النفس وجهاً لوجه في تمحيص هادى ء عميق .

﴿ ثُمَّ تَتَفَكَّرُواْ مَا بِصَٰحِبِكُم مِّن جِنَّةٍ﴾ [سبأ: 46]. . فما عرفتم عنه إلا العقل والتدبر والرزانة. وما يقول شيئاً يدعو إلى التظنن بعقله ورشده . إن هو إلا القول المحكم القوي المبين .

﴿إِنْ هُوَ إِلَّا نَذِيرٌ لَّكُم بَيْنَ يَدَىْ عَذَابٍ شَدِيدٍ 46﴾ [سبأ: 46]. . لمسة تصور العذاب الشديد وشيكاً أن يقع، وقد سبقه النذير بخطوة. لينقذ من يستمع . كالهاتف المحذر من حريق في دار يوشك أن يلتهم من لا يفر من الحريق . وهو تصوير - فوق أنه صادق - بارع موح مثير . ."[2513]

فقد أراد النبي صلى الله عليه وسلم لهم أن يستخدموا عقولهم من أجل أن يواجهوا الحقيقة في خطابهم له أو في حوارهم معه، وهو الأسلوب الهادئ العقلاني الذي لا ينفعل، ولكن يوجّه الناس إلى أن يتعقلوا حتى يدركوا الحقيقة..

المبحث الثاني: الرسول صلى الله عليه وسلم والعقل

المطلب الأول: اجتهاد النبي صلى الله عليه وسلم العقلي

الاجتهاد العقلي الذي أتحدث عنه هو الاعتماد على العقل في استنباط الأحكام بالقياس والاستحسان وغيرها من الأصول العقلية. والاجتهاد العقلي في عهد النبي صلى الله عليه وسلم معناه تشريع النبي نفسه بالعقل من غير وحي.

أما اجتهاده صلى الله عليه وسلم فيما لا وحي فيه ووقوعه، فقد قال الآمدي: "قال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: 159]. والمشاورة إنما تكون فيما يحكم فيه بطريق الاجتهاد لا فيما يحكم فيه بطريق الوحي.

وأيضا قوله تعالى بطريق العتاب للنبي عليه السلام في أسرى بدر وقد أطلقهم: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ﴾ [الأنفال: 68]؛ لأنه كان قد أشار بقتلهم، وذلك يدل على أن ذلك كان بالاجتهاد لا بالوحي.

وأيضا قوله تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَنكَ لِمَ أَذِنتَ لَهُمْ﴾ [التوبة: 43] عاتبه على ذلك ونسبه إلى الخطأ، وذلك لا يكون فيما حكم فيه بالوحي، فلم يبق سوى الاجتهاد وليس ذلك خاصا بالنبي عليه السلام.

وأما السنة فما روى الشعبي أنه: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي القضية وينزل القرآن بعد ذلك بغير ما كان قضى به، فيترك ما قضى به على حاله، ويستقبل ما نزل به القرآن، والحكم بغير القرآن لا يكون إلا باجتهاد. وأيضا ما روي عنه أنه قال في مكة: «**لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها. فقال العباس: إلا الإذخر، فقال عليه السلام: " إلا الإذخر**» "[2514]. ومعلوم أن الوحي لم ينزل عليه في تلك الحالة فكان الاستثناء بالاجتهاد.

وأيضا ما روي عنه عليه السلام أنه قال:«**العلماء ورثة الأنبياء**»[2515] وذلك يدل على أنه كان متعبدا بالاجتهاد، وإلا لما كانت علماء أمته وارثة لذلك عنه، وهو خلاف الخبر"[2516].

2513 في ظلال القرآن، سيد قطب، المجلد الأول، الجزء 2914/22.

2514 جزء من حديث رواه مسلم من ابن عباس رضي الله عنهم، ، كِتَابُ الْحَجِّ، بَابُ تَحْرِيمِ مَكَّةَ وَصَيْدِهَا وَخَلَاهَا وَشَجَرِهَا وَلُقَطَتِهَا، حديث رقم:2502

2515 جزء من حديث رواه أبو داوود، بَابُ الْحَثِّ عَلَى طَلَبِ الْعِلْمِ، من طريق أبي الدرداء وأوله عند أبي داود: من سلك طريقا يطلب منه علما سلك الله به طريقا من طرق الجنة. رقمه: 3211.

2516 الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي، علق عليه: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، (دمشق - بيروت)، الطبعة: الثانية، 1402 هـ، 166/4.

"ومن الأدلة أيضا قوله صلى الله عليه وسلم: "**أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته، أكان يجزئ عنه؟ " قالت: نعم. قال: "فدين الله أحق أن يقضى**"2517.

وقوله لرجل سأله، فقال: أيقضي أحدنا شهوته، ويؤجر عليها؟ فقال: "**أرأيت لو وضعها في حرام، أكان عليه وزر؟ " قال: نعم. قال: "فكذلك إذا وضعها في حلال، كان له أجر**"2518.

وقال لمن أنكر ولده الذي جاءت به امرأته أسود: "**هل لك من إبل؟ " قال: نعم. قال: "فما ألوانها؟ " قال: حمر، قال: "فهل فيها من أورق؟ " قال: نعم. قال: "فمن أين؟ " قال: لعله نزعه عرق، قال: "وهذا لعله نزعه عرق**"2519.

وقال: "**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**"2520 "2521

وهذه الأدلة ثابتة على جواز اجتهاد النبي صلى الله عليه وسلم فيما لا وحي فيه ووقوعه.

المطلب الثاني: تعبد النبي صلى الله عليه وسلم بشريعة العقل

قال الشيخ مصطفى عبد الرازق: "إن من علماء المسلمين من يرى أن النبي كان على شريعة العقل قبل أن يأتيه الوحي، ومنهم من يرى في الشرائع الماضية أصلا من أصول التشريع الإسلامي.

وقول بعض العلماء: إن النبي صلى الله عليه وسلم كان متعبدا قبل الوحي بشريعة العقل، فإن ذلك يقتضي أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم ظل على هذه الشريعة بعد الوحي إلا ما غيره الشرع الجديد، والعقل كان أصلا من أصول تشريعه فيما لم ينزل به تنزيل.

وقد ذكر علماء الأصول الاستصحاب باعتباره أصلا من أصول الفقه في بعض المذاهب"2522.

قال الشوكاني: "الاستصحاب أي: استصحاب الحال لأمر وجودي، أو عدمي، عقلي، أو شرعي. ومعناه: أن ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل، مأخوذ من المصاحبة، وهو بقاء ذلك الأمر ما لم يوجد ما يغيره، فيقال: الحكم الفلاني قد كان فيما مضى، وكلما كان فيما مضى، ولم يظن عدمه، فهو مظنون البقاء... العقل في الأحكام الشرعية، كبراءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعي على تغيره، كنفي صلاة سادسة.

قال القاضي أبو الطيب: وهذا حجة بالإجماع "أي": من القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع. قال، الثالثة: استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة، فإن عندهم أن العقل يحكم في بعض الأشياء إلى أن يرد الدليل السمعي، وهذا لا خلاف بين أهل السنة في أنه لا يجوز العمل به؛ لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات. قال، الرابعة: استصحاب الدليل، مع احتمال المعارض، إما تخصيصا إن كان الدليل ظاهرا، أو نسخا إن كان الدليل نصا، فهذا أمر معمول به "بالإجماع". وقد اختلف في تسمية هذا النوع بالاستصحاب، فأثبته جمهور الأصوليين، ومنعه المحققون، منهم إمام الحرمين في "البرهان"، وإلكيا في "تعليقه"، وابن السمعاني في "القواطع"؛ لأن ثبوت الحكم فيه من ناحية اللفظ، لا من ناحية الاستصحاب. قال، الخامسة: الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع وهو راجع إلى الحكم الشرعي، بأن يتفق على حكم في حاله، ثم يتغير صفة المجمع عليه، فيختلفون فيه، فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال. مثاله: إذا استدل من يقول إن المتيمم إذا رأى الماء في أثناء صلاته لا تبطل صلاته؛ لأن الإجماع منعقد على صحتها قبل ذلك، فاستصحب إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطلة. وكقول الظاهرية: يجوز بيع أم الولد؛ لأن الإجماع انعقد على جواز بيع هذه

2517 أخرجه البخاري من حديث ابن عباس في كتاب الحج، باب وجوب الحج وفضله، رقم الحديث:1513.

2518 أخرجه أبو داود في الأدب باب إماطة الأذى عن الطريق 5243.

2519 أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، رقم الحديث: 5305.

2520 أخرجه البخاري من حديث ابن عباس، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض، رقم الحديث: 2646.

2521 ينظر: إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت 1250هـ)، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، دمشق - كفر بطنا، الطبعة الأولى 1419هـ – 1999م، 2/100- 101.

2522 تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية، الشيخ مصطفى عبد الرازق، دار الكتب المصري – القاهرة، مكتبة الإسكندرية، دار الكتب اللبناني، ط1، 2011م، ص: 232.

الجارية قبل الاستيلاء، فنحن على ذلك الإجماع بعد الاستيلاد. وهذا النوع ومحل الخلاف، كما قاله في "القواطع" وهكذا فرض أئمتنا الأصوليون الخلاف فيها"[2523].

المبحث الثالث: عقل الرسول وعقل القائد والداعية

لا نزال مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، عقل الأمَّة وروح حياتها، الذي أعطى للأمّة الكثير من سعة أفقه وصفاء روحّيته وسموّ عقله، وجاء ليقول للناس إنّني جئت من أجل أنْ تكون الحياة إسلامية وليملك الإنسان الطاقة الإيمانية والعقلية التي تؤهله لأن يكون في مستوى خلافة الله في الأرض.

وعلى هذا الأساس، نستطيع أن نخرج من هذه التوطئة لهذا المبحث بكلام حاسم، وهو أنّ العقل أساس في الوجود. وبما أنّ الإنسان هو الموجود الذي يملك العقل، فالإنسان إذاً هو أساس الوجود وقوامه، وسرّ حركته ونموّه وتطوّره. وهذه مسألة توحي للناس كافة حقيقة الموقف الذي يتحدّث عن الإسلام ممّا يتردَّد على ألسنة العلمانيين، الذين يتحدثون بأنّ الدين لا عقل له، أو هو أفيون الشعوب، أو أن الإسلام يعطل العقل. لأنه ينطلق من خلال غيب غير معقول، أو ينطلق من خلال بعض المشاعر والأحاسيس التي لا ترتكز على قاعدة.

ولكننا نلاحظ في الوحي، سواء كان القرآن الكريم أو السنّة النبوية الشريفة، أن الدين يقول للإنسان إنَّ العقل هو أساس التكليف. كن مسلما مؤمنا وكن عقلاً واعيا وكن إنساناً مسؤولاً منفتحا على مسؤوليتك في الحياة.

المطلب الأول:كمال عقل الرسول صلى الله عليه وسلم ورجاحته

إنَّ الله سبحانه وتعالى تعهَّد رسوله بأكثر من وسيلة ليستكمل عقل الرسول من خلال ما يحصل عليه. وقد رأيت أن أذكر الآيات التي أدّب الله تعالى بها رسوله ﷺ وربَّاهُ بها على الخلق العظيم:

- قال تعالى في سورة الضحى: ﴿فَأَمَّا ٱلْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ 9 وَأَمَّا ٱلسَّآئِلَ فَلَا تَنْهَرْ 10 وَأَمَّا بِنِعْمَةِ رَبِّكَ فَحَدِّثْ 11﴾ [الضحى: 9-11]
- وقال تعالى في سورة الإنسان: ﴿﴿فَاصْبِرْ لِحُكْمِ رَبِّكَ﴾ [القلم: 48]، وقال تعالى: ﴿فَاصْبِرْ كَمَا صَبَرَ أُوْلُواْ ٱلْعَزْمِ مِنَ ٱلرُّسُلِ﴾ [الأحقاف: 34] .
- وقال تعالى: ﴿وَالرِّجْزَ فَاهْجُرْ 5 وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ 6﴾ [المدثر: 5-6]
- وقال الله جل شأنه في سورة التحريم: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ﴾ [التحريم: 1]
- وقال تعالى في سورة الأعراف: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ 199﴾ [الأعراف: 199]
- وقال تعالى في سورة الحجر: ﴿وَلَقَدْ ءَاتَيْنَٰكَ سَبْعًا مِّنَ ٱلْمَثَانِي وَالْقُرْءَانَ ٱلْعَظِيمَ 87 لَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَىٰ مَا مَتَّعْنَا بِهِۦٓ أَزْوَٰجًا مِّنْهُمْ وَلَا تَحْزَنْ عَلَيْهِمْ وَاخْفِضْ جَنَاحَكَ لِلْمُؤْمِنِينَ 88﴾ [الحجر: 87-88]

- وقال تعالى في سورة النحل: ﴿ٱدْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ ٱلْحَسَنَةِ وَجَٰدِلْهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَن ضَلَّ عَن سَبِيلِهِۦ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ 125﴾ [النحل: 125]
- وقال تعالى في سورة الإسراء: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا 26 إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا 27﴾ [الإسراء: 26-27]
- وقال تعالى في سورة فصلت: ﴿وَلَا تَسْتَوِي ٱلْحَسَنَةُ وَلَا ٱلسَّيِّئَةُ ٱدْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا ٱلَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُۥ عَدَٰوَةٌ كَأَنَّهُۥ وَلِيٌّ حَمِيمٌ 33﴾ [فصلت: 33]
- وقال الله سبحانه وتعالى في سورة الشورى: ﴿وَكَذَٰلِكَ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ رُوحًا مِّنْ أَمْرِنَا مَا كُنتَ تَدْرِي مَا ٱلْكِتَٰبُ وَلَا ٱلْإِيمَٰنُ وَلَٰكِن جَعَلْنَٰهُ نُورًا نَّهْدِي بِهِۦ مَن نَّشَآءُ مِنْ عِبَادِنَا وَإِنَّكَ لَتَهْدِيٓ إِلَىٰ صِرَٰطٍ مُّسْتَقِيمٍ 49﴾ [الشورى: 49]

2523 إرشاد الفحول، 2/175- 176 -177.

وقد ورد أن الله سبحانه وتعالى يتدرَّج في تربية النبي كما يتدرَّج في مسألة الوحي، ولذا قال: ﴿وَقَالَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ لَوۡلَا نُزِّلَ عَلَيۡهِ ٱلۡقُرۡءَانُ جُمۡلَةٗ وَٰحِدَةٗۚ كَذَٰلِكَ لِنُثَبِّتَ بِهِۦ فُؤَادَكَۖ وَرَتَّلۡنَٰهُ تَرۡتِيلٗا 32﴾ [الفرقان: 32]، فقد فرّقنا القرآن لتقوّي وعيك وتجربتك، ولتلاحق هذه التجربة في خطِّ حركتك وخطِّ الدعوة وخطِّ إدارة أمور الناس.

المطلب الثاني: القائد وقيادة المجتمع

إنَّ القيادة هي أنْ تقود الناس في موقع مسؤوليتك، وحيث ان مسؤولية الرسول هي التبليغ ورفع مستوى عقل الأمة، فمن هنا لابد أن يكون عقله كاملا.

ونستوحي من خلال ذلك، أن الّذين يريدون أنْ يقوموا مقام النبي، ليس في العلم والدعوة فحسب كما ورد عنه صلى الله عليه وسلم: "**العلماء ورثة الأنبياء**"[2524]، ولكن حتى في خطِّ القيادة الإسلامية العامة، لابد أن يكونوا ممن حصلوا من العقل على غنى كبير، ولابد أن يملكوا كل المفردات والأساليب القيادية. ولعل مشكلة الكثيرين من القيادات في العالم الإسلامي، أنهم لا يملكون العقل الذي يرتفعون بمستواه ليكونوا أفضل من عقول الناس الذين يقودونهم، ليسوا من الذين ينتجون للناس المعرفة بالله سبحانه وتعالى، والقرب منه، وليسوا من أولي الألباب الذين قال الله تعالى فيهم: ﴿يُؤۡتِي ٱلۡحِكۡمَةَ مَن يَشَآءُۚ وَمَن يُؤۡتَ ٱلۡحِكۡمَةَ فَقَدۡ أُوتِيَ خَيۡرٗا كَثِيرٗاۗ وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّآ أُوْلُواْ ٱلۡأَلۡبَٰبِ 268﴾ [البقرة: 268].

إن هذا المطلب دعوة إلى إعادة قراءة السيرة النبوية، ودعوة إلى فقه سنن التغيير وقراءة لجهود الأمة المجتهدة من خلال نماذجها الناجحة في التغيير والإصلاح والتجديد.

"فإننا حين نناقش التحديات والأخطار التي تواجه المسلمين اليوم: كثيرا ما يستشهد الباحثون والدعاة والمفكرون بانتصارات صلاح الدين (مثلا) ليدللوا على أهمية الروح الإسلامية في مواجهة هذه التحديات والأخطار[...].

وهذا الأسلوب يقود إلى الاستنتاج التالي: أن ما تحتاجه الأمة في معاركها – مع التخلف من داخل والقوى الطامعة من الخارج- هو قائد مسلم...

وهذا فهم له خطورته لأسباب:

السبب الأول: أن هذا الفهم يصرف الأنظار بعيداً عن الأمراض الحقيقية التي تنخر في جسم الأمة من داخل، فتفرز فيها القابلية للتخلف والهزيمة، ويشغلها بالأعراض الخارجية الناجمة عن تلك الأمراض.

السبب الثاني: هو أن هذا الفهم ينمي في نفوس القادة روح الفردية والانفراد بالتخطيط والتنفيذ، فيقودهم إلى الإرتجال ويزجّهم في صراع مع كل من يحاول المشاركة في الرأي أو العمل، فينتهون إلى الفشل والإحباط. كما يستبعد هذا الفهم دور الأمة في المسؤولية الجماعية، ويشيع التواكل على القيادات وحدها[...]، في انتظار ظهور القائد المخلص[2525].

المطلب الثالث: الداعية وفهم المجتمع

وفي هذا المجال، نعالج مسألة أسلوب الدعوة للناس إلى الحق، وهل ينطلق الداعية من خلال عقله وتكوينه العلمي، الأمر الذي قد يؤدّي إلى عدم فهم الناس له، وعدم انجذابهم إلى علمه وفكره وعقله، وإلى لغته العلمية التي لا يعرفها الناس.. وقد فهم ابن عباس رضي الله عنهما. قول الله تعالى:﴿وَلَٰكِن كُونُواْ رَبَّٰنِيِّـۧنَ﴾ [آل عمران: 78]

"فقال: (كونوا حلماء فقهاء) ويقال: الربانى الذى يربى الناس بصغار العلم قبل كباره. قال المهلب: العمل لا يكون إلا مقصودا لله معنى متقدما، وذلك المعنى هو علم ما وعد الله عليه من الثواب وإخلاص العمل لله تعالى، فحينئذ يكون العمل مرجو النفع إذ

2524 سبق تخريجه

2525 هكذا ظهر جيل صلاح الدين وهكذا عادت القدس، الدكتور ماجد عرسان الكيلاني، الطبعة الثالثة، دار القلم، الإمارات العربية المتحدة، 1422هـ - 2002م، ص: 25، 26.

تقدمه العلم، ومتى خلا العمل من النية، ورجاء الثواب عليه، وإخلاص العمل لله تعالى، فليس بعمل، وإنما هو كفعل المجنون الذى رفع عنه القلم"2526.

"وقد روى البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها: «**يا عائشة لولا قومك حديث عهدهم -قال ابن الزبير: بكفر- لنقضت الكعبة فجعلت لها بابين: باب يدخل الناس، وباب يخرجون**» ففعله ابن الزبير .

وقد ترجم البخاري لهذا الحديث بقوله: (باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه فيقعوا في أشد منه) .

قال ابن حجر - رحمه الله - (وفي الحديث معنى ما ترجم له لأن قريشا كانت تعظم أمر الكعبة جدا، فخشي صلى الله عليه وسلم أن يظنوا لأجل قرب عهدهم بالإسلام أنه غير بناءها لينفرد بالفخر عليهم في ذلك، ويستفاد منه ترك المصلحة لأمن الوقوع في المفسدة، ومنه ترك إنكار المنكر خشية الوقوع في أنكر منه)"2527.

"وقال البخاري .رحمه الله .(باب من خص بالعلم قوما دون قوم كراهية ألا يفهموا، وقال " على " حدثوا الناس بما يعرفون، أتحبون أن يكذب الله ورسوله). قال ابن حجر .رحمه الله .وممن كره التحديث ببعض دون بعض، أحمد ومالك في أحاديث الصفات. وأبو يوسف في الغرائب، ومن قبلهم أبو هريرة في الجرابين، وأنه كره أن يحدث بأحدهما ونحوه عن حذيفة، وعن الحسن أنه أنكر تحديث " للحجاج " بحديث العرانيين؛ لئلا يتخذها وسيلة إلى ما كان يعتمده من المبالغة في سفك الدماء بتأويله الواهي)"2528

ويقول الغزالي في إحيائه: " الوظيفة السادسة أن يقتصر بالمتعلم على قدر فهمه فلا يلقى إليه ما لا يبلغه عقله فينفره أو يخبط عليه عقله اقتداء في ذلك بسيد البشر صلى الله عليه وسلم "2529.

ويقول الشاطبي: "وعلى هذا النحو مر السلف الصالح في بث الشريعة للمؤالف والمخالف، ومن نظر في استدلالهم على إثبات الأحكام التكليفية علم أنهم قصدوا أيسر الطرق وأقربها إلى عقول الطالبين، لكن من غير ترتيب متكلف ولا نظم مؤلف، بل كانوا يرمون بالكلام على عواهنه ولا يبالون كيف وقع ترتيبه إذا كان قريب المأخذ سهل الملتمس"2530.

إن العالم أو الداعية يجب أن يدرس عقول الناس الذين يدعوهم إلى الإسلام، ومستوى عقولهم، وما هي حدود ثقافتهم، بمعنى أن يلاحق تطوّرات عقولهم، سواء في خط الارتفاع أو خط الانحدار، حتى يعرف كيف يحرِّك الدعوة، وكيف تحرّك الكلمة لتفتح قلوب الناس.

ونستوحي مما تقدم أيضا، أنّ على كلّ الدعاة إلى الله، من علماء ومفكرين وعاملين في سبيل الله، أن يدرسوا المجتمعات التي يعيشون فيها، وما هي التأثيرات السلبية والظروف الضاغطة على هذا المجتمع التي قد تغلق عقله وتعزل فكره. وتمنعه من الاستماع إلى الحكمة، والاستمتاع بالموعظة الحسنة.

المبحث الرابع: الرسول والشورى

المطلب الأول: مفهوم الشورى

الشورى في اللغة: قال الراغب: التشاور والمشاورة والمشورة: استخراج الرأي بمراجعة البعض إلى البعض من قولهم: شرت العسل إذا اتخذته من موضعه واستخرجته منه، وشرت العسل وأشرته: أخرجته2531.

2526 شرح صحيح البخارى، ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ) ، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض الطبعة: الثانية، 1423هـ - 2003م، 151/1

2527 صحيح البخاري، مع الفتح، 1 / 224- 225، كتاب العلم، باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه فيقعوا في أشد منه، رقم 126.

2528 صحيح البخاري، مع الفتح، 1 / 271 ، كتاب العلم، باب من خص بالعلم قوما دون قوم كراهية أن لا يفهموا.

2529 إحياء علوم الدين، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ)، دار المعرفة – بيروت، د ت، 57/1.

2530 الموافقات، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت ٧٩٠ هـ)، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، تقديم: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1997 م، 71/1.

2531 المفردات في غريب القرآن، ص: 273

وفي لسان العرب: عن ثعلب: أن شار الدابة يشورها شورا وشوارا وشورها وأشارها، كل ذلك: راضها أو ركبها عند العرض على مشتريها، وقيل: عرضها للبيع، وقيل: بلاها ينظر ما عندها، وقيل: قلبها، والتشوير: أن تشور الدابة تنظر كيف مشوارها أي كيف سيرتها، وفي حديث أبي بكر رضي الله عنه أنه ركب فرسا يشوره أي يعرضه، ومنه حديث طلحة رضي الله عنه أنه كان يشور نفسه بين يدي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أي يعرضها على القتل، والقتل في سبيل الله، بيع النفس، وقيل: يشور نفسه أي يسعى ويخفف[2532].

ويستفاد من ذلك أن الشورى في اللغة: هي الأمر الذي يتشاور فيه.

أما الشورى في الاصطلاح فتعني "تقليب الآراء المختلفة ووجهات النظر المطروحة في قضية من القضايا واختبارها من أصحاب العقول والأفهام حتى يتوصل إلى الصواب منها أو إلى أصوبها وأحسنها ليعمل به لكي تتحقق أحسن النتائج"[2533]، أو هي "تبادل الآراء في أمر من الأمور لمعرفة أصوبها وأصلحها لأجل اعتماده والعمل به"[2534].

وقد عرفت كذلك بأنها: "استنباط المرء رأيا فيما يعرض له من الأمور والمشكلات، وهذا التعريف الأخير عام في كل الأمور والمشاكل"[2535].

ولعل أدق تعريف للشورى هو: "استطلاع رأي الأمة أو من ينوب عنها في أمر من الأمور العامة المتعلقة بها بهدف التوصل فيها إلى الرأي الأقرب إلى الصواب الموافق لأحكام الشرع تمهيدا لاتخاذ القرار المناسب في موضوعه"[2536].

المطلب الثاني: الرسول المعصوم والشورى

نفهم دور الشورى في الإسلام، من خلال من يعملون على بناء طاقات المجتمع ومشاريعه، ويتم التواصل والتنسيق بين مختلف مكوناته، بحيث ينتقل العقل من العقل الذاتي المغلق إلى عقل المجتمع؛ لأنَّ الاتصال بين العقول، قد ينتهي إلى أن يكون للمجتمع عقله، ومن خلال هذا التلاقح بين عقول المجتمعات يكون للدولة عقلها.

وهذا الارتفاع يحصل بالشورى، فقد خاطب الله سبحانه وتعالى رسوله بها، في علاقته بأصحابه والمجتمع المحيط به، وفي أيّ أمر من الأمور التي يريد الرسول صلى الله عليه وسلم أن يقرّرها في الدولة.. فقال تعالى:

﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ۖ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَوَكِّلِينَ ۝159 ﴾ [آل عمران: 159]

يقول سيد قطب: "وبهذا النص الجازم: (وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ...) .. يقرر الإسلام هذا المبدأ في نظام الحكم، حتى ومحمد رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي يتولاه. وهو نص قاطع لا يدع للأمة المسلمة شكا في أن الشورى مبدأ أساسي، لا يقوم نظام الإسلام على أساس سواه.. وإن مهمة الشورى هي تقليب أوجه الرأي، واختيار اتجاه من الاتجاهات المعروضة، فإذا انتهى الأمر إلى هذا الحد، انتهى دور الشورى وجاء دور التنفيذ.. التنفيذ في عزم وحسم، وفي توكل على الله، يصل الأمر بقدر الله، ويدعه لمشيئته تصوغ العواقب كما تشاء"[2537].

وهنا نلتفت إلى معنى، وهو أنّ القيادة لا تتخذ أي قرار، إلاّ بعد أن تستجمع آراء الآخرين وتدرسه؛ لأنّ القائد يقرّر ما ينعكس سلباً أو إيجاباً على حياة الأمة في حاضرها ومستقبلها، ولذلك فهو لا يمارس سلطته الشخصية، بل يأخذ برأي من يسدّدون له رأيه، وإذا كان الله سبحانه قد عصم نبيّه صلى الله عليه وسلم عن الخطأ، فإنّ الآية ربما تكون إيحاءً بأنّ رسولنا صلى الله عليه وسلم يريد

2532 لسان العرب، مادة شور، 4/ 436

2533 النظام السياسي في الإسلام، محمد أبو فارس، طبعة دار الفرقان، عمان- الأردن، سنة 1986م، ص: 79

2534 مناهج الشريعة الإسلامية، أحمد محي الدين العجوز، مكتبة المعارف، بيروت،1401هـ- 1981م، 2/ 128

2535 الشورى في الشريعة الإسلامية، القاضي حسين بن محمد المهدي، تقديم: د. عبد العزيز المقالح، دار الكتاب، اليمن، ٢٠٠٦م، ص: 28.

2536 حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، هاني سليمان الطعيمات، دار الشروق للنشر والتوزيع – بيروت، الطبعة الأولى، 2001م، ص: 225.

2537 في ظلال القرآن، 500/4

أنْ يعطي من سيرته القدوة والمنهج لكل المسؤولين من بعده، أن لا يستبد المسؤول بذاتيته أو يضخّم شخصيته، فيتوهّم أنه لا يحتاج إلى عقل الآخرين.

قال الماوردي: واختلف أهل التأويل في أمره لنبيه -صلى الله عليه وسلم- بالمشاورة مع ما أمده به من التوفيق، وأعانه من التأييد على أربعة أوجه:

أحدها: أنه أمره بمشاورتهم في الحرب؛ ليستقر له الرأي الصحيح فيه فيعمل عليه، وهذا قول الحسن.

والثاني: أنه أمره بمشاورتهم تأليفا لهم وتطييبا لنفوسهم، وهذا قول قتادة.

والثالث: أنه أمره بمشاورتهم لما علم فيها من الفضل وعاد بها من النفع، وهذا قول الضحاك.

والرابع: **أنه أمره بمشاورتهم ليستن به المسلمون ويتبعه فيها المؤمنون، وإن كان عن مشورتهم غنيا**، وهذا قول سفيان"[2538].

خـاتمة

إن ما أردته من بحثي "الرسول العقل" هو أنّني أريد أن يؤسّس الفكر الإسلامي من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، إمام الرسل والأنبياء، لنعطي الشخصية الإسلامية القاعدة التي ينطلق من خلالها لتواجه كلّ الأفكار وكل التيارات، فأن تكون مسلماً يعني أن تحكم عقلك فيما يمكن للعقل أن يدركه، لتُحقِّق الامتداد للعلم وللإبداع، وأن يكون القرآن والسنة هو القاعدة التي ينطلق منها ويستند إليها، فكل ما في القرآن الكريم والسنة النبوية هو حركة ومفاهيم قيّمة لا بد للإنسان أن يتدبرها من أجل أن ينمو عقله ويكبر.

وفي نهاية هذا البحث أشير إلى باقة من النتائج التي توصلت إليها والتذكير ببعض كبريات القضايا التي تتطلب دراسة وبذلا:

أولا: إنّ العقل في المفهوم الإسلاميّ، ليس حركة تجريدية في الفكر وإنّما هو حركة ينطلق بها الفكر في العمل ليصل إلى ما يرضي الله سبحانه وتعالى، لتكون حياة الإنسان عقلاً في طاعة الله ولتكون نهايته في نعيم الله، وفي ذلك نفهم كيف نعيش مع رسول الله صلى الله عليه وسلم المفاهيم الإسلامية الأصيلة لتكون لنا زاداً في كل حياتنا مع أنفسنا ومع الله ومع الآخرين.

ثانيا: إن الإنسان المسلم لا بدّ أن ينطلق من عقله لمواجهة القضايا العامّة فيما يمكن أن يدركه عقله، وأن يرجع إلى النبيّ فيما أوحى الله إليه وفيما أراد أن يبيّنه فيما لا يملك العقل الخوض فيه.

ثالثا: إن الله سبحانه وتعالى لا يريد للإنسان أن يجمّد عقله عندما ينطلق في الحياة، بل يريده أن يفكر مع المعصومين (الرسل) الذين يملكون أعلى درجات العلم والعقل.

رابعا: إن الآيات التي تتناول موضوع العقل، تؤكد أن الكفر هو حالة اللاعقل، وانّ الذي يكفر هو الذي لا يستنطق عقله، وإنما يعتمد على ما ورثه عن آبائه أو عن مجتمعه، أو ينطلق من أهوائه الشخصية. وعلاوةً على ذلك، فإنهم ليسوا مستعدين أنْ يدافعوا عن القديم الذي يلتزمون به، أو أن يحاوروا الذين يأتون بجديد على أساس العقل.

خامسا: إنّ الله سبحانه وتعالى يريد للإنسان أن يُحرِّك عقله ليقرأ في كتاب الكون ويلاحظ كل أنظمته وأسراره، وقد أكّد سبحانه على هذه المسألة فيما يمكن أن يدركه الناس من الظواهر الكونية في ما يعيشونه في حياتهم، بما يتطلعون إليه أو بما يتقلّبون فيه، فعلى الإنسان، عندما يدرس الكون، أن يبقى في عملية بحث دائم عن طبيعة هذا الكون من خلال تطوّره العلمي والثقافي.

سادسا: إنّ العالم الذي يعلم الناس أو الداعية الذي يرشدهم، أو السياسي الذي يتحمّل المسؤولية، لا بدّ أن يدرس عقول الناس من حوله، ومستواهم الثقافي، والخلفيات التي تكمن وراء تصوّراتهم وأفكارهم، والمؤثّرات التي يتأثرون بها، والأسلوب الأفضل، لأن تصل من خلاله إلى عقولهم، وهذا هو الذي نتعلمه من الأسلوب القرآني المتميّز بالحكمة.

2538 الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت 450هـ)، دار الحديث، القاهرة، د ت، ص: 80.

سابعا: إنّ الشورى خط إسلامي يشمل كل مواقع الساحة الفكرية والعملية في المجتمع الإسلامي، بحيث يكون أمر المسلمين خاضعاً للشورى التي تفتح أمامهم آفاقاً واسعة للتعرف على المصلحة والمفسدة من خلال الآراء المتنوّعة التي تقدمها حركة التدافع بين الأفكار وتلاقح العقول.

ثامنا: إن رسول الله يحدّث الناس عن العقل بما يجعلهم في مستوى إيمانيّ يتحسّسون معه مسؤوليتهم في إغنائه وتنميته، وفي تحريكه في حياتهم العملية، وحياتهم الفكرية.

تاسعا: إن عقول الناس تختلف، لأنَّ الله سبحانه وتعالى نوَّع الطاقات الإنسانية في طبيعتها وفي حجمها من ناحية سرعة التلقي أو بطئه، وعمق التأمّل أو سطحيّته، وهكذا في الجوانب العلمية والثقافية المتنوّعة التي يتعلّمها الإنسان. والسنة النبوية راعت التفاوت بين الناس في العقل.

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما.

ثبت المصادروالمراجع

المصحف الشريف، بالرسم العثماني، برواية ورش عن نافع.

- الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت 450هـ)، دار الحديث، القاهرة، د ت.
- الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي، علق عليه: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، (دمشق - بيروت)، الطبعة: الثانية.
- إحياء علوم الدين، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ)، دار المعرفة – بيروت، د ت.
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت 1250هـ)، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، دمشق - كفر بطنا، الطبعة الأولى 1419هـ-1999م.
- أصول السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت 483 هـ)، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد بالهند، وصورته دار المعرفة، بيروت، د ت.
- إِكمَالُ المُعْلِمِ بفَوَائِدِ مُسْلِم، عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي، أبو الفضل (ت 544هـ)، المحقق: الدكتور يحْيَى إِسْمَاعِيل، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998 م.
- البدور المضية في تراجم الحنفية، محمد حفظ الرحمن بن محب الرحمن الكُمِلَّائي، دار الصالح، (القاهرة - مصر)، مكتبة شيخ الإسلام (دكا - بنجلاديش)، الطبعة: الثانية، 1439 هـ - 2018 م.
- البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت 478هـ)، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى 1418 هـ - 1997 م.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ)، حققه: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م.
- تاج العروس من جواهر القاموس، الزَّبيدي، مادة عقل، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، د ت.
- تاج العروس من جواهر القاموس، محمّد مرتضى الحسيني الزَّبيدي، مادة: رسل، تحقيق: جماعة من المختصين، من إصدارات: وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت - المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، (1965 - 2001 م).

- التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى : 1393هـ)، الدار التونسية للنشر – تونس، ١٩٨٤ هـ
- تخريج أحاديث إحياء علوم الدين، العِراقي (ت 806 هـ)، ابن السبكى (ت771 هـ)، الزبيدي (ت 1205 هـ)، استِخرَاج: أبي عبد الله مَحمُود بِن مُحَمّد الحَدّاد ، دار العاصمة للنشر – الرياض، الطبعة: الأولى، 1408 هـ - 1987 م.
- ترتيب المدارك وتقريب المسالك، أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت 544هـ)، المحقق: جزء 1: ابن تاويت الطنجي، 1965 م، جزء 2، 3، 4: عبد القادر الصحراوي، 1966 - 1970 م، جزء 5: محمد بن شريفة، جزء 6.7.8: سعيد أحمد أعراب ، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، الطبعة: الأولى، 1981.
- التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت 816هـ)، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، الطبعة: الأولى، 1403هـ-1983هـ
- تفسير الشعراوي – الخواطر، محمد متولي الشعراوي (ت 1418هـ)، مطابع أخبار اليوم، وليس على الكتاب بيانات أخرى.
- التفسير والتأويل في القرآن، صلاح عبد الفتاح الخالدي. الناشر: دار النفائس، الأردن، الطبعة: الأولى، 1416هـ.
- تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية، الشيخ مصطفى عبد الرازق، دار الكتب المصري – القاهرة، مكتبة الإسكندرية، دار الكتب اللبناني، ط1، 2011م.
- التوضيح لشرح الجامع الصحيح، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بـ ابن الملقن، تقديم: أحمد معبد عبد الكريم، دار النوادر، دمشق – سوريا، الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 208 م.
- التوضيح لشرح الجامع الصحيح، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بـ ابن الملقن (804هـ)، المحقق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث بإشراف خالد الرباط، جمعة فتحي، تقديم: أحمد معبد عبد الكريم، دار النوادر، دمشق – سوريا، الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م.
- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384 هـ - 1964 م.
- حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، هاني سليمان الطعيمات، دار الشروق للنشر والتوزيع – بيروت، الطبعة الأولى، 2001م.
- ذم الهوى، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت 597هـ)، تحقيق: خالد عبد اللطيف السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/ 1998م.
- الزاهر في معاني كلمات الناس، محمد بن القاسم بن محمد بن بشار، أبو بكر الأنباري (ت 328هـ)، المحقق: حاتم صالح الضامن، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة: الأولى، 1412 هـ-1992.
- السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي، مصطفى بن حسني السباعي (ت 1384هـ)، المكتب الإسلامي: دمشق - سوريا، بيروت – لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م (بيروت).
- شرح صحيح البخاري، ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ) ، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض الطبعة: الثانية، 1423هـ - 2003م.
- الشورى في الشريعة الإسلامية، القاضي حسين بن محمد المهدي، تقديم: د. عبدالعزيز المقالح، دار الكتاب، اليمن، 2006م
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت 393هـ)، مادة، نبأ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت- لبنان، الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987م.

- العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي ت 458 هـ، حققه وعلق عليه وخرج نصه: د أحمد بن علي بن سير المباركي، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة: الثانية 1410 هـ - 1990 م.
- في ظلال القرآن، سيد قطب، دار الشروق، مصر، الطبعة: 32، 1423هـ/ 2003م.
- الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (ت 1094هـ)، المحقق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت: د ت.
- الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري، محمد بن يوسف بن علي بن سعيد، شمس الدين الكرماني (ت ٧٨٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، د ت.
- مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي- القاهرة، الطبعة: الثانية، د ت.
- مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت ٧٢٨هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ/1995م.
- المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، 1411 – 1990.
- المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م.
- مصابيح الجامع ، محمد بن أبي بكر بن عمر بن أبي بكر بن محمد، المخزومي القرشي، بدر الدين المعروف بالدماميني، وبابن الدماميني (المتوفى: 827 هـ)، اعتنى به تحقيقا وضبطا وتخريجا: نور الدين طالب, دار النوادر، سوريا الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م.
- مفاتيح الغيب، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت 606هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الثالثة - 1420 هـ
- مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (751هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن حسن بن قائد، راجعه: محمد أجمل الإصلاحي- سليمان بن عبد الله العمير، دار عطاءات العلم (الرياض) - دار ابن حزم (بيروت)، الطبعة: الثالثة، 1440 هـ - 2019 م.
- المفردات في غريب القرآن، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى (ت 502هـ)، المحقق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، الطبعة: الأولى ، 1412 هـ
- المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهانى (المتوفى: 502هـ)، مادة عقل، تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، الطبعة: الأولى - 1412 هـ
- مقدمات الإمام الكوثري، دار الثريا، دمشق- سوريا، الطبعة: الأولى، 1418هـ - 1997م.
- المنار المنيف في الصحيح والضعيف، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (751هـ)، المحقق: يحيى بن عبد الله الثمالي، راجعه: أنيس بن أحمد بن طاهر الأندُونيسي - يحيى بن عبد الله الشَّهري، دار عطاءات العلم (الرياض) - دار ابن حزم (بيروت)، الطبعة: الرابعة، 1440 هـ - 2019 م.
- مناهج الشريعة الإسلامية، أحمد محي الدين العجوز، مكتبة المعارف ، بيروت، 1401هـ - 1981م.
- منة المنعم في شرح صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري رحمه الله (261 هـ) الشارح: فضيلة الشيخ صفي الرحمن المباركفوري ، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 1999 م.

- المنخول من تعليقات الأصول، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ)، حققه وخرج نصه وعلق عليه: الدكتور محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر- بيروت لبنان، دار الفكر دمشق – سورية، الطبعة: الثالثة، 1419 هـ - 1998 م.
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبوزكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي "ت 676" دار احياء التراث العربي، بيروت الطبعة الثانية 1392.
- الموافقات، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت 790 هـ)، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، تقديم: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1997 م.
- النبوات، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت 728هـ)، المحقق: عبد العزيز بن صالح الطويان، أضواء السلف، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1420هـ/2000م
- النظام السياسي في الإسلام، محمد أبو فارس، طبعة دار الفرقان، عمان- الأردن، سنة 1986م
- هكذا ظهر جيل صلاح الدين وهكذا عادت القدس، الدكتور ماجد عرسان الكيلاني، الطبعة الثالثة، دار القلم، الإمارات العربية المتحدة، 1422هـ - 2002م.

ISSN:2509-0291
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

المتواطئ معقد من معاقد الخلاف الكلامي بين السلفية المعاصرة و بين الأشاعرة.

"توصيف لا تصنيف"

The complicity is a complex issue of theological disagreement between contemporary Salafism and the Ash'aris.

"Description, not classification"

الدكتور: عادل قيبال

أستاذ محاضر مؤهل بجامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والسياسية،

. أستاذ محاضر مؤهل بمدرسة العلوم الإسلامية (جامعة القرويين)/خريج دار الحديث الحسنية

الدكتور: يوسف سبيعي

أستاذ مادة التربية الإسلامية بالسلك الثانوي التأهيلي

خريج جامعة القاضي عياض-مراكش كلية الآداب والعلوم الإنسانية

ملخص

إن أصل المعنى أو القدر المشترك بين صفات الخالق وصفات المخلوق الذي تثبته المدرسة السلفية المعاصرة يوهم التشبيه، وهو تشابه في أمور **وجودية، وقضايا عينية مشخصة**، وليست **ذهنيات أو قضايا اعتبارية** بحتة، وهذا مُفاد النصوص المنقولة عن السلف الصالح. فهي تنفي أي تشابه **وجودي** بين الخالق والمخلوق وغير ذلك مما هو من مخرجات إعمال آلية التواطئ في فهم مدلولات نصوص الصفات الخبرية، خاصة ما كان منها من قبيل الأعيان= التي هي نظير الأبعاض **والآلات**..و إن حمل قوله تعالى﴿**ليس كمثله شيء**﴾ على نفي التمثيل لا على نفي التشبيه ناتج عن التفرقة الاصطلاحية بينهما، و هو من باب حمل مدلولات الكتاب والسنة على الاصطلاحات الحادثة، وهو **ممنوع** عند الفريقين **اتفاقا**

Abstract

The origin of the meaning or the common denominator between the attributes of the Creator and the attributes of the creature that the contemporary Salafi school affirms suggests likeness, and it is a similarity in existential matters and not purely mental matters, and this is the meaning of the texts transmitted from the righteous predecessors. They deny any similarity between the Creator and the creature and other than that which is from the outputs of the application of the mechanism of collusion in understanding the implications of the texts of the descriptive attributes, especially what was from them of the type of entities = which are similar to parts and tools.. And if the statement of God Almighty: {There is nothing like Him} is interpreted as negating representation and not negating likeness, it results from the technical distinction between them, and it is from the category of interpreting the implications of the Book and the Sunnah on the newly-created terminologies, and it is forbidden by both groups by agreement.

مقدمة

تعتبر دلالات االألفاظ من أكثر مشمولات الأصوليين و المناطقة و المتكلمين بالمباحثة و المفاتشة- كل من وجهة اهتمامه و تخصصه -، باعتبارها ركيزة لاستثمار مُفاد النص الشرعي، و من أهمها في الدرس العقدي عند المتكلمين" دلالة اللفظ على مصاديقه"..

و تشغل المطارحات الكلامية بين السلفية المعاصرة و بين مخالفيهم من الأشاعرة و الحنابلة "**الجدد**"-كما يسمونهم- حيزا عظيما، تأليفا و مناظرة، يغلب عليها لهجة اللدد و اللجج و المناكفة، و يدور رحاها حول حدود التشابه بين الخالق و المخلوق، الذي يعد المتواطئ مفصلا من مفصلياته، و معقدا من معاقده.

و لمزيد توضيح، آثرت التمهيد ببيان دلالات الألفاظ على مصاديقها لانبناء قضية البحث عليها، و تحرير محال الائتلاف و الاختلاف بين هذين الاتجاهين:

دلالات الألفاظ باعتبار مصاديقها:

ينقسم اللفظ باعتبار دلالاته على مصاديقه –إجمالا-إلى قسمين:

الجزئي: فهو الذي يدل على واحد بعينه، و يمنع نفس تصوّره من وقوع الشركة فيه، كالاسم العلم ويسمي النحويون الكلي نكرة، ويسمون الجزئي معرفة.

الكليُّ: و هو الذي لا يمنع تصور معناه من تعدده، فهو الَّذِي لاَ يَمْنَعُ نَفْسُ تَصَوُّرِ مَفْهُومِهِ مِنْ وَقَوعِ الشَّرِكَةِ فِيهِ . سواء وجد في الوجود متعددًا كالإنسان، أو واحدًا كالشمس، أو لم يوجد في الوجود، فإن الاعتبار هنا من جهة تصوره في الذهن.2539

افراد الكلي :

وينقسم الكلي إلى قسمين من حيث أفراده (لا من حيث المفهوم الى مشكك و متواطئ.

فالمتواطئ : ما دل على معنى كلي تشترك فيه مصاديقه على جهة التوافق و التساوي؛ كلاشتراك في مفهوم "**الانسان**"؛ فهو مفهوم كلي لا تتفاوت مصاديقه في انطباقه عليها بوجه من الوجوه.

و المشكك : فهو **الكلي** المتفاوت أفراده في صدق مفهومه عليها، خلافا المتواطئ؛ كمفاهيم الألوان، و الأحجام..

و إلى **مشترك لفظي**، باعتبار المفهوم؛ و هو ما اتحدت مصاديقه في الاسم، دون المسمى؛ كلفظ (**زحل**) للكوكب، و للرجل المسمى زحلا، بلحاظ اختلاف الماهيتين، و انتفاء المعنى الكلي المشترك المصحح لإطلاق نفس الاسم عليهما.2540

و هذان القسمان هما المقصودان في هذا المقال، باعتبارهما معقدا من معاقد الخلاف بين ابن تيمية-رحمه الله تعالى-و متابعيه من السلفية المعاصرة ، و بين مخالفيهم من الماتوريدية، و الحنابلة، و الأشاعرة، و مفصلا من مفصليات الجدل في الدرس العقدي عند الفريقين.

فابن تيمية-رحمه الله تعالى-و متابعوه من السلفية المعاصرة، يعتبرون مدلولات نصوص الصفات من قبيل المتواطئ(المشترك المعنوي)، الذي تتفق مصاديقه في انطباق معناه الكلي(=أصل المعنى ، أو المعنى الكلي..)، توافقا متساويا أو مشككا في أفراده ، و هو ما يعبرون عنه ب"**القدر المشترك**"= المقتضي تشابها ذهنيا جزئيا بين الخالق و المخلوق، أو بعبارة أخرى، يقتضي مطلق التشابه، لا التشابه المطلق.

2539 - معيار العلم: ص 43-44، المحصول:302/1،الإحكام للآمدي:14/1، شرح نتقيح الفصول للقرافي: ص27، نهاية الأصول للصفي الهندي:129/1-130 شرح الخصيبي على التفتازاني: ص31، شرح الكوكب المنير:132/1.

2540 - المعالم للرازي:ص36، الإحكام للآمدي:14/1، شرح نتقيح الفصول للقرافي: ص30-31، نهاية الأصول للصفي الهندي:137/1-138 شرح الكوكب المنير:133/1-135.

ISSN:2509-0291

و أما مخالفوهم من الماتوريدية و الحنابلة و الأشعرية، فيعتبرونها من قبيل المشترك اللفظي= الذي تشترك فيه مصاديقه في **الاسم** دون **المسمى**، أو من قبيل المشترك المعنوي= الذي تشترك فيه مصاديقه فيما هو خارج عن **الماهية**، كالسلوب، و الآثار، أو غيرها من الأمور الاعتبارية.. بخلاف الاشتراك في الأمور **الوجودية** الذي ينسبونه **للسلفية**؛ لكونه موجبا لاشتراك الخالق (واجب الوجود) و المخلوق(الممكن الحادث)، فيما يجب، و ما يستحيل، و ما يجوز، و هو أمر **اتفق الفريقان على استحالته**، و دونكم توضيح ذلك عرضا و مناقشة من حيث النظر والتطبيق:

1- العرض

أولا- الجانب النظري: اعتبار السلفية دلالات ألفاظ الصفات من قبيل المتواطئ القاضي بالتشابه بين الخالق و المخلوق، و أهم محدداته:

1-النقول المؤكدة لاعتبار ألفاظ الصفات من قبيل المتواطئ :

النص الأول:

"**[المقصود بالمطلق الذي به يفهم الخطاب]** ، وقوله: (ولكن العقل يفهم من المطلق قدراً مشتركاً بين المسميين): هذا هو ما نسميه: **بالمسمى الكلي المطلق**، والمطلق هو المعنى الكلي الذي يفهمه **العقل** من اسم الحي وما إلى ذلك. فإذا قيل: الحي، أو السمع، أو اليد، فإن **العقل** يفهم لكل كلمة **معنى كلياً**، وهذا من بدهيات العقول، وهو المقصود بكلام المصنف أن هذا الكلي العام غير المضاف به يفهم الخطاب..قال المصنف رحمه الله: [**ولابد من هذا في جميع أسماء الله وصفاته، يفهم منها ما دل عليه الاسم بالمواطأة والاتفاق، وما دل عليه بالإضافة والاختصاص، المانعة من مشاركة المخلوق للخالق في شيء من خصائصه سبحانه وتعالى**]. بين المصنف رحمه الله أنه **لابد من تطبيق المنهج** الذي ذكره في مسمى (الوجود) في جميع أسماء الله **وصفاته**، ثم قال: (يفهم منها ما دل عليه الاسم **بالمواطأة والاتفاق**)، ومقصوده هنا أن يمنع أن يكون الاشتراك اشتراكاً **لفظياً**، وهذا التواطؤ هو تواطؤ كلي **ذهني**، ومن قال: إنه **تواطؤ إضافي**، فهو **مشبه** لله تعالى بخلقه، والمصنف هنا يقول: إنه كلي ذهني لا **يوجد في الخارج**، وإنما به **يعقل الخطاب**؛ لأن الله تعالى عندما يقول عن نفسه: {وَهُوَ السَّمِيعُ البَصِيرُ} [الشورى:١١] والقرآن نزل **بلسان العرب**، فهناك **معنىً كلي** عن السمع وعن البصر يفهم **من لسان العرب**، فيقول المصنف: إنه لو قيل: **إنه مشترك لفظي محض**، لصار **فقه** معنى أسماء الله تعالى **وصفاته غير ممكن**"[2541]

النص الثاني:

(وقد يقول قائل :لماذا نقول: إن ثمة اشتراكاً في الاسم **المطلق الكلي** الذي يحمله **الذهن**؟

والجواب :أن هذا ليفهم الخطاب، فإن اسم الوجود في حق الله وحق المخلوق مقول بقدر من التواطؤ الكلي، وليس مقولاً **بالاشتراك اللفظي**؛ لأنه لو قيل أنه مقول بالاشتراك اللفظي المحض؛ لكان هذا مما يوجب **عدم فقه الخطاب**، فلا يُعلم ما **معنى وجود الله** سبحانه وتعالى.

2541 - كتاب شرح القواعد السبع من التدمرية، ص12-13- اتباع المنهج السابق في جميع أسماء الله وصفاته.

ISSN:2569-0291

إذاً :**هـذه الأسـماء مقولـة بـالتواطؤ** الكلي، ولـذلك قيـل :إن ثمـة اشـتراكاً في المسـمى في وجهـه الكلي المطلـق الـذهني الـذي **لا** يوجـد في **الخـارج**، والتبـاين يكـون في المسـمى عنـد إضـافته **وتخصيصـه**، وهـذا هـو الـذي يوجـد في **الخـارج**.

إذاً :هناك وجهان:

الأول :أن يكون الاشتراك في الاسم.

الثاني :أن يكـون الاشـتراك في **المسـمى الكلي الـذهني المطلـق**، وهـذا معنىً عـام **غير مخصـص** ولا مضـاف، والاشـتراك فيـه **ليفقـه الخطـاب**، فمـثلاً :**السـمع** في حـق الإنسـان هـو **إدراك المسـموع**، ولا يمكـن أن يكـون السـمع في حـق الله تعـالى معنىً بعيداً عن هذا المعنى العام).2542

النص الثالث:

"الجـواب الثالـث :أن يقـال هـب أنـه حصـل بـين المسـميين قـدر مشـترك هـو مـا اتفقـا فيـه، وهـو **المعنى العـام الكلي**، لكـن **هـذا المعنى العـام الكلي** لا يكـون كليـا إلا في **الـذهن** لا في **الخـارج**، لكـن **مـا كـان لازمـا لهـذا المعنى العـام كـان لازمـا للموصـوف بـه، وهـذا لا محـذورفيـه، بـل هـو حـق**، فـإذا كـان الخـالق موجـودا والمخلـوق موجـودا، أو هـذا قـائم بنفسـه وهـذا قـائم بنفسـه، أو قيـل: هـذا حي عليـم رحـيم، وقيـل: هـذا حي عليـم رحـيم، كـان القـدر العـام الكلي المتفـق هـو مسـمى الوجـود والقيـام بـالنفس والحيـاة والعلـم والرحمـة أو مسـمى أنـه موجـود قـائم بنفسـه حي عـالم رحـيم .وهـذا **المعنى العـام لـيس مـن لوازمـه مـا ينفـى عـن الله**، بـل لوازمـه كلهـا **صـفات كمـال** يوصـف الله بهـا، وإنمـا يكـون لوازمـه صـفة **نقـص إذا قيّـد بالعبـد** فقيـل: وجـود العبـد وعلـم العبـد ورحمـة العبـد، فـالنقص يلزمـه إذا كـان مقيـدا مختصـا بالعبـد، **والله منـزه عمـا يخـتص بـه العبـد** .وأمـا إذا اتصـف الـرب بـه أو أُخـذ مطلقـا غير مخـتص بالعبـد ففي هـذين الحـالين **لا يلزمـه شـيء من النقائص** أصلا، فتبين أن إثبات القدر العام المتفق عليه لا محذور فيه أصلا"2543

النص الرابع:

"فالأسـماء المتواطئـة إنمـا تقتضـي أن يكـون بـين المسـميين قـدرا مشـتركا، وإن كـان المسـميان مختلفـين أو متضـادين... و مـن فـرق بـين صـفة وصـفة مـع تسـاويهما في أسـباب الحقيقـة والمجـاز كـان متناقضـا في قولـه، متهافتـا في مذهبـه، مشـابها لمن آمن ببعض الكتاب وكفر ببعض." 2544

النص الخامس:

"(وبعـد إثبـات الأسـماء **والصـفات**؛ فـلا بُـدَّ أن يُعلـم بأنهـا تَـدل ويُفهـم مـن معانيهـا) **:قَـدْرٌمشـترك تتواطـأ** - (أي :تتفـق) -فيـه المسـمَّيات.(مثـال ذلـك :إذا قلنـا» :اللهُ موجـودٌ«؛ فإنـه يـدل على قـدر مشـترك يـدل على مطلـق الوجـود، وهـو مسـمى الاسـم المطلـق» :وجـود، أو :موجـود«، فـنفهم مـن قولنـا» :اللهُ موجـودٌ :«المعنـى العـام الكلـي المشـترك للفـظ» :الوجـود«، كمـا نفهـم منهـا :مـا يـدل عليـه **التخصـيص** والإضـافة إلى الـرب تعـالى؛ مثـل :كـونِ وجـودِه: واجبـاً، قـديماً، ونحـو ذلـك.ولا بـدَّ مـن هـذا **القـدر المشـترك** الـذي **تتفـق** فيـه **المسـميات، ولـولا ذلـك لمـا فهـم الخطـاب**، فـإذا قرأنـا قولـه تعـالى: ﴿اللّهُ لَا إِلَـهَ إِلاَّ هُـوَ الْحَيُّ الْقَيُّـومُ﴾ [البقـرة: ٢٥٥] فـنفهم مـن قولـه: ﴿الْحَيُّ﴾ **قَـدْراً مشـتركاً، ومعنى عامـاً**، هـو: مسمى **الاسم المطلق** للفظ: ﴿الْحَيُّ﴾، وهو: كونه ذو حياةٍ، والحياةُ ضد الموت".2545

النص السادس:

2542 - - كتاب شرح القواعد السبع من التدمرية، ص7 .

2543 - الصفدية 2 / 9.

2544 - مجموع الفتاوى 5/210- 212.

2545 - كتاب شرح العقيدة التدمرية البراك: ص211.

"**والتماثل** الذي فسرتموه بأنه يجوز على أحدهما ما يجوز على الآخر، ويمتنع عليه ما يمتنع عليه، ويجب له ما يجب له ومعلوم أن إثبات التشبيه بهذا التفسير مما لا يقول عاقل يتصور ما يقول، فإنه يعلم بضرورة العقل امتناعه، ولا يلزم من نفي هذا نفي التشابه من بعض الوجوه، كما في الأسماء والصفات المتواطئة".2546

النص السابع:

"ولولا أن هذه الأسماء والصفات تدل على **معنى مشترك كلي** يقتضي من **المواطأة** والموافقة **والمشابهة** ما به نفهم ونثبت **هذه المعاني** لله؛ **لم نكن قد عرفنا عن الله شيئاً** ولا صار في قلوبنا إيمان به ولا علم ولا معرفة ولا محبة ولا إرادة لعبادته ودعائه وسؤاله ومحبته وتعظيمه.فإن جميع هذه الأمور لا تكون إلا مع العلم، ولا يمكن للعلم إلا بإثبات تلك المعاني التي فيها من الموافقة **والمواطأة** ما به حصل لنا ما حصل من العلم لما **غاب عن شهودنا**.وهذا القدر المشترك **الضروري** هو **وجه الشبه** بين ما يقال على **الله** تعالى من الأسماء وعلى **المخلوق** "وكون **الله شبيهاً بخلقه** من بعض الوجوه **متفق عليه بين سائر المسلمين** لاتفاقهم على أن الله تعالى موجود وشيء **وعالم وقادر، فما من موجود إلا وله شبيه من بعض الوجوه**، لاشتراكهما في الوجود".2547

النص الثامن:

"قال المصنف رحمه الله :(فيقال له: **وهكذا القول في جميع الصفات، وكل** ما نثبته من الأسماء **والصفات** فلا بد أن يدل على **قدر مشترك تتواطأ** فيه المسميات).

لقد سبق أن علق المصنف على هذا الأمر في أكثر من موضع، وهو ما يقال عنه :**الاشتراك في المسمى الكلي الذهني**، وهنا يثبت المصنف هذا الأمر، **والأئمة** يثبتونه كذلك، وإثباته لا يحتاج إلى أن يُصرح به فلان وفلان؛ لأنه ضرورة عقلية. وهذا **الكلي الذهني** يقول عنه المصنف :**ليس هو التشبيه الذي نفته النصوص**؛ بل هذا **التواطؤ الكلي الذهني** هو قدر عام غير مخصص **يحمله الذهن**، به يُفقه ويُفهم الخطاب.مثلاً :قول الله سبحانه وتعالى:وَلَمَّا جَاءَ مُوسَى لِمِيقَاتِنَا وَكَلَّمَهُ رَبُّهُ "الأعراف:١٤٣. عندما يقرؤه من يعرف **اللسان العربي** سوف يفهم من كلمة) التكليم (معنى، هذا المعنى يقول المصنف :إنه يتحصل **إدراكه وفقهه من هذا الكلي الذهني**، وإذا عدم هذا الكلي الذهني **امتنع فقه الخطاب**.

وقوله) :فلا بد أن يدل على **قدر مشترك تتواطأ** فيه المسميات. ليتضح المعنى نقول :**تواطؤاً كلياً ذهنياً**، أما **التواطؤ** المخصص، أو **التواطؤ الإضافي**، فإنه هو **التشبيه الذي نفته النصوص**.. لكن نقول :إن باب المخصص **وباب المضاف هو التشبيه الذي نفته النصوص، فلابد** إذاً أن تتواطأ **تواطؤاً** كلياً **ذهنياً**. قال رحمه الله قال رحمه الله: [**ولولا ذلك لما فهم الخطاب**، ولكن نعلم **أن ما اختص الله به وامتازعن خلقه أعظم مما يخطربالبال**، أو يدور في الخيال)".2548

النص التاسع:

"ولولا أن هذه الأسماء والصفات تدل على معنى مشترك كلي، يقتضي من المواطأة والموافقة والمشابهة ما به نفهم ونثبت هذه المعاني لله، لم نكن قد عرفنا من الله شيئاً. ولا صار في قلوبنا أيمان به ولا علم ولا معرفة ولا محبة ولا إرادة لعبادته ودعائه وسؤاله وتعظيمه.قال الشيخ (ومن فهم هذه الحقائق الشريفة والقواعد الجليلة النافعة، حصل له من العلم والمعرفة والتحقيق والتوحيد والإيمان، وانجاب عنه من الشبه والضلال)".2549

النص العاشر:

2546 - كتاب شرح التدمرية الخميس - الأصل الأول التوحيد والصفات: ص186.

2547 - كتاب شرح التدمرية الخميس - الأصل الأول التوحيد والصفات: ص186.

2548 - شرح القواعد السبع من التدمرية - الاشتراك في المسمى الكلي الذهني: ص32.

2549 - التحفة المهدية شرح العقيدة التدمرية ص207.

"وقوله" فلابد في آخر الأمر من أن يثبت موجودا واجبا قديما متصفا بصفات تميزه عن غيره" الخ ... معناه أن هؤلاء الذين ينفون شيئا فرارا من محذور، لابد وأن يثبتوا شيئا يمتاز به الخالق عن المخلوق- ككونه سبحانه موجودا **قائما بنفسه**- وأن وجوده **لا يماثل** وجود خلقه، وأن قيامه بنفسه لا يماثل قيام المخلوقين بأنفسهم، فإنه **سبحانه غني عما سواه**، والخلق مفتقرون إليه، فإذا اثبت **المعطل** هذه **الصفات** لله قيل له- فيجب أن تقول هذا **في سائر الصفات- فالباب واحد**، ومهما أثبت من وصف لله فلا بد أن يدل على قدر **مشترك** بين الخالق والمخلوق، بحيث يتفقان فيه عند **الإطلاق**، فإنك لابد أن تثبت لله وصفا ككونه شيئا موجودا، فالشيء والوجود يتصف به كل من الخالق والمخلوق، **ولولا أننا نفهم قدراً مشتركا** بين **الخالق والمخلوق** في **مسمى** الشيء والوجود ونحو ذلك **لما فهمنا ما خاطبنا الله به**.. **وهكذا سائر الصفات**، لكننا نعلم أن ما **يضاف إلى المخلوق من الأوصاف هو على ما يناسب ذاته ويليق به، وما يضاف إلى الله من حقائق** أسمائه ونعوت جلاله هو **أعظم مما يخطر ببال إنسان** أو يدور في خلده".2550

النص الحادي عشر:

"ومعلوم أن إثبات التشبيه بهذا التفسير مما لا يقوله عاقل يتصور ما يقول، فإنه يعلم بضرورة **العقل** امتناعه، ولا يلزم من نفي هذا نفي **التشابه** من بعض الوجوه، كما في الأسماء **والصفات المتواطئة**".2551

النص الثاني عشر:

"وشبه الشيء بالشيء يكون لمشابهته من بعض الوجوه ، وذلك لا يقتضي التماثل الذي يوجب أن يشتركا فيما يجب ويجوز ويمتنع ، وإذا قيل هذا حيّ عليم قدير ، وهذا حيّ عليم قدير فتشابها في مسمى الحي والعليم والقدير ، لم يوجب ذلك أن يكون هذا المسمى **مماثلاً** لهذا المسمى فيما يجب ويجوز ويمتنع . بل هناك ثلاثة أشياء:

أحدها :**القدر المشترك** الذي تشابها فيه وهو **معنى كلي لا يختص به أحدهما**.

والثالث: ما يختص به العبد في الحياة والعلم والقدرة ونحو ذلك فما **اختص به الرب** عز وجل لا يشركه فيه العبد ولا يجوز عليه شيء من **النقائص** التي تجوز على صفات العبد وما يختص به **العبد** لا يشركه فيه الرب ولا يستحق شيئا من صفات الكمال التي يختص بها الرب عز وجل. وأما **القدر المشترك** "وهو المعنى الثابت في **ذهن** الإنسان" فهذا لا يستلزم خصائص الخالق ولا خصائص المخلوق **فالمماثلة** تقتضي **المساواة من كل وجه** بخلاف **المشابهة**".2552

النص الثالث عشر:

" **ش**: يقول الشيخ بعد ما سبق من البحث مع **طوائف المبتدعة** ومناقشتهم ... فإنه ما من شيئين إلا **وبينهما قدر مشترك** "**هو المعنى العام**" وقدر مميز هو ما يختص به كل منهما وقد سبق الكلام على هذه المسألة: وحينئذ إذا قال **المعطل** إثبات **الصفات** يقتضي تشبيه الله بخلقه: قيل له إن أردت أن إثبات الصفات يقتضي تشبيه الله بخلقه: قيل له إن أردت أن إثبات الصفات تقتضي المشابهة من كل وجه فهذه دعوى غير صحيحة، وإن أردت أن المشابهة تحصل من وجه هو **الاتفاق في الاسم وفي المعنى** العام دون وجه هو ما يمتاز به أحدهما عن الآخر فيجب أن تقول هذا في سائر **أسماء الله وصفاته**. وهذا **الإلزام** شامل **للأشاعرة والمعتزلة والجهمية**".2553

النص الرابع عشر:

2550 - التحفة المهدية شرح العقيدة التدمرية ص87 .
2551 - شرح التدمرية ناصر العقل ص4 .
2552 - كتاب التحفة المهدية شرح العقيدة التدمرية ص7 .
2553 - كتاب التحفة المهدية شرح العقيدة التدمرية 2/ ص5 .

"وأهل **السنة والأشاعرة** والمعتزلة **وسائر المسلمين** على أن لفظ الوجود من الألفاظ **المتواطئة** ، **فالأصل** في الألفاظ أن تكون **متواطئة** ، وأما **الاشتراك اللفظي** فهو خلاف الأصل تحدّث المؤلف عن أهمية هذا الأصل ، فقال : (إنه ينفع في عامة العلوم ، فلهذا يتعدد ذكره في كلامنا بحسب الحاجة إليه ، فيحتاج أن يفهم في كل موضع يحتاج إليه، وبسبب الغلط فيه **ضل طوائف** من الناس)"2554

النص الخامس عشر:

" بيّن المؤلف **منشأ الضلال** في هذا الأصل ، فقال : " ومنشأ **ضلال** هؤلاء كلهم أنهم يأخذون القدر المشترك بين الأعيان ، وهو الجنس اللغوي ، فيجدونه واحداً في الذهن ، فيظنون أن ذلك هو وحدة عينية ، ولا يميّزون بين الواحد بالجنس ، والواحد بالعين ، وأن **الجنس العام المشترك لا وجود له في الخارج** ، وإنما يوجد في الأعيان المتميزة" .2555

2- النقول المصرحة بإثبات التشابه بين الخالق و المخلوق من خلال بعض المدونات المعتمدة في الدرس العقدي:

النص الأول:

"وإذا نظرنا إلى نصوص الكتاب والسنة **لم** نجد فيهما ما يدل على نفي **المشابهة**، إنما الذي في الكتاب والسنة هو **نفي المثلية**: {لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ} [الشورى:١١] ، ولذلك ذهب جماعة من المحققين من أهل العلم: إلى أن الذي ينفى عن الله عز وجل هو **المثل لا الشبيه**؛ وذلك أنه جل وعلا أخبرنا **بصفات** عن نفسه، وهذه الصفات نحن لا ندرك **كيفيتها**، وإنما **نعقل معناها ونفهم معناها لما أدركناه في المشاهدة** مما هو **شبيه** لها، والمشابهة ليست في الصفة التي اتصف بها الله جل وعلا، بل هي في أصل الصفة"2556.

النص الثاني:

"نفي التشبيه على الإطلاق لا يصح ؛ لأن كل موجودين فلا بد أن يكون بينهما قدر مشترك يشتبهان فيه ، ويتميز كل واحد بما يختص به"2557.

النص الثالث:

" وإن أردتَ التشبيه المطلق **من كلّ وجه** فهذا لغو بمعنى **أنّ الله تعالى لا يشابه الخلق في أي شيء فهذا غلط!** , لأنه لا بد من الاشتراك في أصل المعنى".2558

النص الرابع:

"لهذا **لم يُطلق أكثر السلف نفي التشبيه**، وإنما أطلقوا **نفي التمثيل**؛ لأنَّ الله - جل جلاله – قال:(ليس كَمِثْلِهِ شَيْءٌ). **ولفظ التشبيه لم يرد فيه النفي في الكتاب ولا في السنة** فيما أعلم، وإنما ورد لفظ التمثيل..

وفرق ما بين التمثيل وبين التشبيه:

-فالتمثيل :معناه المساواة هذا مثل هذا؛ يعني يساويه في صفة أو في صفات.

-أما التشبيه فهو من التَّشَابه، **وقد يكون التشابه كاملاً، فيكون تمثيلاً**، وقد يكون **التشابه ناقصاً** فيكون في كلّ المعنى أو في **أصل المعنى** على نحو ما فَصَّلْتُ لك. **فإذاً إذا قيل لا نُشَبِّه فلا يندرج في ذلك إثبات أصل المعنى، يعني**

2554 - الدرء 216/1 .
2555 - درء تعارض العقل و النقل: 120/4 .
2556 - كتاب شرح العقيدة الطحاوية خالد المصلح. ص2.
2557 - فتاوى محمد بن صالح: 770/10.
2558 - مجموع فتاوى محمد بن صالح: 247/6.

التشـابه في المعنى.لأنـه لا يسـتقيم إثبـات الصـفات إلا بمشـابَهَةٍ في المعنى، ولكـن لـيس مُشَـابَهَة في كـل المعنى، ولا في الكيفيـة؛ لأن هـذا تمثيـل .فلهـذا لا يُطلـق النفي للتشـبيه، لا نقـول التشـبيه منتفيـا مطلقـاً، كمـا يقولـه مـن لا يحسـن، بـل يقـال التمثيـل منتـفٍ مطلقـا.أمـا التشـبيه فنقـول :التشـبيه منتـف؛ فـالله .لا يماثلـه شـيء ولا يشـابهه شـيء.وينصـرف هـذا النفي للتشبيه في الكيفية أو في تمام المعنى في كماله"2559.

3- محـددات القـول بالاشـتراك المعنـوي المقتضـي للتشـابه الجزئـي بـين الخـالق و المخلـوق المسـتفادة ممـا سـلف مـن النقول:

1- مدلولات نصوص الصفات معان كلية مشتركة بين مصاديقها اشتراكا معنويا.

2- لا بد في فهم الألفاظ المتواطئة من انتزاع المعنى الكلي ، و لولا ذلك لما فهمت مدلولات الخطاب عموما.

3- ما نثبته لله تعالى من معاني الصفات فرع عن فهم نظيره في الموجودات **المشاهدة و المحسوسة**.

4- المعاني الكلية منتزعة بالعقل، بل هي ضرورة عقلية.

5-المعاني الكلية ذهنية، و ليست خارجية.

6- لا يوجـد في خـارج الـذهن(=الشـاهد) إلا المشخصـات، و هي مـا يخـتص بـه الموصـوف عـن غيـره مـن مصـاديق المعنى الكلي.

7- كـل مـا في خـارج الـذهن مـن المصـاديق المدركـة بـالحس و المشـاهدة محـدثات تناسـب نقـص المخلـوق الممكـن، غير لائـق بالله الواجب تعالى، منافية لقدمه.

8- تفويض السلف الصالح لكيفية الصفات فرع عن إدراكهم لمعانيها.

9- عدم اشتغال السلف الصالح بتأويل الصفات دليل على عدم استشكالهم لمدلولاتها في حق الله تعالى.

10- نفي المعاني الكلية عن الله تعالى تعطيل محض، و ضلال و إلحاد في صفات الله تعالى.

11- نصوص الصفات **كلها** محكمة لا اشتباه فيها، فهي معلومة المعنى.

12- كل ما يلزم من هذه المعاني الكلية فهو حق؛ لأن لازم الحق حق .

13- المعنى الكلي لا محـذور فيـه، و لـيس ممـا يسـتحيل في حـق الله تعـالى؛ لأنـه لا يتضـمن نقصـا، و لا يعـارض كمـال الله تعالى.

14- المعنى الكلي(=التشـابه الجزئـي)لـيس ممـا نفتـه نصـوص التنزيـه، كقولـه تعـالى"ليس كمثلـه شـيء" ، بـل المنفـي هـو التشابه من كل وجه، و هو التماثل، الذي يوجب أن يشتركا فيما يجب ويجوز ويمتنع.

15 - لا فرق بين الصفات العقلية و الصفات الخبرية في اطراد قاعدة المعنى الكلي.

3- نموذج تطبيقي لفهم نصوص الصفات وفق هذه المحددات: "صفة اليد".

-اعتبارها صفة محكمة=معلومة المعنى و المقتضى.

✦يقـول أحـد البـاحثين عـن معنى اليـد عنـد السـلف الصـالح: (..أئمـة **السـلف** يـدركون **معناهـا** و يـدرنون **مقتضـياتها**..) 2560.

- حملها على المعنى اللغوي، و المعروف في الحس و المشاهدة.

2559 - شرح العقيدة الطحاوية صالح آل الشيخ. ص169.

2560 - العقود الذهبية:1/312-313.

✦و يشهد لذلك تقرير لبعض شراح لمعة الاعتقاد قائلا:(فدل على أن قوله(بيدي) تثنية **يد** الحقيقية، كما يفهم هذا من المعنى **اللغوي** في **الحس**).2561

- اعتبارها من صفات الأعيان، و هي ما يقابل الأعضاء و الأبعاض عند المخلوق.

✦ " ومعلوم أن **اليد** والوجه بالمعنى الذي ذكروه مما لا يقبله الوهم والخيال «، فإذا كان هذا قوله فمعلوم أن هذا القول الذي حكاه هو قول من يثبت هذه بالمعنى الذي سماه هو» أجزاءً، وأبعاضًا «فتكون هذه صفات **قائمة بنفسها، كما** هي قائمة بنفسها في **الشاهد**، كما أن العلم والقدرة قائم بغيره في **الغائب والشاهد، لكن لا تقبل التفريق والانفصال**، كما أن علمه وقدرته لا تقبل الزوال عن ذاته، وإن كان المخلوق يمكن مفارقة ما هو قائم به، وما هو منه يمكن مفارقة بعض ذلك بعضًا، فجواز ذلك على المخلوق لا يقتضي جوازه على الخالق، وقد علم أن الخالق ليس مماثلًا للمخلوق، **وأن هذه الصفات وإن كانت أعيانًا**، فليست لحمًا ولا عصبًا ولا دمًا ولا نحو ذلك، ولا هي من جنس شيء من المخلوقات"2562

✦ و يقول بعض شراح "**الواسطية**" لابن تيمية: "حقيقة مذهب السلف في اليدين: يعتقد السلف أن لله تعالى يدين ذاتيتين حقيقيتين...فصفة اليدين عند أئمة **السلف** صفة **عينية**، و ليست معنوية...أن أئمة **السلف** يدركون **معناها** و يدرنون مقتضياتها.."2563

- اعتبارها في معنى "الأبعاض و الأجزاء" مع نفي جواز الانفصال؛ لأنه من خصائص المخلوقين.

✦ و يشهد لذلك قول بعض شراح "**الشافية الكافية**" لابن قيم الجوزية:

(**(يتقدس الرحمن جل جلاله ***عنها و عن أعضاء ذي جثمان)**: و كلام المؤلف -رحمه الله- هنا موهم، لأن قوله:(عن **أعضاء** ذي جثمان) يشمل الوجه و **اليد** و العين و القدم و الساق، فإن هذه من أعضاء الجسم، **فهل الله منزه** عنها؟

الجواب: إن نظرنا إلى ظاهر كلام المؤلف قلنا إنه يدل على ذلك، لكن لعلمنا بحال المؤلف و أنه يثبت هذه **الصفات** لله عز و جل، و هي: الوجه و العين و **اليد** و الساق و القدم، لعلمنا بذلك كما نعلم الشمس في رابعة النهار، و إنما أراد **نفي خصائص هذه الأعضاء** بالنسبة للإنسان، فخصائص هذه الأعضاء بالنسبة للإنسان يجوز أن تنفصل من جسمه و ألا تنفصل، لكن اليد بالنسبة لله عز و جل، و الساق و القدم و العين لا يجوز أن يكون فيها هذا، و لهذا قال العلماء: لا يجوز أن تطلق على يد الله أنها بعض الله لأن البعض ما جاز انفصاله عن الكل، و هذا بالنسبة إلى الله أمر مستحيل.. إذن كلام ابن القيم يجب أن يحمل على أعضاء ذي جثمان، **أي:خصائص هذه الأعضاء، و هي جواز انفصالها عن الكل)**.2564

✦و يقول أيضا في شرح " **الواسطية**": (لهذا نقول في مثل هذه الصفات **اليد** و الوجه و ما **أشبهها**: إنها ذاتية خبرية، و لا نقول: أجزاء و أبعاض، بل **نتحاشى هذا اللفظ**، لكن **مسماه** عندنا **أجزاء و أبعاض)**.[2565]

اعتبارها "آلة" العمل.

2561 - شرح لمعة الاعتقاد، الفوزان ص74.

2562 - بيان تلبيس الجهمية في تأسيس بدعهم الكلامية.1/356-357.

2563 - العقود الذهبية:1/312-313.

2564 - شرح الشافية الكافية1/392-393. شرح البيت 555.

2565 - شرح الواسطية لمحمد بن صالح:ص95.

✦ جاء في الرسالة التدمرية ما نصه: "والكبد والطحال ونحو ذلك هي **أعضاء** الأكل والشرب ، فالغني المنزه عن ذلك منزه عن **آلات** ذلك ، بخلاف **اليد** فإنها للعمل والفعل، وهو سبحانه موصوف **بالعمل والفعل** ؛ إذ ذاك من صفات الكمال"2566.

✦ و يقول بعض المعلقين على كتاب "التوحيد" لابن خزيمة:" فإن القبض إنما يكون باليد الحقيقية لا بالنعمة...فإن **القبض محتاج إلى آلة**".2567

✦و يقول بعض شراح "التدمرية":(مثلا لو قال قائل: هل يجوز أن نثبت لله أمعاء و كبدا و معدة و ما أشبه ذلك؟ نقول: لا يجوز ذلك؛ لأن هذه إنما هي للكل و الشرب، أوعية الأكل و الشرب، و الله سبحانه و تعالى لا يأكل و لا يشرب، فليس **بحاجة** إلى هذا لا إلى الأكل، و لا إلى الشرب، و لا إلى آلتهما **بخلاف اليد**، اليد يجوز أن تثبت لله، بل **يجب أن تثبت** لله؛ لأنها **آلة الفعل** و الله سبحانه و تعالى يفعل و يعمل...)2568

أنها يجوز عليها أن تمس.

✦ جاء في كتاب نقض الدارمي على المريسي "..وَيَدَ اللهِ غَيْرُ آدَمَ، فَأَكَّدَ الله لِآدَمَ الفَضِيلَةَ الَّتِي كَرَّمَهُ وَشَرَّفَهُ بِهَا، وَآثَرَهُ عَلَى جَمِيعِ عِبَادِهِ؛ إِذْ كُلُّ عِبَادِهِ، خَلَقَهُمْ بِغَيْرِ مَسِيسٍ بِيَدٍ، وَخَلَقَ آدَمَ بِمَسِيسٍ، فَهَذِهِ عَلَيْكَ لَا لَكَ، وَقَدْ أَخَذْنَا فَالَكَ مِنْ فِيكَ مُحْتَجِّينَ بِهَا عَلَيْكَ كَالشَّاةِ الَّتِي تَحْمِلُ حَتْفَهَا بِأَظْلَافِهَا". و لم يتعقب محقق الكتاب بشيء.2569

اعتبار الأصابع جزءا من اليد، و لو لم يرد بذلك نص، و أنها خمس أصابع.

✦يقول صاحب كتاب "الأصل الجامع في باب الصفات": "وأما الأصابع التي جاءت بها النصوص؛ **فهي أصابع اليد**، كما في حديث: إن الله يمسك السماوات على إصبع...)2570

✦ و يقول صاحب " التعليق على كتاب التوحيد لابن خزيمة ":"و من أثبت **الأصابع** لله فكيف ينفي عنه اليد، و الأصابع **جزء** من اليد".2571

✦يقول صاحب "مسائل الإمام ابن باز": "سألت شيخنا عن حديث إثبات الأصابع لله تعالى، هل هو للحصر، و أن الأصابع خمس؟(قال نعم؛ لأن الأصابع استوعبت الخلق، و "سائر الخلق على إصبع)"2572

اعتبار الكف جزءا من اليد.

✦يقول أحد شراح الواسطية المعاصرين:"الطريق الثاني في إثبات النصوص لصفة اليدين ذكر **تفاصيل اليدين**..: الوصف الأول: الكف". 2573

✦و يقول شارح آخر: " و كيف يتأتى حمل اليد على القدرة أو النعمة، مع ما ورد من إثبات الكف و الأصابع..."2574

☚ مخرجات تنزيل آلية القدر المشترك(أصل المعنى=المعنى الكلي) على صفات "**الأعيان**"من قسم الصفات الخبرية، و أثره في الخلاف:

1- محل الاتفاق:

2566 - ابن تيمية في الرسالة التدمرية ص90.
2567 - التعليق على كتاب التوحيد لابن خزيمة، ص63.
2568 - شرح التدمرية، محمد بن صالح ص378،.
2569 - كتاب نقض الدارمي على المريسي ت الشوامي ص80.
2570 - الأصل الجامع في باب الصفات وطريقة السلف فيه، ص74.
2571 - التعليق على كتاب التوحيد لابن خزيمة، ص89.
2572 - مسائل الإمام ابن باز، لعبد الله بن مانع، ص37.
2573 - العقود الذهبية1،/311.
2574 - شرح الواسطية للهراس،ص117.

يـرى الماتوريديـة و الحنابلـة و مفوضـة الأشـعرية- بـل حتى أبـرز متـأوليهم- أن اليـد صـفة قديمـة لله تعـالى، تليـق بجلالـه و كمالـه، و أن تصـور معناهـا فـرع عـن تصـور مفهـوم الـذات العليـة، و أن إثباتهـا أوفـق لمـذهب السـلف بـل هـو عين مذهبهم-رضي الله عنهم-.

2- محل الافتراق:

يعتبر الماتوريديـة و الحنابلـة و الأشـعرية- مفوضـوتهم و متـأولتهم- أن إثبـات هـذه الاعتبـارات مـن قبيـل تكييـف يـد البـاري القـديم تعـالى، و تمثيلهـا بيـد المحـدثات، و أن مـا تسـميه السـلفية (أصـل المعنى) إنمـا هـو أمـر وجـودي معـين و مشخص، و منـاف لقـدم الله تعـالى و مخالفتـه للمحـدثات، و لـيس معنى كليـا ذهنيـا مجـردا، بخـلاف المعنى الكلي المنتزع مـن بعـض الصـفات، **كـالعلم**= و هـو إدراك الأشـياء..أو **السـمع** باعتبـاره إدراكـا للمسـموعات؛ فهـذه معـان مجـردة، لا محـذور في كونهـا قـدرا مشـتركا بـين الخـالق و المخلـوق، و تختلـف عنـد الإضـافة؛ فعلـم الله تعـالى لـيس مكتسـبا و لا ضروريا...و سمعه أزلي أبدي، لا يتوقف على آلة، و لا تطرقه الآفة....بخلاف علم المخلوق و سمعه.

بينمـا تعـد المدرسـة السـلفية هـذه الاعتبـارات مـن متعلقـات أصـل المعنى الحقيقي لليـد، المعهـود مـن لغـة العـرب التي نـزل بهـا القـرآن الكـريم، و جـاءت بهـا السـنة العطـرة، و أن نفـي تلكـم المتعلقـات -تـأويلا أو تفويضـا- هـو محـض تعطيـل للصفات...

2- المناقشة:

الاشـتراك بـين صـفات المخلـوق والخـالق اشـتراك لفظي، أو اشـتراك معنـوي في اللـوازم، أو السـلوب، و الأمـور الاعتباريـة ، لا في الماهيات و الذاتيات..و فهم الخطاب ليس متوقفًا على وجود اشتراك خارجي[2575].

إن فهـم الخطـاب لـيس متوقفًـا علـى وجـود اشـتراك خـارجي وتواطـؤ في المسـميات أو شـيء مـن الـذاتيات , فـإن الاشـتراك في الأحكـام المترتبـة على معنى الاسـم هـي **المصـححة لإطـلاق** الاسـم عليـه , والاشـتراك في الأمـور الوجوديـة يسـتلزم أن يجـوز على كل واحـد مـن المشـتركين في هـذا القـدر المشـترك مـا يجـوز على الآخـر وأن يجـب لـه مـا يجـب لـه وأن يمتنع عليه ما يمتنع عليه.

فـإذا اشـترك شـيئان في لازم لهمـا فيصـح إطـلاق الاسـم عليهمـا وإن اختلفـت حقائقهمـا , أي أنّـه لا يشـترط لإطـلاق الاسـم الواحـد على شـيئين وجـود الاشـتراك في حقيقتهمـا , بـل يكفـي الاشـتراك في شـيء مـن **لوازمهمـا** أو **أحكامهمـا** أو **تعلقاتهما** ..

فـإنّ السـمع في اللغـة هـو : (**إينـاس الشـيء بـالأذن مـن النـاس وكـل ذي أذن**)[2576] , فهـذه هـي **حقيقـة** السـمع عنـد المخلـوق , **ويلـزم** منهـا انكشـاف المسـموعات وإدراكهـا , وعـرّف أهـل السـنة صـفة السـمع لله تعـالى بأنهـا : (**صـفةٌ تنكشـف بهـا المسـموعات**) , وإدراكُ المسـموعات لـيس المعنى الحقيقـي للسـمع بـل هـو لازم لـه , فاشـتَرَك سـمعُ المخلـوق وسـمع الخالق لا في أصل المعنى وحقيقته بل في لازمه وهو إدراك المسموعات , مع تباين الحقائق بين السمع والسمع .

إن إثباتُ الاشـتراك في هـذا الـلازم لـم يسـتلزم الاشـتراك والتواطـؤ في المسـميات , إذ لازم الصـفة لـيس أمـرًا وجوديًـا يقـوم بالـذات كمـا هـو الحـال فـي قيـام الصـفة بالـذات.

و كـذلك عـرّف أهـل السـنة **العلـم** بأنـه : (صـفة توجـب لمحلهـا تمييـزًا لا يحتمـل النقـيض) , وهـذا التمييـز أمـرٌ عـارض لحقيقـة الصـفة ومـن لوازمهـا , **فلـيس هنـاك تواطـؤ في الحقيقـة الخارجيـة** للصـفات التي يحصـل بهـا ذلـك التمييز , بـل

2575 - استفدت في مناقشة القدر المشترك من رسالة"الرؤية الوهابية للتوحيد و أقسامه" للدكتور عثمان مصطفى النابلسي.

2576 - معجم مقاييس اللغة لابن فارس: 102/3.

الاشـــــــــــــتراك فـــــــــــــي لازمهـــــــــــــا.

و الاشتراك في **السلوب** أيضًا ليس اشتراكًا في أمر وجودي يقوم بالذات , فلا يستلزم الاشتراك بين شيئين في **وصف سلبي** أن يجوز على كل واحد منهما ما يجوز على الآخر , وأن يجب له ما يجب له , وأن يمتنع عليه ما يمتنع عليه , فإذا قلنا : (إن الله تعالى لا ينام) وقلنا : (إن الملائكة لا تنام) فهذا اشتراك في وصف **سلبي** لا في أمر **ثبوتي** , فلا يستلزم الاشـــــــــــــتراك فـــــــــــــي الأحكـــــــــــــام ولا يكـــــــــــــون الاشـــــــــــــتراك فيـــــــــــــه تشـــــــــــــبيهًا.

☚ وخلاصة الأمر أنّ الاشتراك بين صفات الخالق تعالى وصفات المخلوق هو اشتراك في أحد **اللوازم والاعتباريات والتعلقات أو السلوب** , وليس اشتراكًا في حقائق تلك الصفات فلا يعتبر تشبيهًا , إذ التشبيه هو التشريك في الأمور الوجودية وحقيقة الصفات. و لذلك عرّف أهل السنة صفات الله تعالى بالرسم واللازم لا بالحد والحقيقة.

تحرير محل الخلاف.

إذا كان الاشترك بين الخالق و المخلوق في الأمور **الوجودية الخارجية** محالا باتفاق السلفية المعاصرة و بين مخالفيها، فما هو محل الخلاف؟

☚ يتجلى محل الخلاف بين ابن تيمة و متابعيه من السلفية المعاصرة و بين مخالفيهم في تنزيل آلية القدر المشترك في **جميع** الصفات، و في **مخرجات** هذا التنزيل، و خاصة ما كان منها من قبيل **التغيرات** كالغضب و المحبة، أو من قبيل **الحركة** كالنزول و المجيئ، او ماكن من "صفات **الأعيان**"=التي نظيرها الأبعاض و الأجزاء، و التي هي محل التطبيق في هذا المقال، و دوكم توضيح ذلك:

منشأ المعنى الكّلي الذهني، و مُستنده، و مَبدؤه.

✦ إن هذا المعنى الكُلّي الذهني إما أن **يخترعه العقل** اختراعًا بواسطة الوهم؛ فيفرضُ العَقلُ أمرًا كُلّيا اسمه ((اليد الحقيقية)) , ثم يُثبت هذا الأمر الكُلّي الذي افترضه للخالق سبحانه وتعالى؟! ويكون هذا الأمرُ مشتركًا بين الخالق و المخلوق؟ ويكون ذلك المعنى الكلّي المُشترك حاصلا قبلَ حصول **مصاديقه الخارجيّة** وليس تابعًا لما في الخارج؟!

✦ و إما أن يكون لهذا المعنى الكلّيّ مُستندٌ ومبدأٌ **خارجيٌ** يستندُ إليه، ويُنْتَزَعُ منه؟ فيكونُ دالًّا على ما في **الخارج** لأنّه منتزعٌ منه أصلًا، كأن ينظر الإنسانُ إلى ما يصدق عليه لفظ ((**اليد الحقيقية**)) في الخارج , فيرى ((يد)) الإنسان ويرى ((يد)) الأسد , ويرى ((يد)) الفيل ويرى ((يد)) النملة... فيلحظ الذهن قَدْرًا **متواطئًا** بين هذه الأيدي , وينتزعُ ممّا يلاحظه خارجًا معنىً كُلّيًا مُشتركًا , ثم يُثبت هذا المعنى الكُلّيّ المُشْتَرَكَ لله تعالى، فتكونُ **مصايقُ** ذلك **المعنى الكلّي** حاصلة قبله.

وليس مقصودهم بالمعنى الكلّي الأوّل؛ لأنّهم حينئذ أثبتوا للمولى –جلّ وعزّ- معنىً فرضيًا اخترعته أذهانهم بواسطة التوهم , فخاضوا في ذات الله تعالى بإثباتهم له أمورًا وهميّة.

ومعلوم أنّ هذا المعنى **الذهنيّ** ليس له مصداق خارجي.. بل هو أمرٌ افترضه الوهم , وإثبات أمرٍ لله تعالى بهذا المعنى قول على الله تعالى بغير علم , فالله تعالى ((لا تبلغه الأوهام)) , فكيف يخاطبنا الله تعالى بأمر متوهم كهذا؟ وكيف يكون هذا معروفًا في لغة العرب؟!

بل إن كلام ابن تيمية و السلفية المعاصرة نفسه لا يدلّ على قولِه بالأمرِ الكلّي على هذا النحو .

وإن كان مقصودهم بالمعنى الكُلّيّ هو **الثاني** – وهذا ما يقصده ابن تيمية وتدلّ عليه نصوصه ونصوص أتباعه من السلفية المعاصرة - , فهذا -عند **مخالفيهم**- هو التشبيه بعَينه , لأنّ هذا المعنى الكُلّي الذهنيّ لم يأتِ من مُجرّد التوهم والافتراض , بل هو منتَزَعٌ من **الخارج** , ومُشتَقٌ مما يَلْحظه الذهن **خارجًا** , فلولا التواطؤُ والاشتراكُ **الخارجيُّ** لَمَا اشتق الذّهنُ أمرًا كُليًا , **فالاشتراك**

والتواطؤُ الخارجيُّ هو مَبدأُ المعنى الكُلّي , وإليه يَستند هذا المُشترك الذهني , إذ إنّ معنى ((اليد)) الكُلّي لا يخرج عن كونها **العضو** الذي به العمل.. و أكتفي بنقلين من المعاجم المعتمدة في اللغة العربية:

معنى اليد في اللغة:

جاء في تهذيب اللغة:" وَقَالَ أَبُو زيد: الْأَكْوَع: اليابسِ اليدِ من الرسغ، الَّذِي أَقبلت يَده نَحْو بطن الذِّرَاع. والأكوع من الْإِبِل: الَّذِي قد أقبل خُفُّه نَحْو الوظيف، فَهُوَ يمشي على رُسغه، وَلَا يكون الكوَع إلاّ فِي الْيَدَيْنِ"2577.

و قال في المصباح : "اليد :من المنكب إلى أطراف الأصابع". 2578

و هذا هو المعنى الملاحظ في اعتبار ابن تيمية و السلفية المعاصرة اليد، والعين، و الوجه، و القدم...من صفات الأعيان= التي هي نظير الأبعاض و الأجزاء.

فإن الذهن ينظر إلى ((يد)) الإنسان و((يد)) الأسد و ((يد)) النملة.., فيرى اشتركًا **خارجيًا** بين هذه الأيدي وهو أنّ كلًا منها **عُضو، وآلة** عمل, مع ملاحظته ما تختصُّ به كلّ يد، وتتميز عند **الإضافة والتخصيص والتقييد**, فكلُّ يد لها كيفيّة خارجيةٌ تُميّزها عن غيرها , مع وجود **قدرٍ خارجي تشترك** فيه مع بقيّة المصاديق وهو ما يسمونه (**بأصل المعنى**) , أي أنّه يوجد في الخارج قَدرٌ متواطؤ به الاشتراك، وقدرٌ متغاير به الامتياز , وهذا **القدر المُشترك** المتواطؤ بين (المصاديق) هو **<u>المعنى الحقيقي للفظ</u>** ((اليد)).

✦القدر المشترك المعنى الكلي يوجد في الخارج على سبيل الضمنية.

إن المَعنى الحقيقيّ لا وجود له في الخارج مُجرّداً عن الكيفيات , فهو موجود في الفرد الخارجي على سبيل الضمنية لا العينية , أي أن وجود ما به الاشتراك في الخارج ملازم لوجود ما به الامتياز فلا ينفكان عن بعضهما.

✦ وجود القدر الجامع المشترك بين الأفراد في الخارج أوضح وأجلى من وجود الكيفيات .

ولا بد من التنبيه إلى أنّ وجود القدر الجامع المشترك بين الأفراد في الخارج أوضح وأجلى من وجود الكيفيات التي تُميّز كلًا منها ؛ وذلك لأنّ الحس حيثما توجه إلى فرد موجود في الخارج ، فالعقلُ ينظر في طلب ما يميزه عن سائر الأفراد لا محالة , وطلبُ ما يميّزه عن سائرِ مُشاركاته فرعٌ عن العلم بالقدر المشترك بين الجميع , ولا بُدّ من كيفيّة تُميّز كلّ (يد) مثلًا عن غيرها من الأيادي , كالحجم، و اللون، و غيرهما من الصفات العارضة للماهية , مع اشتراكها في كون كلّ منها عُضوًا به العمل.

الاختلاف في الكيفيات العارضة للماهية لا ينفي مطلق التشبيه ، بل ينفي التشبيه المطلق.

إن الكيفيّات التي تُميّزُ كلّ (يد) عند الإضافة و التخصيص والتقييد إنما هي تابعةٌ وعارضةٌ لحقيقتها، **فلا يَصحّ الاكتفاء بتغاير الكيفيّات الطارئة اللاحقة للمعنى الحقيقي على نفي مُطلق التشبيه**، إذ إنّ التغاير في الكيفيّات العارضة ينفي **التشبيه المُطلق**.. أي التشبيه من كلّ الوجوه (التماثل), ولا **مطلق التشبيه**؛ أي: ينفي وجود قَدْرٍ من التشابه في الحقيقة التي بها الاشتراك، على الرغم من كون الاشتراك في الحقيقة والقدر الجامع أعظم بكثير من الاشتراك في الكيفيات , فالتخصيص والتقييد والإضافة تنفي التمثيل= وهو التشبيه من كلّ الوجوه , ولا تنفي التشبيه من بعض الوجوه= وهو التشابه الأعظم الذي هو في الحقيقة؛ ألا ترى أنّ إضافة ((اليد)) إلى الفيل وتقييدها وتخصيصها به تنفي التشبيه المطلق بعين الهرّة , إذ يد الفيل كبيرة يد الهرة صغيرة...الخ الكيفيات المتغايرة , بينما لا تنفي التشابهَ في حقيقة ((اليد)) بين الفيل والهرّة وهي كونها عُضوًا، و مركبا، و آلة عمل..

2577 - تهذيب اللغة، ص28 - باب العين والكاف.

2578 - المصباح، 680/2.

فمن نسب اليد الحقيقيّة لله تعالى فقد شبّه الله تعالى بخلقه في المعنى الحقيقي المشترك وإن نفى التشبيه في الكيفيات اللاحقة , وهكذا في بقية الصفات التي يُسمونها "بصفات الأعيان" وهذا هو حقيقة التشبيه , ولا ينفع بعد إثبات المعنى الحقيقي المشترك نفي التشبيه ؛ لأنه يكون حينئذٍ نفيا للفظ "التشبيه" لا لمعناه , ويكون نفي للتشبيه منصبًا على الكيفيات التي تكتنف الحقيقة وتلازمها , فما في الخارج هو القدرُ الجامع الملازم للكيفيات؛ إذ الفرد الخارجي ما هو إلا مصداق المعنى المشترك المتلبس بكيفية لاحقة تكتنفه وتميّزه عن غيره من الأفراد التي تشاركه في حقيقته ، والأفراد ليس لها تحقق خارجي إلا بتحققه.. فلا تتحصّل إلا بتحصّله فيها **على سبيل الضمنية، لا على سبي العينية**..

☚ **علاقة المصداق بالمعنى الكلي.**

- فالمصداق إما أن يكون المعنى الكليّ المشترك دون الكيفيات؛ أي أنّه موجودٌ في الخارج على سبيل العينية.
-وإما أن يكون هو فقط الكيفيات التي لا يوجد إلا مختصًا ومقيدًا بها.
-وإما أن يكون مصداق المعنى الكلي ملازمًا للكيفيات التي تلحقه وتحتف به , أي أنّ مصداق المعنى الكلي موجود في الخارج على سبيل الضمنيّة

✦والأوّل باطل؛ لأنه يستلزم عدم تمايز الأفراد المشتركة في مصداق ذلك المعنى الكلّي عن بعضها البعض , فتكون عندئذ كلّها متماثلة , وهذا مخالف للحس والعيان.

✦والثاني باطل؛ لأنّ الكيفيات لا تَقَوُّمَ لها بذاتها فلا بد لها من محل , سواء كانت كيفيات كَميّة كالانحناء والفرديّة أو حسّية كالحرارة والبرودة أو نفسانيّة، كالألم واللذة، أو استعداديّة كاللين والصلابة.

✦**فتعين الثالث وهو الصواب**؛ فالفرد الخارجي مشتمل على القدر الجامع بين الأفراد وعلى الكيفيات، التي تُميّز كل فرد عن غيره , وهذا ثابت بالحس والعيان , والضرورة والوجدان , فإن الحس حيثما توجه إلى فرد موجود في الخارج ، فإنّ العقل ينظر في طلب ما يميزه عن سائر الأفراد التي بينه وبينها قدر جامع , فكلّ فردٍ خارجي لو قُطِعَ النظرُ عن مميزاته، والإضافات القائمة به، والخصوصيات المكتنفة به ، فسيكون منطبقا على المعنى الكلي الصادق على الأفراد انطباقا يوجب صحة حملها عليه ، فإنّا كما نجد من الفرد بالحس ونحس عنه بالعيان كيفيّات مخصوصة , مكتنفةٍ به مميزةٍ له عما سواه من الأفراد المشاركة له في المعنى الحقيقي ، كذلك نجدُ ونحس منه أمرًا زائدًا عليها جامعًا بينه وبين بقية الأفراد , وكما ندرك من الأفراد الخارجية ما به امتيازها عن بعضها بالحس والعيان , فكذا ندرك ما به اشتراكها بالحس والوجدان ، بحيث لو أخذه العقلُ **لا بشرط شيء** من كيفياته المكتنفة اللاحقة , واعتبره معرى عن جميع قيوده ومميّزاته كان بعينه هو مصداق المعنى الكلي الذي يُجوّز العقلُ صدقَه على جميع أفراده.

☚ **وبالتالي فإثبات الاشتراك بين الخالق والمخلوق في هذا الكُلّي المشترك في الأذهان هو إثباتٌ للاشتراك الخارجي , وهذا المعنى الكُلّي وإن كان في الذهن مُغايرًا للكيفيات التي يمكن أن تلحقه , إلا أنّ مصداقه ملازم لها في الخارج، لا ينفك عنها، ولا تنفكّ عنه , وهذه الكيفيات هي التي تمنع المشاركة والمشابهة المطلقة من جميع الوجوه.**

وقد صرّح ابن تيمية-رحمه الله تعالى-فقال:

"فمن أثبت لله سبحانه وتعالى أمراً من الصفات فإنما أثبته بعد أن فهم نظير ذلك من الموجودات , وأثبت القدر المطلق مع، وصفه له بخاصة تمتنع فيها الشركة"[2579].

2579 - بيان تلبيس الجهمية : 633/1.

فيرى أنّ إثبات الصفات للخالق تعالى مبنيةٌ على المقايسة على ما هو موجود في المخلوقات , مع إثبات كيفيات مخالفة لكيفيات المخلوقات تمنع من الشركة والمماثلة .

و مؤدى ذلك: انتزاع الذهن **صورة ذهنية لليد المجردة** عن التعين و التقييد، يقول ابن القيم رحمه الله تعالى:" على أنا نقول ليس في الذهن كلي، و إنما صورة معينة مشخصة منطبقة على سائر أفرادها، فإن سميتها كلية بهذا الاعتبار فلا مشاحة في الألفاظ، و هي كلية و جزئية باعتبارين"2580وهذ= إثبات للتشابه في **حقيقة** الصفات بين الخالق والمخلوقات، والاختلاف بينها في الكيفيات المانعة من المماثلة.

الألفاظ موضوعة بإزاء الحقائق لا بإزاء الكيفيات.

من المعلوم أن الألفاظ موضوعة بإزاء حقيقة الشيء لا كيفيته , فمثلًا لفظ ((العَيْن)) موضوع بإزاء حقيقة العين وهو **العضو** الباصر2581 , لأن لفظ (العَيْن) يَصْدُق على "أعينٍ" **مشتركة** في كونها **أعضاءً** باصرة لكنّها مختلفة في كيفيّاتها ..

فإنْ قلنا أنّ لفظ (العين) وُضِـع بإزاء الحقيقة وما يلازمها من كيفية (ككونها كبيرة مثلا) , فيلزم عدم إطلاق لفظ "العين" على الفرد المتلبس بغير تلك الكيفية -كالعين الصغيرة مثلا- وهو باطل.

و إن قلنا أن لفظ (العَيْن) وُضِعَ بإزاء الكيفية اللاحقة كالكِبَرِ مثلا دون الحقيقة , لزم من هذا إطلاق "العين" على كلّ أمر تكيّف بتلك **الكيفية**(= و هي الصغر)= وهو باطل أيضًا ...

فيبقى الاحتمال الثالث، وهو أنّ لفظ ((العَيْن)) موضوع بإزاء الحقيقة، وهي هنا **العضو** الباصر.

☚ و ما يقال عن "**العين**" يقال عن "**اليد**" و سائر "**صفات الأعيان**".فالقول في بعض الصفات كالقول في سائرها، و الباب واحد، كما هو تعبير المدرسة السلفية تبعا لابن تيمية رحمه الله تعالى.

فيلحظ العقل **صورة لعضو** ذي شكل يميزه عن سائر الأعضاء= و هو ما يسمى "الصورة الذهنية"، و قد عبر عن ذلك ابن القيم(تلميذ ابن تيمية-رحمهما الله تعالى-)، كما سبق النقل عنه.

الفرق بين التمثيل و التشبيه:

للعلماء ثلاثة مسالك في المقارنة بين التمثيل و التشبيه:

المسلك الأول: التسوية بينها، فهما لفظان لمعنى واحد، و يدل على هذا المسلك إيرادهما في سياق واحد، و استدلالهم على نفي التشابه بقوله تعالى: " ليس كمثله شيء"، و من هذه النقول:

قول الإمام **أحمد**:"امتحن إسحاق بن إبراهيم القوم مرة مرة، و امتحنني مرتين..فأخذني في التشبيه، فقلت:{**ليس كمثله شيء و هو السميع البصير**}، فقال: و هو السميع البصير؟ فقلت هكذا قال: {السميع البصير}.2582

قول أبي جعفر محمد بن عثمان بن أبي شيبة:"**وطريقتهم** في النفي أنهم ينفون عن الله ما نفاه عن نفسه مع إثبات ما أثبته من الصفات، فطريقة **السلف** هي إثبات أسماء الله وصفاته مع نفي **مماثلة** المخلوقين، فإثبات بلا **تشبيه** وتنزيه بلا تعطيل كما قال تعالى: {**لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ**}، ففي قوله تعالى: {**لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ**} **رد للتشبيه و التمثيل**، وفي قوله: {وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ} رد للإلحاد والتعطيل"2583.

فاستدل -رحمه الله تعالى- بنفي التمثيل- و هو نص الآية- على نفي التشبيه، و الظاهر من هذا الصنيع التسوية بينهما.

المسلك الثاني: أن بينها عموم مطلق، فالتمثيل أعم من التشبيه؛ فالتشبيه خاص بالمماثلة في **الكيفية**.

2580 - الروح لابن القيم:ص204.

2581 - قالَ ابن فارس في معجم المقاييس:199/4 ط1 الجيل : "" العين والياء والنون أصلٌ واحدٌ صحيح يدلّ على عُضوٍ به يُبْصَرُويُنْظَر".

2582 - إبطال التأويلات لأبي يعلى، ص51.

2583 - كتاب العرش وما روي فيه : ص182.

يقول **الفيروزآبادي**: "وقد يستعمل المِثْل عبارة عن المشابه لغيره في معنى من المعاني، أيَّ معنى كان. وهو أعمّ الألفاظ الموضوعة للمشابهة؛ وذلك أن **النِدّ** يقال فيما يشاركه في الجوهريّة فقط، **والشكل** يقال فيما يشاركه في القَدْر والمساحة، **والشِبْه** يقال فيما يشاركه في **الكيفيّة** فقط، **والمساوي** يقال فيما يشاركهُ في الكميّة فقط، **والمِثْل عامّ في جميع** ذلك .**ولهذا لمَّا أراد الله نفي التشبيه من كل وجه خصّه بالذكر فقال تعالى :{ لَيْسَ كَمِثْلِه شَيْءٌ}** وأمَّا **الجمع** بين الكاف والمِثْل فقد قيل: ذلك لتأكيد النفي، تنبيها على أنه لا يصح استعمال المِثْل ولا الكاف، فنفى **بليس** الأمرين جميعاً. وقيل: المِثل هاهنا بمعنى الصفة، ومعناه: ليس **كصفته** صفة، تنبيها على أنّه **وإن وُصف بكثير ممَّا يوصف به البَشَر فليس تلك الصفات له على حَسَب ما يُستعمل في البَشَر**".2584

المسلك الثالث: التشبيه أعم من التمثيل: فالتمثيل في **جميع** الوجوه، و التشبيه في **أكثرها**، و **النظير** في في **بعضها** و لو في واحد، لكنها **متحدة في اللغة**.

قال ابن حجر الهيثمي: " وَسُئِلَ نفع الله بِهِ :عَن الْفرق بَين الشبيه والمثيل والنظير .فَأجَاب بقوله :الثَّلَاثَة متحدة لُغَة. وَأما **اصْطِلَاحا** فَظَاهر قَول شرح العقائد عَن **الأشعرية الْمُمَاثلَة** إِنَّمَا تثبت عِنْدهم بالاشتراك فِي **جَمِيع** الْأَوْصَاف إنَّ المثيل أخصُّها لِأَن **الْمُمَاثلَة تَسْتَلْزِم المشابهة** وَزِيَادَة، **والشبيه أعم من المثيل** وأخص من النظير، والنظير أعم من الشبيه، إذْ المشابهة لَا تَسْتَلْزِم المماثلة فقد يكون شبه الشَّيْء غير مماثل لَهُ، والنظير قد لَا يكون مشابهاً. وَالْحَاصِل أَن الْمُمَاثلَة تَقْتَضِي الْمُسَاوَاة من كل وَجه، والمشابهة تَقْتَضِي ذَلِك فِي الْأَكْثَر، والمناظرة تَكْفِي فِي وَجه. 2585

- **ويلاحظ القارئ الكريم أن هذا القول الذي نسبه الهيثمي إلى الأشعرية يتوافق و تقرير ابن تيمية -و أتباعه من السلفية المعاصرة- في التفرقة بين التمثيل و التشبيه. فما هو محل الخلاف؟.**

ولتوضيح ذلك أمهد بالفرق بين مدلول لفظي التمثيل و التشبيه في لغة العرب:

مدلول لفظي التمثيل و التشبيه في اللغة:

أكتفي هنا بثلاثة مصادر معتمدة على سبيل التمثيل لا الحصر:

-قال الخليل الفراهيدي: "و كل شيء يكون سواء فإنها أشباه"2586، " و **المثل شبه** الشيء في المثال و القدر و نحوه"2587

- و قال الجوهري: " و المتشابهات: المتماثلات، و تشبه فلان بكذا. و التشبيه التمثيل"2588571

- و قال ابن منظور:" الشبه والشبه و الشبيه: المثل، و الجمع شباه، و أشبه الشيء الشيء: ماثله" 2589

و قال الزبيدي: "الشبه المثل"[2590].

- فالشبه و المثل في اللغة يردان بمعنى واحد، و لم تفرق المعاجم بينهما= **و التفريق بينهما اصطلاح حادث.**

التفرقة بين التمثيل و التشبيه=اصطلاح طارئ، لا ينبغي تحكيمه في دلالات نصوص القرآن الكريم.

من المعروف عند الباحثين أن امتناع حمل ألفاظ القرآن و السنة على الاصطلاحات الحادثة؛ لأن نصوص الوحي جارية على مقتضى لغة المخاطب به، أو أعرافه، أو على اصطلاح شرعي لا يخرج –غالبا- عن أصل المعنى اللغوي. و أكتفي هنا بنقول يسيرة تؤكد هذا المبدأ، مقدما كلام ابن تيمية و بعض العلماء و طلبة العلم السلفيين:

2584 - بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز:481/4.

2585 - الفتاوى الحديثية للهيثمي: ص 193.

2586 - العين مرتبا على حروف الهجاء، ترتيب د:عبد الحميد الهنداوي:305/3.

2587- العين مرتبا على حروف الهجاء، ترتيب د:عبد الحميد الهنداوي:118/4.

2588 -الصحاح : ص571.

2589 - لسان العرب: 21/7.

2590 - تاج العروس:411/36.

يقول ابن تيمية-رحمه الله تعالى-:" الواجب أن يعرف اللغة و العادة و العرف الذي نزل فيي القرآن و السنة، و ما كان الصحابة يفهمون من الرسول عند سماع تلك الألفاظ، فبتلك اللغة و العادة و العرف خاطبهم الله و سوله، **لا بما حدث بعد ذلك**"2591

و يقول تلميذه ابن القيم(**في معرض بيان أوجه التأويل الباطل**): " **الرابع**: ما لم يؤلف استعماله في ذلك المعنى في لغة المخاطب وإن ألف في **الاصطلاح الحادث** وهذا موضع زلت فيه أقدام كثير من الناس وضلت فيه أفهامهم حيث تأولوا كثيرا من ألفاظ النصوص بما لم يؤلف استعمال اللفظ له في لغة **العرب** البتة **وإن كان معهودا في اصطلاح المتأخرين** وهذا مما ينبغي التنبه له فإنه حصل بسببه من الكذب على الله ورسوله ما حصل"2592.

و يقول أيضـــا:" وأنت إذا تأملت تأويلاتهم رأيت كثيرا منها لا يحتمله اللفظ في **اللغة** التي وقع بها التخاطب وإن احتمله لم يحتمله في ذلك التركيب الذي تأوله **وليس لأحد أن يحمل كلام الله ورسوله على كل ما ساغ في اللغة أو الاصطلاح**"2593.

و قد استشهد بهذين النص مقرا بمفادهما الدكتور حسين بن علي الحربي، رئيس قسم الدراسات القرآني بجازان في رسالته قواعد الترجيح عند المفسرين.2594

و يقول صـاحب أضـواء البيان: "أن إطلاق القضـاء على (ما فات وقته بالكلية)= **اصـطلاح** حادث للفقهاء، لأن **القضـاء** في **الكتاب والسنة** يطلق على فعل العبادة في وقتها، كقوله تعالى: {فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلاَةَ}، وقوله: {فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاَةُ}، وقوله تعالى: {فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ}. **فالقضاء** في هذه الآيات بمعنى **الأداء**"2595

- و جاء في التلخيص الحبير للرافعي الكبير: (**اصْطِلَاحٌ حَادِثٌ لِأَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ فَكَيْف** تُحْمَلُ عَلَيْهِ الْأَلْفَاظُ النَّبَوِيَّةُ).[2596]

استدلال العلماء بنفي التمثيل على نفي التشبيه، و إيرادهما بمعنى واحد:

استدل العلماء بنفي التمثيل الوارد في سورة الشورى على نفي التشبيه، سواء في **كتب التفسير** أو **مدونات الدرس العقدي**، و اكتفيت في هذا المقام بإيراد **أعلام متفق على الاحتجاج بكلامهم بين الفريقين**، و هذه النماذج التي سأوردها إنما هي غيض من فيض (**وقد سبق النقل عن الإمام أحمد و أبي جعفر بن أبي شيبة**)، و أضيف إليهما:

قال **الخلال** وأخبرني علي بن عيسى أن **حنبلاً** حدثهم قال سألت **أبا عبد الله –أي الإمام أحمد-** عن **الأحاديث** التي تروى أن الله تعالى **ينزل** إلى سـماء الدنيا وأن الله تعالى يرى وأن الله تعالى يضـع **قدمه** وما أشـبه **هذه الأحاديث** فقال **أبو عبد الله:** نؤمن بها ونصدق بها **ولا كيف ولا معنى**، ولا نرد منها شيئًا، ونعلم أن ما جاءت به الرسل حق، ونعلم أن ما ثبت عن الرسول- صلى الله عليه وسلم- حق إذا كانت بأسـانيد صـحيحة، ولا نرد على قوله، ولا نصـف الله تبارك وتعالى بأعظم مما وصـف به نفسـه، **بلا حد** ولا غاية، وقال **حنبل** في موضعٍ آخر **ليس كمثله شيء** في ذاته، كما وصـف به نفسـه، قد أجمل تبارك وتعالى بالصـفة لنفسـه فحد لنفسه صفة **ليس يشبهه شيء**"2597

- قال أبو بكر **الخلال** : أخبرني يوسف بن موسى أن **أبا عبد الله** قيل له: **ولا يشبه** ربنا شيئًا من خلقه، ولا **يشبهه** شيء من خلقه؟ قال :نعم، **ليس كمثله شيء**."2598.

2591 - الإيمان، ص89.

2592 - الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة ط العاصمة:189/1.

2593 - الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة:289/1.

2594 - قواعد الترجيح عند المفسرين:2/375-376.

2595 - أضواء البيان 4/ 469 ط دار الفكر.

2596 - التلخيص الحبير للر افعي الكبير: 1/ 551.

2597 - بيان تلبيس الجهمية في تأسيس بدعهم الكلامية:623/2.

2598 - بيان تلبيس الجهمية:509/6.

- قال شعبة عن أبي جمرة عن ابن عباس: قال ليس لله **مثل**، وقد بسطنا الكلام على هذا في "**الأجوبة المصرية**"، وبينا أن **الله** **ليس كمثله شيء بوجه من الوجوه**، فيجب أن ينفى عنه **المثل مطلقاً ومقيداً، وكذلك الند، والكفو والشريك**، ونحو ذلك **من الأسماء التي جاء القرآن بنفيها**، وذكرنا من أدلة ذلك أن الله تعالى لما نفى المثل عن نفسه بقوله{ **لَيْسَ كَمِثْلِهِ**}"2599

و قد أورد ابن تيمية- رحمه الله تعالى- هذه النقول في بيان تلبيس الجهمية.

- و قَالَ مُحَمَّدٌ ابن **أبي زمنين**: "فَهَذِهِ **صِفَاتُ** رَبِّنَا اَلَّتِي وَصَفَ بِهَا نَفْسَهُ فِي كِتَابِهِ، وَوَصَفَهُ بِهَا نَبِيُّهُ صَلَّى اَللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا **تَحْدِيدٌ** وَلَا **تَشْبِيهٌ** وَلَا تَقْدِيرٌ فَسُبْحَانَ مَنْ **لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ اَلسَّمِيعُ** اَلْبَصِيرُ. **لَمْ تَرَهُ اَلْعُيُونُ فَتَحُدَّهُ كَيْفَ هُوَ** كَيْنُونِيَّتُهُ، لَكِنْ رَأَتْهُ اَلْقُلُوبُ فِي حَقَائِقِ اَلْإِيمَانِ بِهِ"2600

و أختم هذه المناقشة بنقول بعض عن العلماء مفادها إثبات الصفة، مع تنزيه الباري تبارك و تعالى عن الآلة و مفهوم الأبعاض و الأجزاء، لا نفي مجرد لفظها:

بعض من أقوال العلماء في تنزيه الله تعالى عن الأبعاض و الآلات:

☚ **آثرت تقديم الأعلام من غير الأشاعرة؛ لأن الاستشهاد بكلام المخالف في محل الخلاف من معايب المطارحة؛ إذ هو مصادرة عن المطلوب.**

- قال الإمام **أبو حنيفة**:"نحن نتكلم **بالآلات** و الحروف، و الله تعالى يتكلم بلا حروف و لا **آلة**"2601

-قال الإمام **أحمد** فيما نقله عنه أبو **الفضل التميمي**:" و كان يقول: إن لله تعالى **يدين**، و هما في ذاته ليستا **بجارحتين**، و **ليستا بمركبتين** و لا **جسم**، و لا من جنس الأجسام، و لا من جنس **المحدود** و **التركيب** و **الأبعاض** و **الجوارح**، و **لايقاس** على ذلك، و لا مرفق و لا عضد، و لا فيما يقتضي ذلك من إطلاق قولهم: "**يد**" إلا ما نطق به القرآن به، أو صحت عن رسول الله-صلى الله عليه و سلم-فيه"2602

- و قال الإمام الدارمي:" قال الدارمي: وأما تكريرك و تهويلك علينا **بالأعضاء** و الجوارح، و هذا ما يقوله مسلم.2603

- و قال أيضا:" و أما تشنيعك على هؤلاء المومنين بصفات الله عز و جل، المومنين بما قال الله: إنهم يتوهمون فيها جوارح و **أعضاء**، فقد ادعيت عليهم ذلك زورا و باطلا.....و لا يتوهمون فيها إلا ما عنى الله و رسوله-صلى الله عليه و سلم- و لا يدعون جوارح و لا **أعضاء**"2604

- و قال ابن جرير **الطبري**:" و له **يدان** و يمين و أصابع، و ليست **جارحة**، ولكن يدان مبسوطتان بالنعم على الخلق"2605

- و قال أبو جعفر **الطحاوي**:"و من لم يتوق النفي و التشبيه زل، و لم يصب التنزيه، فإن ربنا جل وعلى موصوف بصفات الوحدانية، منعوت بنعوت الفردانية، **ليس بمعناه أحد من البرية**، تعالى عن **الحدود** و الغايات و **الأركان والأدوات**.."2606

2599 - بيان تلبيس الجهمية في تأسيس بدعهم الكلامية:487/6.
2600 - أصول السنة لابن أبي زمنين: ص74.
2601 - الفقه الأكبر:ص26.
2602 - اعتقاد الإمام المنبل:ص22.
2603 - نقض عثمان بن سعيد على المريسي الجهمي العنيد فيما افترى على الله في التوحيد،ص420.
2604 - المصدر نفسه، ص 177-178.
2605 - التبصير في معالم الدين:ص142.
2606 - العقيدة الطحاوية، ص44-45.

- و قال **الإسماعيلي**:" و خلق آدم بيده، **ويداه** مبسوطتان ينفق كيف يشاء، بلا اعتقاد كيف يداه..و لا يعتقدون في **الأعضاء** و **الجوارح**.."2607

-و قال **ابن منده**: " و أنا مستمسك بالكتاب و السنة ، متبرئ إلى الله من **الشبه** و **المثل**، و الند، و الضد، و **الأعضاء** و الجسم و **الآلات**.."2608

- و قال **الخطيب البغدادي**- فيما نقله عنه ابن قدامة-: " أخبرنَا الْمُبَارك بن عَليّ الصَّيْرَفِي إِذْنا أَنبأَنَا أَبُو الْحسن مُحَمَّد بن مَرْزُوق ابْن عبد الرازق الزَّعْفَرَانِي أَنبأَنَا الْحَافِظ أَبُو بكر أَحْمد بن عَليّ بن ثَابت الطّيب-**أي الخطيب البغدادي**- قَالَ أما الْكَلَام فِي الصِّفَات فَإِن مَا رُوِيَ مِنْهَا فِي السّنَن الصِّحَاح مَذْهَب **السّلف** رَضِي الله عَنْهُم إِثْبَاتهَا وإجراؤها على **ظَاهرهَا** وَنفي الْكَيْفِيَّة **والتشبيه** عَنْهَا **وَالْأَصْل فِي هَذَا أَن الْكَلَام فِي الصِّفَات فرع على الْكَلَام فِي الذَّات** ويحتذى فِي ذَلِك حذوه ومثاله.

فَإِذا كَانَ مَعْلُوما أَن إِثْبَات رب الْعَالمين عز وَجل إِنَّمَا هُوَ **إِثْبَات وجود** لَا إِثْبَات تَحْدِيد وتكييف فَكَذَلِك إِثْبَات صِفَاته **إِنَّمَا هُوَ إِثْبَات وجود لَا إِثْبَات تَحْدِيد وتكييف**؛ فَإِذا قُلْنَا لله تَعَالَى **يَد** وَسمع وبصر، فَإِنَّمَا هُوَ إِثْبَات صِفَات أثبتها الله تَعَالَى لنَفسِهِ، وَلَا نقُول إِن معنى الْيَد الْقُدْرَة، وَلَا أَن معنى السّمع وَالْبَصَر، الْعلم، وَلَا نقُول إِنَّهَا **الْجَوَارِح**، **وَلَا نشبهها بِالْأَيْدِي** والأسماع والأبصار= الَّتِي هِيَ **جوارح وأدوات الْفِعْل**، ونقول إِنَّمَا ورد إِثْبَاتهَا لِأَن التَّوْقِيف ورد بهَا، وَوَجَب **نفي التَّشْبِيه** عَنْهَا ، لقَوْله تبَارك وَتَعَالَى {**لَيْسَ كمثله شَيْء وَهُوَ السَّمِيع الْبَصِير**} [الشورى 11] وَقَوله عز وَجل {وَلم يكن لَهُ كفوا أحد}"2609

نصوص لأئمة الأشاعرة في إثبات اليد صفة لله تعالى، منزهة عن الجوارح و الأبعض..

1-أبو الحسن الأشعري:

" وليس يخلو قوله تعالى{**لما خلقت بيدي**} أن يكون معنى ذلك إثبات يدين نعمتين، أو يكون معنى ذلك إثبات يدين **جارحتين**- **تعالى الله عن ذلك**- أو يكون معنى ذلك إثبات يدين قدرتين، أو يكون معنى ذلك إثبات يدين ليستا نعمتين ولا جارحتين ولا قدرتين لا توصفان إلا كما وصف الله تعالى، فلا يجوز أن يكون معنى ذلك نعمتين؛ لأنه لا يجوز عند أهل اللسان أن يقول القائل :عملت بيدي وهو نعمتي.

ولا يجوز **عندنا** ولا عند خصومنا أن نعني **جارحتين**، ولا يجوز عند خصومنا أن يعني قدرتين.

وإذا فسدت الأقسام الثلاثة صح القسم الرابع؛ وهو أن معنى قوله تعالى: (بيدي) إثبات يدين ليستا جارحتين، ولا قدرتين، ولا نعمتين لا يوصفان إلا بأن يقال: إنهما يدان ليستا كالأيدي، خارجتان عن سائر الوجوه الثلاثة التي سلفت"2610

2-ابن فورك:

"وَأعلم أَن **الْيَد** فِي اللُّغَة تسْتَعْمل على معَان:

مِنْهَا **الْجَارِحَة** وَالْملك وَالنعْمَة وَمَا أضيف إِلَى الله جلّ ذكره من ذَلِك مِمَّا هُوَ بِمَعْنى **الْجَارِحَة** فِيمَا بَينا فَهُوَ بِمَعْنى الصّفة فِي وَصفه **لإستحالة وَصفه بالجوارح** وَصِحَّة وَصفه بِالصِّفَاتِ وَقد يُضَاف إِلَيْهِ **الْيَد** على معنى الْملك وَالْقُوَّة وَالنعْمَة وَالْقُدْرَة أَيْضا وَإِنَّمَا نميز بَين مَعَانِيهَا بمواضعها الْمَذْكُورَة فِيهَا قراءتها المقترنة بهَا فَأَما معنى قَوْله جلّ وَعز {مَا مَنعك أَن تسْجد لما خلقت بيَدي}، وَقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاة وَالسَّلَام {خلق الله آدم يَوْم الْجُمُعَة **بِيَدِهِ**}... **فَهُوَ بِمَعْنى الصّفة، لَا** يَلِيق بِهِ معنى النِّعْمَة وَالْقُوَّة وَالْملك، وَكَذَلِكَ قَوْله: {كتب **بِيَدِهِ** على نَفسه}.."2611

2607 - اعتقاد أهل الحديث:ص51.

2608 - نقله عنه الذهبي في سير أعلام النبلاء:351/18.

2609 - ذم التأويل:ص15، و نقله عنه الذهبي مستشهدا به في رسالته:"إثبات اليد"،ص41.

2610 - الإبانة عن أصول الديانة، ص134.

2611 - مشكل الحديث وبيانه، ص433.

ISSN:2509-0291

3- أبو بكرالباقلاني:

"أَبْوَاب شَتَّى فِي **الصِّفَات**- باب فِي أَن الله وَجها **ويدين**: فَإِن قَالَ قَائِل فَمَا الْحجَّة فِي أَن لله عز وَجل وَجها ويدين؟ قيل لَهُ قَوْله تَعَالَى لله {وَيبقى وَجه رَبك ذُو الْجلَال وَالْإِكْرَام} وَقَوله {مَا مَنعك أَن تسْجد لما خلقت بيَدي}= **فَأَثْبت لنَفسِهِ وَجها ويدين**.

فَإِن قَالُوا فَمَا أنكرتم أَن يكون الْمَعْنى فِي قَوْله:{خلقت بيدي}،أنه خلقه بقدرته أَو بنعمته لِأَن الْيَد فِي اللُّغَة قد تكون 296بمَعْنى النِّعْمَة وَبِمَعْنى الْقُدْرَة كَمَا يُقَال لي عِنْد فلَان يَد بَيْضَاء يُرَاد بِهِ نعْمَة وكما يُقَال هَذَا الشَّيْء فِي يَد فلَان وَتَحْت يَد فلَان يُرَاد بِهِ أَنه تَحت قدرته وَفِي ملكه، وَيُقَال رجل أيد إِذا كَانَ قَادِرًا ، وكما قَالَ الله تَعَالَى {خلقنَا لَهُم مِمَّا عملت أَيْدِينَا أنعاما}، يُرِيد عَملنَا بقدرتنا..فَكَذَلِك قَوْله {خلقت بيَدي}، يَعْنِي بِقُدْرَتِي أَو نعمتي.

يُقَال لَهُم هَذَا بَاطِل لِأَنقوله: { بيَدي}يَقْتَضِي إِثْبَات يدين هما صفة لَهُ، فَلَو كَانَ الْمُرَاد بهما الْقُدْرَة لوَجَب أَن يكون لَهُ قدرتان، وَأَنْتُم فَلَا تَزْعُمُونَ أَن للباري سُبْحَانَهُ قدرَة وَاحِدًا فَكيف يجوز أَن تثبتوا لَهُ قدرتين وَقد أجمع الْمُسلمُونَ من مثبتي الصِّفَات والنافين لَهَا على أَنه لَا يجوز أَن يكون لَهُ تَعَالَى قدرتان فَبَطل مَا قُلْتُمْ، وَكَذَلِكَ لَا يجوز أَن يكون الله تَعَالَى خلق آدم بنعمتين لِأَن نعم الله تَعَالَى على آدم وعَلى غَيره لَا تحصى، وَلِأَن الْقَائِل لَا يجوز أَن يَقُول رفعت الشَّيْء بيَدي أَو وَضعته بيَدي أَو توليته بيَدي وَهُوَ يَعْنِي نعْمَته، وَكَذَلِكَ لَا يجوز أَن يُقَال لي عِنْد فلَان يدان يَعْنِي نعمتين وَإِنَّمَا يُقَال لي عِنْده يدان بيضاوان، لِأَن القَوْل "يَد" لَا يسْتَعْمل إِلَّا فِي **الْيَد الَّتِي هِيَ صفة للذات**.

وَيدل على **فَسَاد تأويلهم** أَيْضا أَنه لَو كَانَ الْأَمر على مَا قَالُوهُ لم يغْفل عَن ذَلِك إِبْلِيس وَعَن أَن يَقُول وَأي فضل لآدَم عَليّ يَقْتَضِي أَن أسجد لَهُ وَأَنا أَيْضا بيَدِك خلقتني الَّتِي هِيَ قدرتك وبنعمتك خلقتني وَفِي الْعلم بِأَنَّهُ الله تَعَالَى فضل آدم عَلَيْهِ بخلقه بيدَيْهِ دَلِيل على فَسَاد مَا قَالُوهُ، فإِن قَالَ قَائِل فَمَا أنكرتم أَن يكون وَجهه وَيَده جارحة إِذْ كُنْتُم لم تعقلوا يَد صفة وَوجه صفة لَا جارحة؟

يُقَال لَهُ لَا يحب ذَلِك كَمَا لَا يجب إِذا لم نعقل حَيا عَالما قَادِرًا إِلَّا جسما أَن نقضي نَحن وَأَنْتُم على الله تَعَالَى بذلك،وكما لَا يجب مَتى كَانَ قَائِما بِذَاتِهِ أَن يكون جوهرا أَو جسما لأَنا وَإِيَّاكُم لم نجد قَائِما بِنَفسِهِ فِي شاهدنا إِلَّا كَذَلِك.

وَكَذَلِكَ الْجَواب لَهُم إِن قَالُوا فَيجب أَن يكون علمه وحياته وَكَلَامه وَسَائِر صِفَاته لذاته أعراضا أَو أجناسا أَو حوادث أَو أغيارا لَهُ أَو حَالَة فِيهِ أَو محتاجة لَهُ إِلَى قلب وَاعْتَلُّوا بالوجود.. فصح أَنه بَاقٍ بِبَقَاء إِذْ كَانَ قَدِيما يَسْتَحِيل أَن تكون ذَاته بَقَاء أَو فِي معنى الصِّفَات"2612

4- أبو بكر البيهقي.

فَأَمَّا قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: {يَا إِبْلِيسُ مَا مَنَعَكَ أَنْ تَسْجُدَ لِمَا خَلَقْتُ بِيَدَيَّ} ، **فَلَا يَجُوزُ** أَنْ يُحْمَلَ عَلَى **الْجَارِحَةِ**، لِأَنَّ الْبَارِيَ جَلَّ جَلَالُهُ وَاحِدٌ، لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ **التَّبْعِيضُ**، **وَلَا عَلَى** الْقُوَّةِ وَالْمُلْكِ وَالنِّعْمَةِ وَالصِّلَةِ؛ لِأَنَّ الِاشْتِرَاكَ يَقَعُ حِينَئِذٍ بَيْنَ وَلِيِّهِ آدَمَ وَعَدُوِّهِ إِبْلِيسُ، فَيَبْطُلُ مَا ذَكَرَ مِنْ تَفْضِيلِهِ عَلَيْهِ لِبُطْلَانِ مَعْنَى التَّخْصِيصِ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ يُحْمَلَا عَلَى **صِفَتَيْنِ تَعَلَّقَتَا** بِخَلْقِ آدَمَ تَشْرِيفًا لَهُ، دُونَ خَلْقِ إِبْلِيسَ تَعَلُّقَ الْقُدْرَةِ بِالْمَقْدُورِ، لَا مِنْ طَرِيقِ **الْمُبَاشَرَةِ**، وَلَا مِنْ حَيْثُ **الْمُمَاسَّةِ**، وَكَذَلِكَ تَعَلَّقَتْ بِمَا رُوِّينَا فِي الْأَخْبَارِ مِنْ خَطِّ التَّوْرَاةِ وَغَرْسِ الْكَرَامَةِ لِأَهْلِ الْجَنَّةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ تَعَلُّقَ الصِّفَةِ بِمُقْتَضَاهَا، وَقَدْ رُوِّينَا ذِكْرَ الْيَدِ فِي أَخْبَارٍ أُخَرَ إِلَّا أَنَّ سِيَاقَهَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهَا الْمُلْكُ وَالْقُدْرَةُ وَالرَّحْمَةُ وَالنِّعْمَةُ، أَوْ جَرَى ذِكْرُهَا صِلَةً فِي الْكَلَامِ ، **فَأَمَّا فِيمَا قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ** فَإِنَّهُ يُوجِبُ التَّفْضِيلَ، وَالتَّفْضِيلُ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِالتَّخْصِيصِ، فَلَمْ يَجُزْ حَمْلُهَا فِيهِ عَلَى غَيْرِ الصِّفَةِ، وَكَذَلِكَ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ جَرَى ذِكْرُهَا عَلَى طَرِيقِ التَّخْصِيصِ، فَإِنَّهُ يَقْتَضِي تَعَلُّقَ **الصِّفَةِ** الَّتِي تُسَمَّى بِالسَّمْعِ "**يَدًا**" بِالْكَائِنِ فِيمَا خَصَّ بِذِكْرِهَا فِيهِ تَعَلُّقَ الصَّفْحَةِ بِمُقْتَضَاهَا، ثُمَّ لَا يَكُونُ فِي ذَلِكَ بُطْلَانُ مَوْضِعِ تَفْضِيلِ آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَى إِبْلِيسَ، لِأَنَّ التَّخْصِيصَ إِذَا وُجِدَ لَهُ فِي مَعْنًى دُونَ إِبْلِيسَ لَمْ يَضُرَّ مُشَارَكَةُ غَيْرِهِ إِيَّاهُ فِي ذَلِكَ الْمَعْنَى، بَعْدَ أَنْ لَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ إِبْلِيسُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ"2613

2612 - تمهيد الأوائل في تلخيص الدلائل، ص299.

2613 - الأسماء والصفات، ص126.

5-ابن عساكر.

قال ناقلا عن أبي الحسن الأشعري، مقرا بكلامه، واصفا له بكونه:" **حسن الإعتقاد، مستوصب الْمَذْهَب عِنْد أهل الْمعرفَة بِالْعلمِ والانتقاد**"

"وَقَالَت الْمُعْتَزلَة: لَهُ يَد، يَد قدرَة ونعمة، وَوَجهه وَجه وجود، وَقَالَت الحشوية: يَده يَد **جارحة** وَوَجهه وَجه **صُورَة**. فسلك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ طَرِيقَة بَينهمَا فَقَالَ يَده **يَد صفة** وَوَجهه وَجه **صفة** كالسمع وَالْبَصَر"[2614]

و خلاصة هذا المبحث:

✦ أن أصل المعنى الذي تثبته المدرسة السلفية المعاصرة في صفة "**اليد**"-(و القول فيها كالقول في غيرها إذ الباب واحد)- هو تشابه في أمور **وجودية**، و ليست **ذهنيات** بحتة، و هذا ما أفادت النصوص المنقولة عن **السلف الصالح** استحالته في حق الباري تعالى، و منافاته لأزليته.

✦ و أن هذه النقول تنفي أي تشابه بين يد الخالق ويد المخلوق؛ من كونها **آلة** أو في معنى الأبعاض.. و غير ذلك مما هو من مخرجات إعمال التواطؤ في فهم مدلولات نصوص الصفات الخبرية، خاصة ما كان منها من قبيل الأعيان= التي هي نظير الأبعاض و الآلات..

✦ لا ينفي أبو الحسن الأشعري و مفوضة الأشاعرة- بل حتى بعض من وسموا بالتأويل كابن فورك- كون اليد صفة لله تعالى على ما يليق بكماله و جلاله، و إنما ينفون كونها من قبيل الأبعاض..

✦ تطابق مدلولات نصوص الأشاعرة مع المنقول عن السلف و من تابعهم من العلماء المتفق على صحة معتقدهم.

✦ و أن قوله تعالى:{ليس كمثله شيء} دال على نفي مطلق التشابه، لا على التشابه المطلق(التمثيل).

✦ لا فرق في اللغة بين لفظي التمثيل و التشبيه.

✦ و أن حمل قوله تعالى:{ليس كمثله شيء} على نفي التمثيل دون التشبيه= هو من باب حمل مدلولات الكتاب و السنة على الاصطلاحات الحادثة، و هو **ممنوع** عند الفريقين **اتفاقا**.

تنبيهان لا بد منهما:

☚ لا بد لي من التنبيه على وجود لبنة لتضييق دائرة الخلاف بينهم و بين جمهور العلماء من الماتوريدية و الحنابلة و الأشعرية؛ فقد نص بعض الباحثين المعاصرين على الاكتفاء في فهم مدلولات نصوص الصفات على الأمور الاعتبارية و الحكمية.

و من هؤلاء الدكتور ماهر أمير عبد الكريم، في رسالة له تحت عنوان: "**الانتصار للتدمرية**"، حيث قال - وفقه الله تعالى-:

" ثم انظر كيف قرر هو نفسه-يقصد ناقض التدمرية سعيد فودة- ما ذكره **ابن تيمية**، ولكن بألفاظ أخرى حيث قال:(و أما ادعاؤه بأنه لولا وجود قدر من التواطؤ في المسميات لما فهم الخطاب فهو باطل؛ فإن الأسماء قد تشترك من حيث الإطلاق على حقائق مختلفة لا اشتراك بين حقاقها الخارجية، بل قد يوجد الاشتراك في بعض **الأحكام الاعتبارية** كما وضحناه سابق..)"[2615]

☚ ليس المقصود من هذا المقال ثلب إخواننا السلفيين، فحرصهم على السنة، و تعظيمهم للسلف، و تفانيهم في التمسك بآثارهم لا يخفى على أحد، و إنما المقصود أصالة=توصيف الخلاف، و تضييق دائرته تحقيقا للوحدة بين المسلمين، و الله من وراء القصد. و صلى الله و بارك على نبينا محمد و آله و صحبه.

لائحة المصادر و المراجع

2614 - تبيين كذب المفتري فيما نسب إلى الإمام أبي الحسن الأشعري، ص158.

2615 - الانتصار للتدمرية"ص301.

1- الإبانة عن أصول الديانة، المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن إسحاق بن سالم بن إسماعيل بن عبد الله بن موسى بن أبي بردة بن أبي موسى الأشعري (ت 324هـ)
المحقق: د. فوقية حسين محمود، الناشر: دار الأنصار – القاهرة، الطبعة: الأولى،1397هـ
2- إبطال التأويلات لأخبار الصفات، المؤلف: القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن الفراء (ت 458هـ)،تحقيق ودراسة: أبي عبد الله محمد بن حمد الحمود النجدي،الناشر: غراس للنشر والتوزيع – الكويت، الطبعة: الأولى، 1434 هـ - 2013 م.7هـ
3- الإحكام في أصول الإحكام. أبو الحسن علي بن محمّد بن سالم سيف الدّين، الآمدي(ت631هـ)بيروت : دار الفكر، الطبعة الأولى، 1401هـ/ 1981 م
4- الأسماء والصفات للبيهقي، المؤلف: أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي (ت 458 هـ)،حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: عبد الله بن محمد الحاشدي، قدم له: الشيخ مقبل بن هادي الوادعي، الناشر: مكتبة السوادي، جدة - المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م.
5- الأصل الجامع في باب الصفات و طريقة السلف فيه، المؤلف: عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن الراجحي مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية http://www.islamweb.net
6- أصول السنة لابن أبي زمنين، بو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد المري، الإلبيري المعروف بابن أبي زَمَنِين المالكي (ت 399هـ)، تحقيق وتخريج وتعليق: عبد الله بن محمد عبد الرحيم بن حسين البخاري، الناشر: مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة النبوية، الطبعة: الأولى، 1415 هـ
7- أضواء البيان، المؤلف : محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، الناشر : دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت – لبنان، عام النشر : 1415 هـ - 1995 م
8- الإيمان، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت 728هـ، المحقق: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، عمان، الأردن، الطبعة: الخامسة، 1416هـ/1996م
9- بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز المؤلف: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (ت 817هـ)، المحقق: محمد علي النجار ، الناشر: المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة.
10- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الزبيدي، تحقيق عبد الحليم الطحاوي، مطبعة حكومة الكويت، الطبعة الثانية، 1407هـ/1987م
11- التبصير في معالم الدين، أبو جعفر الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي (ت 310هـ)، المحقق: علي بن عبد العزيز بن علي الشبل، الناشر: دار العاصمة الطبعة: الأولى 1416 هـ - 1996 م
12- تبيين كذب المفتري فيما نسب إلى الإمام أبي الحسن الأشعري المؤلف: ثقة الدين، أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر (ت 571هـ) الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة: الثالثة، 1404هـ
13- التحفة المهدية شرح العقيدة التدمرية المؤلف: فالح بن مهدي بن سعد بن مبارك آل مهدي، الدوسري، الناشر: مطابع الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة: الثالثة، 1413هـ

14-التلخيص الحبير للرافعي الكبير لمؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الطبعة الأولى 1419هـ 1989م.

15-تمهيد الأوائل في تلخيص الدلائل ، محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن القاسم، القاضي أبو بكر الباقلاني المالكي (ت 403هـ)،المحقق: عماد الدين أحمد حيدر، الناشر: مؤسسة الكتب الثقافية – لبنان، الطبعة: الأولى، 1407هـ - 1987م

16-تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري (ت370هـ)، طبعة الدار المصرية..

17-ذم التأويل، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت 620هـ)، المحقق: بدر بن عبد الله البدر، الناشر: الدار السلفية – الكويت، الطبعة: الأولى، 1406هـ

18-الرؤية الوهابية للتوحيد و أقسامه" للدكتور عثمان مصطفى النابلسي، طبع دار النور المبين، الطبعة الأولى، 2017م

19-الروح في الكلام على أرواح الأموات والأحياء بالدلائل من الكتاب والسنة المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ) الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.

20-سير أعلام النبلاء، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت 748 هـ)، حقق بإشراف: شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، 1405 هـ - 1985 م

21-شرح التدمرية ناصر العقل مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية http://www.islamweb.net.

22-شرح التدمرية الخميس المؤلف: محمد بن عبد الرحمن الخميس، الناشر: دار أطلس الخضراء، الطبعة: 1425هـ2004م

23-شرح تنقيح الفصول، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ)،المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1393 هـ - 1973م.

24- شرح الشافية الكافية، طبع مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية، الطبعة الأولى: 1435هـ

25- شرح العقيدة التدمرية البراك، المؤلف: عبد الرحمن بن ناصر البراك، إعداد: عبد الرحمن بن صالح السديس، الناشر: مؤسسة وقف الشيخ عبد الرحمن بن ناصر البراك الطبعة: السابعة، 1442 هـ - 2021 م

26- شرح القواعد السبع من التدمرية لمؤلف: يوسف بن محمد علي الغفيص، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية http://www.islamweb.net

27- شرح العقيدة الطحاوية خالد المصلح، لمؤلف : خالد بن عبد الله بن محمد المصلح مصدر الكتاب : دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية http://www.islamweb.net

28- شرح العقيدة الطحاوية صالح آل الشيخ، طبعة دار المودة،1432هـ/2011م.

العقود الذهبية على مقاصد الواسطية، سلطان بن عبد الرحمن العميري،طبعة دار مدراج، الطبعة الأولى، 1440هـ/2019م.

29- شرح الكوكب المنير،محمد بن عبد العزيز بن النجار الفتوحي، (ت972هـ)، تحقيق د محمد الزحيلي، د نزيه كما حماد، منشورات معهد البحوث العلمية بجامعة أم القرى،1402هـ/1982م

30- شرح الواسطية لمحمد بن صالح، طبعة دار الثريا، الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م.

31- شرح الواسطية للهراس، المؤلف: محمد بن خليل حسن هرّاس، ضبط نصه وخرّج أحاديثه ووضع الملحق: علوي بن عبد القادر السقاف
الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الخبر
الطبعة: الثالثة، 1415 هـ
32- الصحاح، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري:(ت397هـ)، طبعة دار الحديث، القاهرة، 1430هـ/2009م.
33- الصفدية، المؤلف : تقي الدين أبو العَباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت 728هـ)
المحقق : محمد رشاد سالم، الناشر : مكتبة ابن تيمية، مصر، الطبعة : الثانية، 1406هـ

34- الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، المحقق: علي بن محمد الدخيل الله، الناشر: دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1408هـ
35- اعتقاد الإمام المنبل، أبو الفضل عبد الواحد بن عبد العزيز بن الحارث التميمي (ت410هـ)، دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م
36- اعتقاد أهل الحديث، أبو بكر أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل بن العباس بن مرداس الإسماعيلي الجرجاني (ت 371هـ)، المحقق: محمد بن عبد الرحمن الخميس،الناشر: دار العاصمة – الرياض، الطبعة: الأولى، 1412هـ
37- العرش وما روي فيه المؤلف : أبو جعفر محمد بن عثمان بن أبي شيبة العبسي (المتوفى : 297هـ)، المحقق : محمد بن خليفة بن علي التميمي، الناشر : مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة : الأولى، 1418هـ1998م
38- العقيدة الطحاوية، المؤلف: أبو جعفر الطحاوي، ت (321هـ)، شرح وتعليق: محمد ناصر الدين الألباني (ت 1420 هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت، الطبعة: الثانية، 1414 هـ
39- العين مرتبا على حروف الهجاء، ترتيب د:عبد الحميد الهنداوي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م.
40- الفتاوى الحديثية للهيثمي: المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (ت 973هـ)، الناشر: دار الفكر.
41- فتاوى محمد بن صالح لمؤلف: محمد بن صالح بن محمد العثيمين، جمع وترتيب: فهد بن ناصر بن إبراهيم السليمان، الناشر: دار الوطن - دار الثريا
الطبعة: الأولى، 1407هـ.
42- الفقه الأكبر، لمؤلف: أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن مرزُبان الكوفيّ، (ت 150هـ)
الناشر: مكتبة الفرقان - الإمارات العربية، الطبعة: الأولى، 1419هـ - 1999م
43- قواعد الترجيح عند المفسرين، المؤلف: حسين بن علي بن حسين الحربي
أصل الكتاب: رسالة ماجستير- كلية أصول الدين، جامعة الإمام، بإشراف الشيخ منا القطان، الناشر: دار القاسم – السعودية، الطبعة: الثانية، 1429 هـ - 2008 م.
44- لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (ت711هـ)، طبع دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، 1419هـ/1999م
45- مجموع الفتاوى المؤلف: شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، وساعده: ابنه محمد ، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة – السعودية، عام النشر: 1425 هـ - 2004 م

ISSN:2509-0291

46- المحصول في أصول الفقه. أبو عبد الله محمّد بن عمر بن الحسين الفخر الرّازي (ت606هـ)، تحقيق : د .طه جابر فيّاض، الرّياض : من مطبوعات جامع بن سعود، الطبعة الأولى، 1399هـ / 1989 م.

47- مسائل الإمام ابن باز، لعبد الله بن مانع، المؤلف: عبد العزيز بن عبد الله بن باز (ت ١٤٢٠هـ(تقييد وجمع وتعليق: الشيخ أبي محمد عبد الله بن مانع الناشر: دار التدمرية، الرياض - المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م

48- مشكل الحديث وبيانه، المؤلف: محمد بن الحسن بن فورك الأنصاري الأصبهاني، أبو بكر (ت 406هـ)، المحقق: موسى محمد علي، الناشر: عالم الكتب – بيروت، الطبعة: الثانية، 1985م.

49- المصباح، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، تحقيق:د عبد العظيم الشناوي، طبع دار المعارف، الطبعة الثانية.

50- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق عبد السلام هارون، طبعة دار الفكر، 1399هـ/1979م

51- المعالم في أصول الفقه، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي(ت 606هـ)، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، و علي محمد معوض، طبع دار المعرفة، 1998م

52- معيار العلم، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي(ت505ه)، طبعة بيروت: دار الأندلس،طبعة 1997م.

53- الانتصار للتدمرية، المؤلف:ماهر أمير عبدالكريم، الناشر:مركز تكوين للدراسات، تاريخ النشر2017م.

54- نقض عثمان بن سعيد على المريسي الجهمي العنيد فيما افترى على الله في التوحيد، المؤلف: أبو سعيد عثمان بن سعيد بن خالد بن سعيد الدارمي السجستاني (ت 280 هـ) تحقيق: منصور السماري.، طبعة: مكتبة أضواء السلف. الطبعة الأولى:1419هـ/1999م.

55- نهاية الأصول المؤلف: صفي الدين محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي (715هـ)
المحقق: د. صالح بن سليمان اليوسف - د. سعد بن سالم السويح
أصل التحقيق: رسالتا دكتوراة بجامعة الإمام بالرياض
الناشر: المكتبة التجارية بمكة المكرمة
الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1996 م

"المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ـ المتاجرة في العملات انموذجا ـ"

"Shari'ah Standards for Islamic Financial Institutions - Currency Trading as an Example"

الباحث حسام حاوكش
باحث في سلك الدكتوراه ـ
الفقه المقارن بالقانون ـ
-كلية الشريعة- جامعة سيدي محمد بن عبد الله ـ فاس

الدكتور إبراهيم أبا محمد
أستاذ التعليم العالي بكلية الشريعة
جامعة سيدي محمد بن عبد الله. فاس

الملخص:
يفرق البحث بين القبض الحقيقي (تسلم العملة باليد) والقبض الحكمي (عبر الوسائل الحديثة مثل الشيكات والتحويلات)، مع ضرورة التقابض الفوري للبدلين في المتاجرة بالعملات لتجنب المحاذير الشرعية، يناقش أيضا أثر وسائل الاتصال الحديثة في إبرام الصفقات عن بعد، ويوضح أحكام التعاقد من خلال وسائل الاتصال كالهاتف والحاسب الآلي.، يستعرض البحث **المواعدة في العملات** كاستراتيجية لحماية الصفقات من تقلبات السوق. تبيّن الأحكام الشرعية أن المواعدة غير الملزمة جائزة، بينما تكون المواعدة الملزمة محرمة لأنها تتعارض مع مبدأ المخاطرة الضروري في التجارة.
الكلمات المفتاحية: المتاجرة في العملات. المضاربة في العملات. تحليل شرعي للمتاجرة. القبض في التعاملات المالية. المواعدة في العملات.

Abstract:
The study differentiates between actual possession (taking physical delivery of the currency) and constructive possession (through modern means such as checks and transfers), emphasizing the necessity of immediate possession of both exchanged items in currency trading to avoid religious prohibitions. It also examines the impact of modern communication methods on remote transactions and clarifies the rules for contracting through communication tools like telephones and computers. Additionally, the study reviews *currency promises* as a strategy to safeguard transactions from market fluctuations. Islamic legal rulings indicate that non-binding promises are permissible, while binding promises are prohibited, as they conflict with the essential principle of risk-sharing in commerce
Keywords: Currency Trading - Currency Speculation - Islamic Analysis of Trading - Possession in - Financial Transactions - Currency Promises

مقدمة

إن من أهم ما أنتجه الاجتهاد الفقهي المعاصر في فقه المعاملات المالية هو (المعايير الشرعية) الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، والتي بلغت بفضل الله ومنته 59 معيارا عالجت تفصيلات جزء كبير من عقود الصناعة المالية الإسلامية ومنتجاتها (بما تشتمل عليه من مصرفية، مصرفية، وتكافل، ومصرفية استثمارية، وأسواق المال ومنتجاتها، وشركات تمويل، وغيرها).

وقد جعل الله لهذه المعايير القبول، وعم بنفعها حتى بلغت الآفاق من أقصى الدنيا إلى أدناها، بل إنه يمكن القول بأنها أصبحت المرجع الأبرز والأهم للصناعة المالية الإسلامية على مستوى العالم كله من جهات تشريعية إشرافية ورقابية وبنوك وشركات استثمار وتأمين وتمويل.

وثم بحول الله اختيار المعيار الأول من المعايير الشرعية (المتاجرة في العملات) لدراسته حيث تعتبر المتاجرة في العملات أو ما يعرف بتداول الفوركس **(Forex Trading)** من أسرع الأسواق نموًا في العالم وأوسعها انتشارا.

حيث يجذب هذا السوق الضخم مستثمرين من شتى المستويات بفضل سيولته العالية وإمكانية التداول على مدار الساعة، ويتيح الفوركس للمستثمرين شراء وبيع العملات لتحقيق أرباح من تغير أسعار الصرف بين العملات العالمية، وفي عالم تسوده العولمة والاعتماد المتزايد على التجارة الدولية، باتت التحركات في أسعار العملات تشكل جزءا مهما من استراتيجيات الأفراد والشركات على حد سواء.

الإشكالية الرئيسية

في ظل العولمة الاقتصادية وتوسع الأسواق المالية، باتت المتاجرة في العملات، أو ما يُعرف بسوق الفوركس، إحدى أبرز أدوات الاستثمار الحديثة التي يقبل عليها المستثمرون من مختلف المستويات.

هذا يطرح تساؤلا هاما حول مدى فعالية هذا السوق كمصدر للربح المستدام للمستثمرين، ويدفعنا للتساؤل :**إلى أي مدى يمكن اعتبار المتاجرة في العملات وسيلة فعالة لتحقيق الربح في الأسواق المالية، مع مراعاة المخاطر المحتملة والتقلبات المرتبطة بسوق الفوركس؟**

وللإجابة عن هذه الإشكالية لابد من تجزيئها إلى أسئلة فرعية كالتالي:

- ماهي المتاجرة في العملات؟ وما هو حكمها؟
- ما المقصود بالقبض وأنواعه؟ وما هو الأثر المترتب عن استخدام وسائل الاتصال الحديثة؟
- وماهي الكيفية التي يتعامل بها في كل من الأسواق والمصارف في مجال المتاجرة في العملات؟

أهمية الموضوع

تنبع أهمية دراسة موضوع المتاجرة في العملات من كونه يمثل أحد أكبر الأسواق المالية في العالم وأكثرها سيولة، حيث يتم تبادل تريليونات الدولارات يوميًا بين مختلف المتداولين. إن فهم آليات سوق الفوركس وتقييم العوامل المؤثرة فيه يُعدّ ضرورة ملحّة، نظرًا لتأثيره المباشر على القرارات الاستثمارية للأفراد والشركات، سواء كان ذلك بهدف تحقيق الربح أو للتحوّط من مخاطر تقلبات الأسعار.

الدراسات السابقة

- تداول العملات ببساطة دليل الاستثمار في سوق الفوركس بحث مقدم من موقع ديلي فوركس، كوم سنة 2015.

يتحدث هذا الكتاب عين كيفية الانطلاق في تعلم الفوركس والتحليل الفني والتحليل الأساسي مع كيف تتداول بالاعتماد على أخبار فوركس بالإضافة إلى إدارة المخاطر والإدارة المالية في تداول الفوركس، وكذا تطرق أفضل شركات الفوركس.

- **Fundamentals of currency trading**, mastering technical analysis fundamental analysis trading psychology risk management, karen foo, 2018.

كتاب **"Fundamentals of Currency Trading"**من تأليف **كارين فو** هو دليل شامل عن تداول العملات (الفوركس) ويغطي مجموعة من الموضوعات الأساسية التي يحتاجها أي متداول لبدء فهم هذا السوق وتطوير مهاراته فيه.

منهج الدراسة

اعتمد المنهج الوصفي من خلال توضيح الإطار النظري للمتاجرة في العملات وبيان حكمه، إضافة للمنهج الاستقرائي الذي يتضح من خلال استقراء جل الأحكام ذات صلة بالموضوع.

ISSN:2509-0291

خطة الدراسة

ستتم هذه الدراسة وفق التصميم التالي:

المبحث الأول: الإطار النظري للمتاجرة في العملات

المبحث الثاني: المواعدة في المتاجرة بالعملات واقعها في الأسواق والمصارف

المبحث الأول: الإطار النظري للمتاجرة في العملات

تُعد المتاجرة في العملات من أبرز جوانب الاقتصاد المعاصر وأكثرها تفاعلاً مع التطورات التقنية والسياسية والاقتصادية العالمية. يستند هذا المبحث إلى استعراض الإطار النظري للمتاجرة في العملات، حيث يُسلَّط الضوء على المفاهيم الأساسية، مثل التعريف بالمتاجرة في العملات **المطلب الأول**، والقبض وأنواعه وأثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة في المتاجرة في العملات المطلب الثاني.

المطلب الأول: التعريف بالمتاجرة(المضاربة) في العملات وحكمها

أولا: تعريف المتاجرة في العملات: المتاجرة مصدر للفعل تاجر، **ومعناها لغة:** شراء الشخص شيئا لبيعه بربح، أو تقليب المال بالبيع والشراء لغرض الربح.

وهي أخص من البيع، فهو مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا، أو مبادلة المال بالمال بالتراضي، وقد تكون هذه المبادلة بقصد الربح، أو بقصد آخر كالحصول على ما يحتاج إليه الشخص دون ربح أو خسارة كما في بيع التولية، أو بخسارة كما في بيع الحطيطة أو الوضيعة. فالفرق بين المتاجرة (أو التجارة) والبيع هو قصد الاسترباح في المتاجرة سواء تحقق أم لم يتحقق، لأن هذا القصد يراعى عند الشراء.

ثانيا: ما يدخل في المتاجرة في العملات وما لا يدخل: يعرف مما سبق أن المتاجرة في العملات هي بيع العملات بقصد الاسترباح، فلا يدخل في ذلك ما يلي:

- الصرف بين العملات، لأنه قد يكون الغرض منه الحصول على العملة لقضاء حاجات المتصارفين دون أن يقصد الاسترباح.
- الحوالات بأنواعها، (حوالة الدين - حوالة الحق - تحويلات العملات من مكان إلى آخر) لأنها لقضاء مصالح شخصية أو تجارية، ولا يترتب على الحوالة ربح لأنها نقل للعملات بمبالغها نفسها من ذمة إلى أخرى، أو لمجرد إيصال العملات إلى مكان آخر للمستفيد من ذلك .
- حسم الكمبيالات، لأنه من قبيل بيع الدين بأقل منه وهو من المعاملات المحرمة لأنه من الربا .
- مدى تأثير الصياغة في بيع الشيء بجنسه، لأن ذلك لا يجرى إلا في بيع الذهب أو الفضة.

ثالثا: تعريف المضاربة في العملات وأنواعها :

مما له صلة بالمتاجرة في العملات ما يطلق عليه (المضاربة في العملات Speculation)وهي أمر آخر غير المضاربة الشرعية (القراض) التي هي مشاركة بين رأس المال والعمل بقصد الاسترباح، أما المضاربات في الأسواق المالية فهي نوع من المجازفة والمقامرة.

ويمكن تعريف المضاربة في العملة بأنها طلب العملة لا لاستخدامها في سداد دين ما أو في شراء أصل ما، وإنما لأن المشتري لها يتوقع ارتفاع سعرها مستقبلا فيبيعها محققا الأرباح .

وبعبارة أخرى هي: عرض العملة لهدف محدد هو تفادي الخسائر في الاحتفاظ بها حيث يتوقع هبوط قيمتها وبعض الباحثين يعرفها بأنها مراجحة أو تحكيم زمني، أي بيع اليوم للشراء غدا، أو شراء اليوم للبيع غدا.

وكثيرا ما تتم المضاربة عن طريق إطلاق الإشاعات في السوق أن السعر سيهبط أو يرتفع حسبما يتفق ومصلحة المضاربين ا تمهيدا لعملياتهم التي فيها مضارب بعض الأشخاص أو الفئات أو المجتمعات.

وتحدث المضاربات في السلع والأوراق المالية، كما تحدث أكثر في العملات، لما لها من طبيعة خاصة تتميز بها عن السلع، وهي عدم وجود أساس ثابت يحكم مستوى سعرها العادي، في حين توجد في السلع الأخرى نفقة الإنتاج، وبالتالي فتقلبات قيمتها مرنة إلى حد كبير.

وكثيرا ما تتم المضاربة عن طريق إطلاق الإشاعات في السوق أن السعر سيهبط أو يرتفع حسبما يتفق ومصلحة المضاربين تمهيدا لعملياتهم التي فيها مضارب بعض الأشخاص أو الفئات أو المجتمعات.

وتحدث المضاربات في السلع والأوراق المالية، كما تحدث أكثر في العملات، لما لها من طبيعة خاصة تتميز بها عن السلع، وهي عدم وجود أساس ثابت يحكم مستوى سعرها العادي، في حين توجد في السلع الأخرى نفقة الإنتاج، وبالتالي فتقلبات قيمتها مرنة إلى حد كبير.

وهناك من يعرفون بالمضاربين على الهبوط **Bear** فهم يتوقعون الهبوط، أو يصنعونه، فيبيعون، وعندما تهبط الأسعار بالقدر المغري يعودون فيشترون، لمعرفتهم بأن السعر سيرتفع مستقبلا، حيث إن الهبوط كان مؤقتا، بل مفتعلا في كثير من الحالات كما أن هناك مضاربين على الصعود **Bull** يتوقعون الارتفاع، أو يصنعونه، فيشترون، ثم يعيدون البيع عندما يرتفع السعر بالقدر المغري.

رابعا: الفرق بين المتاجرة في العملات (أو المضاربة فيها) والصرف:

لزيادة الوضوح في معنى المتاجرة (أو المضاربة في العملات) لا بد من التمييز بين معناهما وبين الصرف الذي هو نوع من أنواع البيع دون توسع فيه، لأنه خارج النطاق المحدد للبحث.

والصرف من معانيه في اللغة: رد الشيء عن الوجه، والإنفاق، وبيع الدنانير[2616] بالدراهم، بالدراهم، قال المرغيناني: سمي بالصرف للحاجة إلى النقل من يد إلى يد ومعناه **اصطلاحا** بيع الثمن بالثمن جنسا بجنسه، أو بغير جنسه، ويدخل في بيع الثمن بالثمن جنسا بجنسه، أو بغير جنسه، ويدخل في مفهوم (الثمن) المصوغ من الذهب وغير المصوغ وكذلك المسكوك نقدا، فيطلق الصرف على بيع الذهب بالذهب (الدنانير بالدنانير) وبيع الفضة بالفضة (الدراهم) وبيع الذهب بالفضة، وبيع الفضة بالذهب، ونحو ذلك بيع أي عملة من النقود الاعتبارية بمثلها أو بعملة أخرى.[2617]

يخص المالكية لفظ (الصرف) ببيع النقد بنقد مغاير لنوعه كبيع الذهب بالفضة، أما إذا بيع النقد بنقد مثله فينظر:

- إن كان جنسهما متحدا وتم البيع بطريقة الوزن فهو (مراطلة).
- وإن كان جنسهما متحدا وتم البيع بطريقة العدد فهو (مبادلة).[2618]

ومن هنا يتبين أن هناك فرقا بين المتاجرة في العملات والصرف من حيث غرض المتعاملين مع أن كليهما مبادلة بين الأثمان، أو ما في حكمها، ويزداد الالتباس بالنظر إلى اتخاذ الصرافة مهنة، وهي من المهن التجارية، ولهذا الخفاء في الفرق يسارع بعض الباحثين إلى التسوية بين حكمهما.

والواقع أن هناك فرقا ظاهرا بالنسبة لمن لا يمتهن الصرافة، أما في حال اتخاذها مهنة فإن الفرق يصبح دقيقا جدا.

أما في القصد فالمتاجر أو المضارب بالعملة لا يتخذ الصرافة مهنة له ويزاول كلا من عملتي الشراء والبيع للعملات دون أن تكون له حاجة إلى الحصول على العملة التي ليست عنده، فهو يحصل على عملة معينة ويحتفظ بها بقصد أن يرتفع سعرها فيبيعها ليحقق ربحا.

وأما في الصرف فإنه لا يبيع إلا إذا ارتفع السعر، أي إنه لا يراعي سعر السوق في عملياته، بل يراعي تحقيق المزيد من الربح أما من يتخذ الصرافة مهنة له فإنه يشتري العملات التي ليست عنده بسعر السوق، سواء كان سعر تلك العملة منخفضا أم مرتفع

2616 المرغيناني، المرغيناني، المعجم الوسيط، الوسيط، القاموس المحيط، المحيط، لسان العرب مادة (صرف)، الهداية الجزء السادس ص 258.

2617 ابن الهمام، الهمام، فتح القدير 6/ 258 الشربيني، مغني المحتاج 2/25 ابن قدامة، المغني 4.

2618 الدردير الشرح الكبير لمختصر خليل.

ويبيع العملات التي عندها إلى من يطلبها في أي وقت وبسعر السوق أيضا، ومن جهة أخرى هو وسيط تجاري يشتري العملات المختلفة ممن هي لديهم إذا استغنوا عن الحاجة إليها، ويبيعها إلى المحتاجين إليها.

هذا بالنسبة للصيرفي، أما بالنسبة لعملائه فهم في الحالة السوية إما بائع لما استغنى عنه من عملات، أو مشتر لما احتاج إليه.

أما المتاجر بالعملات (أو المضارب فيها) فهو الذي يشتري ويبيع، لكن شراءه لا يحصل إلا عند رخص العملة التي يشتريها أو (توقع رخصها)، وبيعه لا يحصل إلا عند ارتفاع العملة التي اشتراها، اشتراها، على أنه قد يبيع إذا أخذت في الانخفاض الشديد خشية حصول نقيض ما قصده وهو وقوعه في الخسارة،بدلا من الربح.

ومما يوضح الفرق بين المتاجر بالعملة أو المضارب فيها وبين الصيرفي استحضار مصطلحي (التاجر المدير) و (التاجر المتربص أو المحتكر المحتكر) وهما المصطلحان المستخدمان في زكاة التجارة لدى المالكية.

فالتاجر المدير كالصيرفي: يبيع ما لديه بالسعر السائد أي بالتقليب كأرباب الحوانيت، الحوانيت، والتاجر المتربص أو المحتكر يرصد السوق ولا يبيع إلا إذا ارتفع السعر ويتبين مما سبق أن العلاقة بين المتاجرة في العملات والصرف هي العموم والخصوص المطلق، المطلق، فالصرف أعم لأنه يشمل بيع العملات للاسترباح أو بدونه، في حيث أن المتاجرة في العملات أو المضاربة فيها خاصة بقصد الاسترباح.

خامسا: حكم المتاجرة في العملات:

المتاجرة وجه من وجوه الكسب، وحكمها الإباحة ما لم يطرأ عليها سبب آخر ينقلها إلى الوجوب أو الندب أو الحرمة أو الكراهة.

وهذا السبب إما أن يكون ناشئا عن طبيعة محل التعاقد وهذا غير متحقق هنا، لأنه متقوم مشروع، إما أن يكون بملابسة أحد الأمور المقتضية للحرمة، أو للحرمة وفساد المعاملة، كالجهالة، أو الغرر، أو الغبن من التغرير، أو المخالفة لنهي خاص، كالاحتكار عند من يرى تحققه هنا.

حكم المتاجرة في العملات الجواز، سواء كان التعامل لأجل الاقتناء أو الاسترباح لأنها داخلة في عموم الأدلة الشرعية، من الكتاب والسنة الدالة على مشروعية البيع، إضافة إلى وجود أدلة خاصة عليه من السنة المشرفة.

منها ما رواه البخاري بسنده عن أبي بكر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **"لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء، وبيعوا الذهب بالفضة، والفضة بالذهب كيف شئتم"**2619.

فهذا الحديث يدل بوضوح على مشروعية التعامل بالبيع والشراء في الذهب والفضة والتجارة فيهما بالضوابط التي وضعها الحديث نفسه، وهي التماثل والتقابض في المجلس عند اتحاد الجنسين، والتقابض في المجلس عند اختلافه ومنها ما رواه مسلم وأصحاب السنن بسندهم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **"الذهب بالذهب والفضة بالفضة".**

إلى أن قال: " مثلا بمثل سواء بسواء، يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد".2620

ومنها ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تبيعو الذهب بالذهب إلا مثل ولاتشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائبا بناجز".2621

وهذه الأحاديث كلها تدل على جواز المتاجرة في الذهب والفضة وما في حكمهما كالعملات بهذه الضوابط التي ذكرتها تلك الأحاديث.

وعلى هذا جرت أحوال الناس من لدن عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عصرنا الحاضر حيث كان التعامل بذلك سائدا عن طريق الصيارفة وغيرهم قال ابن عبد البر: كتب أبو بكر الصديق رضي الله عنه إلى عماله: (ألا يشتروا الذهب بالذهب إلا مثل بمثل، ولا الفضة بالفضة إلا مثل بمثل) ثم قال ابن عبد البر: (على هذا مذهب الصحابة والتابعين وجماعة فقهاء المسلمين).2622

2619 صحيح البخاري مع الفتح، ط السلفية كتاب البيع 379/4.

2620 صحيح مسلم بشرح النووي 98/4.

2621 صحيح البخاري، مع الفتح 379380/4.

2622 ابن عبد البر ط،فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد. النفائس الدولية بالرياض 49/12.

أما ما نقل من أقوال لبعض الفقهاء التي يفهم منها التحريم فإن المراد منها لمن لم يكن متورعا متقيا من الوقوع في الشبهات عالما بأحكام التجارة وبخاصة أحكام الصرف.[2623]

المطلب الثاني: القبض أنواعه أثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة في المتاجرة بالعملات.

يشترط في المتاجرة بالعملات (مهما كان حكمها) التقابض للبدلين، والتماثل بين مقدارهما وزنا، إذا كانت المبادلة مع اتحاد الجنس، كالدرهم المغربي بالدرهم المغربي.

ويجب التقابض فقط إذا كانت المبادلة مع اختلاف الجنس، مع جواز التفاضل حينئذ وذلك كبيع الدرهم المغربي بالريال القطري حيث المقرر أن أنواع العملات أجناس مختلفة، فعملة كل بلد جنس مستقل من عملة بلد آخر.

والغرض من اشتراط التقابض تجنب ربا النساء وهو ربا التأجيل، والغرض من اشتراط التماثل تجنب ربا الفضل، وهو زيادة المال الذي لا يقابله عوض في معاوضة مالية في الجنس الواحد.[2624]

ودليل اشتراط التماثل والتقابض عند اتحاد العملات، واشتراط التقابض عند اختلاف الأحاديث السابقة.

ويجب خلو عقد الصرف أو المتاجرة بالعملات عن اشتراط الخيار، أو ضرب أجل التقابض.[2625]

<u>أولا</u>: نوعا القبض:

الأصل في القبض التسلم باليد كما جاء في الأحاديث: **"يدا بيد"** أو: **"هاء بهاء". أي: خذ وهات**[2626].

وينقسم القبض إلى حقيقي وحكمي، ولكل منهما صور:

1. القبض الحقيقي وصوره:

القبض الحقيقي في العملات يتم بالمناولة باليد للبدلين، أو هو ما يطلق عليه الفقهاء: الأخذ بالبراجم، أي الأصابع، ويشترط اتحاد المجلس في القبض الحقيقي.[2627]

وقد صدر بشأن القبض وكونه يتحقق اعتبارا وحكما كما يتحقق حسيا قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي برقم 53(6/3).

2. القبض الحكمي وصوره:

المرابد بالقبض الحكمي هو كل ما تحقق به الحيازة والتمكن من التصرف وليس فيه مناولة، ذلك فيكفي التمكين أو التخلية بوضع البدل تحت تصرف التعاقد، ذلك أن مبنى القبض أساس مسائله وصوره قائم على العرف، حيث إن الشرع أطلقه فيكون الرجوع فيه إلى العرف، زمن هنا فكل ما عده العرف قبضا في أي عصر من العصور فهو قبض، ما دام لا يصطدم مع نص شرعي ثابت صريح، وكذلك لا يجب الالتزام بجزئيات القبض وصوره في عصر ما بالنسبة للعصر الذي يليه مادام العرف قد تغير، لأن ما هو مبني على العرف لا يتغير بتغيره، يقول العلامة ابن القيم: فهمها تجدد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجره على بلدك، وسله عنه عرف بلده فأجره عليه، أفته به دون عرف بلدك والمذكور في كتبك.[2628]

2623 إبن رشد ،المقدمات الممهدات 5/2.

2624 ابن عابدين، رد المحتار 182/4 ابن رشد المقدمات 15/2 النووي، روضة الطالبين 37/3 ابن قدامة المغني 125/5.

2625 الكساني، بدائع الصنائع 319/5 الحطاب، مواهب الجليل 308/4 الشربيني.

2626 ابن عابدين، رد المحتار 183/4 العدوي، حاشية على كفاية الطالب 92/2 السبكي، تكملة المجتمع 96/10 ابن قدامة، المغني 11،51/4.

2627 ابن قدامة، المغني 125/4.

2628 ابن القيم إلام الموقعين عن رب العالمين 78/3 ط. عبد السلام شقرون بالقاهرة.

وقد أكد على مثل ذلك العلامة ابن عابدين في رسالته القيمة في العرف فقال: (اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة، وقال في القنية: ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف).[2629]

وهذه الضابطة تسهل كثيرا من صور القبض المعاصرة ما دامت لا تتعارض مع نصوص الشريعة الثابتة الواضحة.

- ✓ القبض عن طريق الشيك.
- ✓ القبض عن طريق بطاقات الائتمان.
- ✓ القبض عن طريق الحوالات.
- ✓ القبض عن طريق القيد المصرفي.

ثانيا: أثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة في المتاجرة في العملات

يقوم التعاقد على توافره صيغته. بالإضافة إلى بقية الأركان والشروط. ومن شروط الصيغة (التي هي الإيجاب والقبول) ارتباطهما ببعضهما وهذا يتحقق بأن يتحد مجلسهما، وهو ما يحصل بالتعاقد مشافهة، أما التعاقد عن بعد، بإحدى وسائل الاتصال الحديثة فقد صدر في ذلك قرار لمجمع الفقه الإسلامي،[2630] وجاء في ديباجته ما يلي:

"نظرا إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إ [رام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات، وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب والكتابة وبالإشارة بالرسول، وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس. عدا الوصية والإيصاء والوكالة. وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف"

قرر ما يلي:

أولا: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول) وينطبق ذلك على التلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي وغيرها من الوسائل الحديثة، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

ثانيا: إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدا بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

ثالثا: إذا أصدر العارض، بهذه الوسائل، إيجابا محدد المدة يكزن ملزما بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

رابعا: إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف[2631] لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

خامسا: ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات.

المبحث الثاني: المواعدة في المتاجرة بالعملات و اقعها في الأسواق والمصارف

في ظل التطور السريع للأسواق المالية العالمية وتزايد الاهتمام بالعملات الأجنبية، برزت ظاهرة "المواعدة في المتاجرة بالعملات" كإحدى الاستراتيجيات المالية المتبعة في الأسواق والمصارف. وتُعرف هذه الاستراتيجية بتحديد مواعيد محددة لتنفيذ الصفقات بناءً على توقعات مسبقة لحركة الأسعار، مما يتيح للمستثمرين القدرة على استغلال تغيرات السوق بفعالية أكبر.

يهدف هذا المبحث للتعرف على التعامل بالعملات في الأسواق المالية **المطلب الأول**، والتعامل بالعملات في المصارف **المطلب الثاني.**

2629 ابن ابدين، العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ضمن رسال ابن عابدين 115&118/2 ط. الأستانة.

2630 قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 52 (3/6) ومجلة المجمع، العدد السادس 758/2.

2631 استثنى القرار الصرف إذا تم بالمراسلة، وهي حالة الصرف فقط، لانتفاء التقابض الفوري، أما إذا اقترن الصرف بالحوالة فإنه يحصل القبض الحكمي وفي ذلك صدر قرار المجمع نفسه رقم 84(9/1) الفقرة الثانية. وسيأتي الكلام عن اجتماع الصرف والحوالة.

المطلب الأول: التعامل بالعملات في الأسواق المالية

يقصد بالأسواق المالية (البورصة) الأماكن المخصصة للأنشطة التجارية الخاصة بالصرف، والنقد، والأسهم والسندات ونحوها، بالإضافة إلى عقود السلع التي تتم عن طريقها بين التجار والمنتجين.2632

ونحن هنا لسنا بصدد الدخول في أحكام السوق وأدواتها، وإنما نتحدث عن جانب واحد، وهو ما يخص أعمال المتاجرة بالعملات فيها.2633

المتعاملون في العملات، وأدوات التعامل:2634

هذا، وإن المتاجرة في العملات لا تتطلب عمليا أي صفة في التعامل بها، إنما يقع التفاوت في حجم التعامل.

على أن أهم المتعاملين في أسواق الصرف:

. البنوك، سواء في أموالها الذاتية أو في حسابات عملائها بطلبهم، وقد تعمل صانعة للسوق **market makers**.

. البنوك المركزية لإدارة احتياطات الدولة أو للمحافظة على المعدل معين لسعر عملتها أو لتنفيذ السياسات النقدية.

. السماسرة.

. جهات وأفراد آخرون كالصرافين، ورجال الأعمال، والمؤسسات غير المالية أحيانا.

وتتم المتاجرة بطرق مختلفة منها:

. النقد.

. الحوالات.

. الشيكات.

بطاقات الائتمان.

. الاعتمادات المستندية، وغيرها.

(أ) التعامل في العملات عن طريق سوق الصرف العاجل spot:

الأصل في هذا النوع من التعامل أن يتم تسليم العملات المشتراة والمبيعة فورا، ولكن الوقع أن يتم التبادل خلال يومي عمل بخلاف اليوم الذي تم التعاقد فيه على إجراء العملية مع مراعاة أيام العطلات الرسمية في حساب تواريخ الاستحقاق وهي السبت والأحد في أوروبا وأمريكا وبعض الدول، والخميس والجمعة أو السبت والجمعة، أو الجمعة فقط في بعض البلاد الإسلامية.2635

إن التعامل في سوق الصرف العاجل يتم عن طريق الشراء النقدي لمختلف العملات طريق التحويلات البرقية والبريدية والسفاتج (الحوالات) العاجلة.2636

وحكم هذا النوع أنه إذا كان الشراء نقدا فلا غبار عليه، لأن الشرط التقابض: "يدا بيد". قد تحقق، وأما إذا كان عن طريق الحوالة أو بشيك فإن استلام الشيك بمثابة القبض، بل هو ائتمان في نظر الاقتصاديين.2637

(ب) التعامل في العملات عن طريق سوق الصرف الآجل forward:

2632 موريس سلامة: الأسواق المالية في العالم، ترجمة يوسف الشدياق ط. عويدات 1983 م ص 5، و د. محروس حسن: الأسواق المالية ط. القاهرة 1994/ ص 7، ود. معبد الجارحي: المصارف الإسلامية والأسواق العالمية بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للمصارف الإسلامية بدبي أكتوبر 1985م ص 2.

2633 د. علي القره داغي، الأسواق المالية من منظور الفقه الإسلامي في مجلة مجمع الفقه الدولي الدورة السابعة.

2634 د. أحمد محي الدين، مرجع سابق ص 14.

2635 يزيد المفتي، محاكاة سوق القطع الأجنبي ص 8.

2636 د. معبد الجارحي، بحثه السابق ص 12، والمراجع السابقة.

2637 د عبد المنعم محمد مبارك: النقود والصيرفة، ط. الدار الجامعية ص 3، ود. على السالوس استبدال النقود والعملات، ط. الفلاح ص 165.168 د. علي القره داغي: القبض وصوره المعاصرة، السابق الإشارة إليه.

عمليات البيع والشراء الآجل للملات يتم فيها الاتفاق على تسليم وتسلم العملات المتبادلة في تاريخ لاحق، بينما يتفق على أسعار تلك العملات عند التعاقد.

وهناك تواريخ تكاد تكون نمطية لعقود العمليات الآجلة وهي لمدة شهر، وشهرين، وثلاثة شهور، وستة شهر وسنة، وتعتبر أكثر العمليات شيوعا تلك التي تقل عن ستة أشهر، وتحدد تواريخ الاستحقاق في العقود الآجلة باحتساب يوم التعاقد ثم تضاف إليها شهور العقد.

وتعتبر أسعار السوق الحاضرة هي الأساس الذي تحسب عليه الأسعار الآجلة وتحدد أسعار التبادل بين عملتين في الظروف العادية .من منظور تقليدي .بمقدار الفرق بين أسعار الفائدة السائدة في بلدها بين العملتين.

والعقود الآجلة هي مطية المضاربة، ويثم حجم التعامل فيها .كما أشار الكثير من الباحثين .أكثر من مائة مرة من حجم التعامل المرتبط بالتجارة والأغراض المعتبرة.

سوق الصرف الآجل:

تعتمد سوق الصرف الآجل على نوعين منها:

1.تبادل سفاتج الصرف الآجلة أي الحوالات الآجلة التي تتضمن أمرا من طرف أول (ساحب) إلى طرف ثان (مسحوب عليه) ليدفع مبلغا من العملة الأجنبية إلى طرف ثالث في تاريخ معين.

وتستعمل هذه السفاتج كوسيلة لتمويل التجارة الخارجية، إذ يمكن للمصدر أن يسحب سفتجة على المستورد بقيمة البضاعة، بعملة بلد المستورد الذي يوقعها بالقبول محددا المصرف الذي تصرف الحوالة لديه وحينئذ يحتفظ المصدر بالحوالة إلى أن يحين أجلها، أو يودعها لدى مصرفه لتخليصها في وقتها.2638

وهذه السفاتج تتميز بأن تظهيرها من جانب الطرف الثالث يجعلها تلقائيا قابلة للبيع، وتقبل الدفع بعد مرور 30 يوما، ويختلف سعر الصرف عليها بما يساوي معدل الفائدة السائدة في بلد الطرف الأول.2639

وحكم هذا النوع واضح حيث لا يجوز التعامل فيه لوجود ربا النسيئة وربا الفضل، وهو ما يؤخذ من الفوائد على التأخير، وعدم تحقق القبض الشرعي حيث يشترط بالنص والإجماع تحقق المماثلة واليد باليد (أي القبض الشرعي في المحلين) عند اتحاد الجنس، ووجوب القبض يدا بيد عند اختلافه.2640

2.العقود المؤجلة وهي شراء، أو بيع، عقد ينص على تسليم كمية محددة من العملة بسعر صرف متفق عليه سلفا، حيث يتم دفع كل من الثمن وتسليم العملة في تاريخ مؤجل محدد.

وتستخدم سوق العقود كثيرا من قبل المصارف لإجراء الصفقات الوقائية خوفا من تقلب الأسعار، ولتغطية أرصدتها المستقبلية من العملات المطلوبة في حينها، حيث تستخدم جزءا من القروض في شراء تلك العملة التي يجب عليها تسليمها في الوقت اللاحق شراء منجزا ثم يقرضونها بالخارج إلى موعد تسليمها بفائدة، أو العكس.2641

المطلب الثاني: التعامل بالعملات في المصارف وحكمها

تحتاج المصارف وبالأخص الإسلامية للمواعدة في حالات معينة من أهمها عمليات الاستيراد والتصدير، والاعتمادات المستندية الخاصة بالمرابحات وذلك عندما يتم شراء هذه الأشياء بعملة غير عملة الدولة التي يتبعها المصرف أو عند الخوف من تذبذب

2638 د. معبد الجارحي: بحثه السابق ص 14، والمراجع السابقة.

2639 د. معبد الجارحي: بحثه السابق ص 14 مرجع سابق.

2640 نص الحديث في ذلك هو قول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا تبيعو الذهب بالذهب إلا سواء بسواء والفضة بالفضة إلا سواء بسواء" وفي رواية صحيحة أخرى بلفظ: " الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء.." انظر لروايات الحديث في صحيح البخاري. مع الفتح. 283.278/4، ومسلم 1212.108/3، وأحمد 758.757/4، والترمذي 245.240/1، والسنن الكبرى 279.276/5. ونيل الأوطار 340/6.

2641 د. معبد الجارحي، بحث ص 14، مرجع سابق.

أسعار العملات صعودا وهبوطا وذا يسمى بعملية التغطية حيث يغطي المصرف نفسه من مخاطر هذه التقلبات فيدخل مع بنك آخر عن طريق المواعدة لشراء العملة المطلوبة بسعر يوم الاعتماد المفتوح، حيث توجد هذه المواعدة الملزمة في عرف المصارف العالمية، إذ يلتزم المصرف الذي سيبيع الملغ المطلوب بدفعه بسعر يوم فتح الاعتماد، علما بأنه عند التعاقد لم يتم التسليم من أي طرف، إنما هو اتفاق على الشراء في المستقبل المعين بسعر محددا مسبقا.[2642]

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء فمنهم من منع ذلك مطلقا، ومنهم من أجازه ومنهم من كرهه،[2643] وممن قال بجوازه الظاهرية، حيث قال ابن حزم: (والتواعد في بيع الذهب أو الفضة، وفي بيع الذهب بالفضة، وفي سائر الأصناف الأربعة بعضها ببعض جائز . تبايعا بعد ذلك أو لم يتبايعا، لأن التواعد ليس بيعا)[2644] وكذلك يفهم من كلام الشافعي في الأم جواز ذلك.[2645]

وذكر ابن رشد في البداية أنه لا تجوز المواعدة في الصرف،[2646] وذكر الخرشي أن الصرف الناشئ عن مواعدة من غير إنشاء عقد، فاسد وضرب له مثالا بأن يقول شخص: (اذهب بنا إلى السوق بدراهمك، فإن كانت جيادا أخذتها منك كذا بكذا بدينار).[2647]

وقد نوقش هذا الموضوع في عدة مؤتمرات وندوات وصدرت فيه عدة قرارات فقد صدر قرار للمؤتمر الثاني للمصارف الإسلامية بالكويت في مارس 1983 نص على أن المواعدة في بيع العملات مع تأجيل الثمن جائزة إذا كانت المواعدة غير ملزمة (وهذا رأي الأغلبية). أما المواعدة إذا كانت ملزمة فهي غير جائزة شرعا أكدت ذلك ندوة البركة السادسة في فتواها رقم 13/6، وفتواها رقم 23/6 ثم عرضت مرة ثالثة في ندوتها التاسعة فصدرت في شأن ذلك الفتوى التالية (5/9):

(أ) لا تقبل شرعا المواعدة على صرف العملات إذا كانت على سبيل الالتزام ولو كان ذلك لمعالجة مخاطر الصرف في العمليات التجارية والاستثمارية.

(ب) لا يجوز تقديم ضمان (أي التزام بالتبرع) من أحد أطراف عمليات المشاركة أو المضاربة للطرف الآخر لحمايته من مخاطر الصرف، لأنه يؤدي إلى ضمان الشريك لرأس مال شريكه، وهو ممنوع شرعا. إذ صدر هذا الالتزام بالتبرع من طرف ثالث فإنه جائز شريطة عدم التواطؤ بين الملتزم وبين الشريك أو المضارب، جهالة المبلغ الذي سيقع به كما هو الشأن في التبرعات.

(ت) لا مانع من إجراء قروض متبادلة بعملات مختلفة لتغطية مخاطر الصرف على النحو المبين في الفتوى (10/8) للندوة الثامن.

(ث) يمكن تغطية مخاطر الصرف أيضا بشراء العملة الأجنبية واستثمارها على وجه مشروع، ليغطي الربح جميع أو بعض ما قد يقع من هبوط في قيمة العملة عند تصفية العملية أو القيام بالسداد المؤجل.

(ج) هذا، وقد صدر بشأن المواعدة في العملات قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي برقم 93 (11/5) نصه:

أولا: التأكيد على قرارات المجمع رقم (3/9/21) بشأن النقود الورقية وتغير قيمة العملة، ورقم 83 (7/1) بشأن الأسواق المالية الفقرة الثالثة: التعامل بالسلع والعملات والمؤشرات في الأسواق المنظمة رقم (2) التعامل بالعملات، ورقم 53 (4،6) بشأن القبض، الفقرة الثانية: (1. ج).

ثانيا: لا يجوز شرعا البيع الآجل للعملات، ولا تجوز المواعدة على الصرف فيها وهذا بدلالة الكتاب والسنة وإجماع الأمة.

2642 د. سامي حمود المرجع الأسبق ص 318.

2643 ذكر ابن جزي في القوانين الفقهية ص 276 ثلاثة آراء وهي: القول بكراهة الوعد في الصرف وهو المشهور في مذهب مالك، والثاني: القول بالجواز، والثالث: القول بالمنع.

2644 المحلى لابن حزم 513/8.

2645 الأم 32/3 و د. سامي حمود: المرجع السابق ص 319.

2646 بداية المجتهد 181/2.

2647 شرح الخرشي على مختصره 38/5.

ثالثا: إن الربا والاتجار في العملات والصرف التي تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية من أهم أسباب الأزمات والتقلبات الاقتصادية التي عصفت باقتصاديات بعض الدول.

يوصي المجمع بما يلي:

وجوب الرقابة الشرعية على الأسواق المالية، وإلزامها بما ينظم أعمالها وفق أحكام الشريعة الإسلامية في العملات وغيرها، لأن هذه الأحكام هي صمام الأمان من الكوارث الاقتصادية.

خاتمة

بعد الانتهاء من جميع محاور الموضوع والإجابة عن إشكالاته المطروحة، فقد تم الخروج بالنتائج والتوصيات التالية:

أهم النتائج:

- ✓ تم توضيح مفهوم المتاجرة (أو المضاربة) في العملات كعملية مبادلة تهدف لتحقيق الربح من فروقات أسعار العملات.
- ✓ حكم المتاجرة في العملات حلال بشرط التقابض في المجلس عند البيع، ووجود الضوابط الشرعية المنصوص عليها، مثل التماثل في الوزن أو العدد.
- ✓ القبض يمكن أن يكون **حقيقيا** باليد، أو **حكميا**، حيث يشمل تسلم الحوالات أو التعاملات عن بعد مثل الشيكات أو التحويلات الإلكترونية. ويشترط التقابض للبدلين لتجنب ربا النساء (التأجيل) وربا الفضل (الزيادة بدون مقابل).
- ✓ توسع البحث في أثر وسائل الاتصال الحديثة على تداول العملات، وأوضح أن العقود التي تتم عن بعد بوسائل مثل التلكس أو الحاسب تُعتبر صحيحة، مع الأخذ بقرار مجمع الفقه الإسلامي بوجوب تطبيق أحكام الصرف التقليدية من التقابض الفوري في حالتي اتحاد أو اختلاف الجنس.
- ✓ ظهرت المواعدة كاستراتيجية شائعة في الأسواق المالية والمصارف لحماية الصفقات من تقلبات الأسعار.

التوصيات:

يوصي البحث بأهمية الرقابة الشرعية في الأسواق المالية، للحد من المضاربات والعمليات غير المشروعة، ويرى أن أحكام الشريعة، مثل تجنب الربا والغش، تعتبر صمام أمان للاقتصاد من الأزمات المالية المحتملة.

لائحة المصادروالمراجع

- ابن ابدين، العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، 118.115/2 ط. الأستانة.
- ابن القيم إلام الموقعين عن رب العالمين 78/3 ط. عبد السلام شقرون بالقاهرة.
- ابن الهمام، فتح القدير 6/ 258 الشربيني.
- ابن رشد المقدمات 15/2 النووي، روضة الطالبين 37/3 ابن قدامة المغني 125/5.
- ابن عابدين، رد المحتار 183/4 العدوي، حاشية على كفاية الطالب 92/2 السبكي، تكملة المجتمع 96/10 ابن قدامة، المغني 11،51/4.
- السنة النبوية
- علي القره داغي، الأسواق المالية من منظور الفقه الإسلامي في مجلة مجمع الفقه الدولي الدورة السابعة.
- فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر ط. النفائس الدولية بالرياض 49/12. المقدمات الممهدات لابن رشد 5/2.
- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 52 (3/6) ومجلة المجمع، العدد السادس 758/2.
- القرآن الكريم
- الكساني، بدائع الصنائع 319/5 الحطاب.
- لسان العرب مادة (صرف)، المرغيناني، الهداية الجزء السادس.

- محروس حسن: الأسواق المالية ط. القاهرة 1994.
- معبد الجارحي: المصارف الإسلامية والأسواق العالمية بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للمصارف الإسلامية بدبي أكتوبر 1985م.
- موريس سلامة: الأسواق المالية في العالم، ترجمة يوسف الشدياق ط. عويدات 1983 م.

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291

مبادئ واستراتيجيات ضمان الأمن المائي في الشريعة الإسلامية والمستجدات القانونية بالمغرب

Principles and strategies for ensuring water security in Islamic law and legal developments in Morocco

الباحث محمد الحمداني
باحث في سلك الدكتوراه- تخصص الفقه المقارن بالقانون
مختبر الدراسات التطبيقية في الشريعة والقانون
كلية الشريعة-جامعة سيدي محمد بن عبد الله-فاس.

الدكتورة مليكة نايت لشقر
أستاذة بكلية الشريعة
جامعة سيدي محمد بن عبد الله-فاس.

الملخص:
ينبثق هذا الموضوع من أسباب واقعية ملحة تعيشها معظم بلدان العالم منها المغرب. ذلكم أن الأمن المائي من القضايا الحيوية التي تعتبر المصدر الرئيسي للحياة الإنسانية على الإطلاق، بذلك وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها وضعت مبادئ إنسانية ومنهجية وأخلاقية لضمان الأمن المائي، إلى جانب القوانين الوضعية المنظمة للماء بالمغرب. وتكمن إشكالية هذا الموضوع في المهددات التي أصابت الموارد المائية وأثرت بشكل سلبي على الأمن المائي للناس. وتسعى هذه الدراسة لاستعراض الوسائل المشروعة ومبادئ واستراتيجيات تعزيز الأمن المائي في الشريعة الإسلامية، ثم الوقوف على أهم القوانين الوضعية التي تكرس سياسة الأمن المائي بالمغرب من حيث تحديد إطاره القانوني والتدابير المتخذة لضمان الأمن المائي وأهم إكراهاته في الآونة الأخيرة.
الكلمات المفتاحية: الأمن المائي_ المبادئ والاستراتيجيات- قوانين الماء- الإكراهات- الحلول.

Abstract:
This emerges from pressing factual reasons for most of the world's countries, including Morocco. Water security is one of the vital issues that is the main source of human life at all, and by reference to the provisions of the Islamic Shari 'a we find that it has established humanitarian, systematic and ethical principles to ensure water security, along with the laws governing water in Morocco. The problem with this issue lies in threats to water resources that have adversely affected people's water security. This study seeks to review the legitimate means and principles and strategies for strengthening water security in the Islamic Shari 'a and then to identify the most important positive laws that enshrine Morocco's water security policy in terms of defining its legal framework and measures taken to ensure water security and its most important coercions in recent times.
Keywords: Water Security _ Principles and Strategies - Water Laws - Coercions - Solutions.

مقدمة:
إن الله سبحانه وتعالى جعل في الماء حياة الأرض ومن فيها، وقد كان الماء قبل أن يخلق المولى جلا وعلا السماوات والأرض حيث قال تعالى : (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ وَكَانَ عَرْشُهُ عَلَى الْمَاءِ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلاً)[2648] وقوله تعالى :

2648 سورة هود الآية 7

﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلا يُؤْمِنُونَ)2649 وقال أيضاً: (وَاللَّهُ خَلَقَ كُلَّ دَابَّةٍ مِنْ مَاء ﴾.2650 وفي سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم- وما أثر عنه من قول أو فعل أو تقرير أو صفة، نجد أنّها زاخرة بالتوجيهات القيمة، والإرشادات السديدة، والتعليمات القويمة، التي تهدف إلى تحقيق المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية، التي يتصدر الماء أعلى مراتبها وهي الضرورات؛ لذا وجه الرسول - صلى الله عليه وسلم - إلى ضرورة حفظ الماء والاقتصاد فيه، ودعا الأمة إلى ذلك بقوله وعمله.

فقضية الماء من القضايا الحيوية الأساسية التي تعد الجوهر والمصدر الأول للحياة البشرية على وجه الأرض، لذلك نجد الشريعة الإسلامية أسهمت في وضع وبناء الأسس والمبادئ الإنسانية المنهجية والقانونية والأخلاقية للأمن المائي، إضافة إلى المدارس العلمية والقانونية والأخلاقية الإسلامية بشكل كبير في وضع معالم كبرى ومبادئ وثيقة للأمن المائي، وذلك لأهمية هذا الجانب الحيوي للإنسانية في استمرار الحياة والبناء والتنمية في هذا الكون.

وقد أولى المغرب الحبيب عناية كبيرة لتدبير الموارد المائية وعقلنة استهلاكها سواء على مستوى سياساته العامة أو ترسانته القانونية، حيث إن والفصل 31 من الدستور المغربي وقانون الماء 15.36 يؤطران حق الإنسان في الحصول على الماء . لكن المغرب أصبح اليوم يواجه تحديات جديدة بفعل الإجهاد المائي و النقص الكبير في الموارد المائية وارتفاع الاستهلاك في الآن ذاته ، مما يتطلب اعتماد خيارات وسياسات جديدة تروم الحفاظ على الموارد المائية ومحاربة الهدر لتحقيق الأمن المائي للأجيال الحالية والمقبلة وتعزيز الحكامة المائية عبر تفعيل آليات المراقبة والتتبع ،وإدماج البعد البيئي والمناخي في المشاريع الاستثمارية وضرورة تحسيس وتوعية المواطنين بدورهم الحيوي في الحفاظ على الموارد المائية.

فالمشرع المغربي عموما نجده اهتم بالماء سواء في إطار النظام التقليدي القائم على أحكام الشريعة الإسلامية والأعراف والتقاليد، أو في إطار النظام القانوني الحديث الذي وضعت لبناته الأولى سلطات الحماية الفرنسية، حيث إن ظهير 1914 المتعلق بالأملاك العامة أول قانون يؤسس لمبدأ الملك المائي العام، فأصبح الماء ملك عام للدولة، وعمل المشرع على تنظيمه والتخطيط لاستعماله وحمايته بهدف ضمان احتياطي مائي يمكن من تلبية الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية للمملكة.2651

ولطالما شكل الأمن المائي الهاجس الأساسي لسكان المغرب نظرا لتقلب المناخ بالبلاد، والمتميز بتعاقب السنوات الممطرة والجافة، مما أدى بالفاعلين العموميين إلى تبني استراتيجيات ملائمة للتحكم في الموارد المائية تمكن من ضمان الأمن المائي والغذائي للبلاد.2652

هذا كله يفرض فتح النقاش حول الأهمية الحيوية للماء وضرورة التفكير في سبل ضمان واستدامة الحق في الماء لكل المواطنين من منظور تنموي مستدام يتم فيه الأخذ بعين الاعتبار التغير المناخي في صنع وتتبع السياسات العمومية مع إيلاء أهمية خاصة للعالم القروي.

على هذا الأساس، ولتعدد أبعاد هذا الحق الكوني سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وصحيا وثقافيا وتشابكه مع باقي حقوق الإنسان، أصبح سؤال الحق في الماء وتدبيره في المغرب من القضايا المهمة التي تستدعي البحث النقاش من مختلف الفاعلين.

وتظهر أهمية الموضوع في كونه يتعلق بالأمن المائي، وهو موضوع في غاية الأهمية؛ ذلكم أن غالبية الحياة على الأرض لا يمكن فصلها عن الماء بشكل مباشر أو غير مباشر، إذ بفضل الماء يحصل توازن الحياة على الأرض، ويؤدي نقصانه إلى حدوث خلل بنظام الحياة، لذلك تأتي أهمية هذا الموضوع من حيث دراسة أهم التدابير والاستراتيجيات بترشيد واستهلاك الماء ، وهو ما يتوافق مع التوجهات

2649 سورة الأنبياء الآية 30

2650 سورة النور الآية 30

2651 قانون البيئة، الهادي مقداد، طبعة 2012، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ، ص 156/155

2652 المختار الزبوري سياسة واستراتيجيات تدبير الموارد المائية بالمغرب، ، مطبوعات أكاديمية المملكة، السياسة المائية والأمن الغذائي في أفق بداية القرن 21، سنة 2000، ص 291

ISSN:2509-0291

البحثية لجل الجامعات المغربية والأجنبية في مسار أبحاث معالجة المياه وتنقيتها، كما أن الأبحاث المتعلقة بالمياه من الأولويات فيها توصيات ملكية مهمة، مما يتطلب تنزيلها والبحث عن آليات ترشيد وضمان هذا المورد الأساسي للحياة.

إشكالية الموضوع:

تكمن إشكالية هذا الموضوع في المهددات التي أصابت الموارد المائية وأثرت بشكل سلبي على الأمن المائي للناس، وذلك راجع إلى العديد من العوامل، منها ما يرتبط بانعدام الوعي الحضاري لدى فئة كبيرة من الناس بأهمية الموارد المائية وكيفية الحفاظ عليها، وعليه فإن هذا الموضوع إشكالية مهمة وراهنة، يمكن صياغتها كالتالي: ما هي أهم الوسائل والتدابير القويمة لضمان الأمن المائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الوطني المغربي ؟

أهداف الموضوع:

- تحديد حقيقة الأمن المائي..
- استعراض الوسائل المشروعة ومبادئ واستراتيجيات تعزيزه في الشريعة الإسلامية، سواء أكانت من وسائل حفظه من جانب الوجود أم من جانب العدم.
- الوقوف على أهم القوانين الوضعية التي تكرس سياسة الأمن المائي بالمغرب من حيث تحديد إطاره القانوني والتدابير المتخذة لضمان الأمن المائي وأهم الإكراهات المهددة له خاصة في الآونة الأخيرة.
- سد الفجوات العلمية الموجودة في الدراسات السابقة لموضوع الأمن المائي، وخاصة فيما يتعلق بالجانب الشرعي والقانوني.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتنقيب حول الدراسات السابقة في هذا الموضوع تبيت مجموعة من الأبحاث ذان الصلة به ومن ذلك:

✓ الماء وأثره في تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية دراسة تحليلية، أحمد محمد درمان ،جامعة القرآن الكريم بالسودان (2018)، وقد درس الباحث علاقة الماء بمقاصد الشريعة ووسائلها دراسة جيّدة، وأسهب في ذلك، لكنّه لم يستوعبها جميعًا، بل فاتته كثير من الوسائل الشرعية التي تحقق الأمن المائي والتي سنقف على بعضها.

✓ الحق في الأمن المائي في الشريعة الإسلامية ومنظومة حقوق الإنسان، لخذري عبد الحق، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد 19، سنة 2015. تناول الباحث في إطار هذا البحث جملة من المسائل المهمة المتعلقة بقضايا الماء، من حيث مفهومه وتقرير الحق المائي في تعاليم الشريعة والمواثيق العالمية والاقليمية، ثم الحق في الأمن المائي من منظور حقوق الإنسان، ولم يتناول ما يتعلق بالمبادئ والاستراتيجيات الخاصة بتحقيق وتعزيز الأمن المائي، الأمر الذي يستدعي من هذه الدراسة الوقوف على أهم الوسائل المرصدة لتدبير الموارد المائية في الشريعة والقانون.

المناهج المعتمدة:

- المنهج الاستقرائي والمقارن: وذلك من خلال جمع النصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالأمن المائي من كتب الفقه والقانون وعقد مقارنة بينهما ان اقتضى الامر وبما يليق بالمقام.
- المنهج الوصفي التحليلي: وذلك من خلال تقديم وصف دقيق للنصوص والأحكام الشرعية المتعلقة بالأمن المائي، ومن ثم استخراج النتائج المتعلقة برصد مقاصد ووسائل الأمن المائي في الشريعة الإسلامية.
- المنهج الاستنباطي: وذلك من خلال نصب الأدلة والحجج الشرعية والقانونية على أن هذه المصلحة أو تلك، يصح اعتبارها مطلبا ومقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية في تحقيق الأمن المائي، أو أن هذه الوسيلة أو تلك وسيلة مشروعة من وسائل تحقيق الأمن المائي في الشريعة الإسلامية، ومستجدات قوانين الماء بالمغرب.

خطة البحث:

سيتم تناول هذا الموضوع من خلال المحورين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم الأمن المائي ومبادئ واستراتيجيات تحقيقه وتعزيزه في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: السياسة المائية بالمغرب من خلال مستجدات قوانين الماء ورهاناته وسبل تعزيزه.

المبحث الأول: مفهوم الأمن المائي ومبادئ واستراتيجيات تحقيقه وتعزيزه في الشريعة الإسلامية

سيتم الحديث في إطار هذا المبحث عن بيان مفهوم الأمن المائي واستراتيجيات تحقيقه في الشريعة الإسلامية " المطلب الأول"، ثم الانتقال للحديث عن طرق تعزيزه في ظل الشريعة السمحة " المطلب الثاني".

المطلب الأول: مفهوم الأمن المائي واستراتيجيات تحقيقه في الشريعة الإسلامية

سيتم بيان حقيقة الأمن المائي في إطار هذا المطلب " الفقرة الأولى"، ثم تحديد استراتيجيات الشريعة الإسلامية في ضمان تحقيقه " الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: مفهوم الأمن المائي

أولا: الأمن لغة واصطلاحا:

- الأمن لغة أمن اطمأن ولم يخف فهو آمن وأمن وأمين، يقال: لك الأمان؛ أي: قد آمنتك، والبلد : اطمأن فيه أهله والشر ومنه سلم، وفلانا على كذا وثق به واطمأن إليه، أو جعله أمينًا عليه. 2653

- الأمن اصطلاحا: هو «الاستقرار والأمن والطمأنينة التي يشعر بها الفرد والمجتمع، وفي ظله تستطيع الأمة أن تتفرغ للبناء والتطوير في مختلف مجالات الحياة». 2654

ثانياً: تعريف ومفهوم الماء:

- تعريف الماء هو سائل عليه عماد الحياة في الأرض يتركب من اتحاد الهيدروجين والأكسجين بنسبة حجمين من الأول إلى حجم من الثاني، وهو في نقائه شفاف لا لون له ولا طعم ولا رائحة، ومنه (الماء العذب، وهو ما قلت نسبة الأملاح الذائبة فيه و الماء الملح، وهو ما زادت نسبة الأملاح فيه و الماء المعدني، وهو : الماء الطبيعي الذي يخرج من جوف الأرض والماء وهو خال من الأملاح و الماء العسر وهو الذي لا يحدث رغوة بعكس الماء اليسر)2655.

- مفهوم الماء: الماء عنصر أساسي لجميع صور الحياة على سطح الأرض. حيث تغطي المياه حوالي 71% من مساحة الأرض، وتكوّن حوالي 65% من جسم الإنسان، و 70% من الخضروات وحوالي 90% من الفواكه2656.

ويعتمد الإنسان على الماء في حياته كلها، وتزداد حاجة الإنسان إلى الماء كل يوم، فكل عام يزداد السكان وتزداد معه الحاجة للماء.2657

ثالثًا: تعريف الأمن المائي: الأمن المائي يعد أحد ركائز الأمن الوطني لأية دولة من الدول، وهو من المفاهيم المعاصرة التي دخلت القواميس السياسية والاقتصادية والعسكرية، ويعتمد على العلاقة بين المياه والأمن.2658

2653 لإبراهيم مصطفى ،المعجم الوسيط، وآخرين،د.ط، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع، 28/1

2654 لسالم بن مستهيل شماس ،دراسات في علم النفس والصحة والنفسية - رؤية معاصرة، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2013، ص 59.

2655 المعجم الوسيط، م، س، 2041/3

2656 لحسن أحمد شحاتة، ثلوث البيئة - السلوكيات الخاطئة وكيفية مواجهتها، مكتبة الدار العربية الكتاب، 2000، ص 90.

2657 لسحر مصطفى حافظ، الحماية القانونية لبيئة المياه العذبة في مصر، ، الطبعة الأولى، ، الدار العربية للنشر والتوزيع، 1995، ص 4.

2658 " يوسف صلاح الدين يوسف نصر، دور الشريعة الإسلامية في تحقيق وتعزيز الأمن المائي دراسة فقهية، ، كلية الشريعة والقانون بأسيوط المجلة العلمية العدد 33/ ج1/ 2021، ص569

ويمكن تعريف الأمن المائي أيضا بأنه: القدرة في الحصول على كميات كافية من المياه النظيفة والصالحة للحفاظ على مستويات كافية من الأغذية والسلع الإنتاجية والصرف الصحي والصحة، ويستند الأمن المائي لمفهوم مطلق على أساس جوهري، وهو الكفارة والضمان عبر الزمان والمكان.2659

الفقرة الثانية: الشريعة الإسلامية واستراتيجيات تحقيق الأمن المائي

مما يؤكد على أهمية الأمن المائي كأساس للحياة واستمراريتها ؛ اهتمام الفقه الإسلامي بهذا العنصر، فقد تناولته أقلام الفقهاء بدراسة أحكامه الفقهية، بل إن كتب الفقه الإسلامي أفردت له أبوابا خاصة ضمن مؤلفاتهم الفقهية؛ ولأهمية الماء فقد كانوا يبدؤون به مؤلفاتهم وعادة ما يسمونه باب المياه أو كتاب المياه والطهارة بما فيها أحكام الوضوء والغسل، ومن بين اهتماماتهم بموضوع الأمن المائي أذكر ما يلي :

أ- تشريع نظام الوقف :

لقد اعتنى الفقه الإسلامي بموضوع الأمن المائي اهتماما بالغا إلى درجة أن الفقهاء المسلمين أسسوا لنظام وقف الموارد المائية ، ونظام الوقف في الإسلام ذو غايات، ومقاصد عظيمة، فهو يسهم في إعمار الأرض، ويحقق الاستخلاف فيها، يقول الله تعالى:" **وعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُم فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ** "2660، كما تكمن أهمية الوقف في أنه مورد اقتصادي فاعل يسهم في تلبية حاجات المسلمين وغيرهم الضرورية والحاجية والتحسينية.

ومن بين هذه الأوقاف وقفُ سيدنا عثمان -رضي الله عنه - (بئر رومة)، فقد بذل فيها الخليفة الراشد خالص ماله، وسارع في شرائها يبتغي بها وجه الله، فوعده الرسول صلى الله عليه وسلم بالجنة.

ومن الأحاديث الدالة على وقف عثمان-رضي الله عنه-ما جاء في صحيح البخاري أن النبي-صلى الله عليه وسلم- قال: **من يشتري بئر رومة فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين؟ فاشتراها عثمان** رضي الله عنه2661، وتشريع الوقف في الماء والحث عليه وسيلة من وسائل الحفاظ على الثروة المائية والأمن المائي.

ب-تقييد الموارد المائية بحقوق الارتفاق: 2662

الارتفاق اصطلاحًا: عرف الارتفاق بتعريفات عدة منها : الارتفاق من المرفق وهو عبارة عما يرتفق به، ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء.2663

وتقسم حقوق الارتفاق المتعلقة بالمياه إلى ما يأتي: حق الشرب، حق الشفعة، حق المجرى وحق المسيل.

1. حق الشرب: وهو: "النصيب من الماء للأراضي، لا لغيرها" 2664 . والحق في الشرب مشروع بالقرآن، قال الله تعالى : " **قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ**". 2665وفي الآية دلالة على جواز قسمة الشرب بالأيام لأن الله - سبحانه وتعالى - أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك، و لم يعقبه بالنسخ فصارت شريعة لنا مبتدأه2666.

2659 Andrej Zwitter; Simultaneously Published in The USA And Canada; Rutledge; First Published Human Security. Law And The Prevention Of Terrorism;2011. Pp 101-103.

2660 سورة النور الآية 55

2661 " صحيح البخاري" الإمام البخاري ، د.ط، دار الريان للتراث 1407ه/ 1986م، ج2، ص 214

2662 جابر اسماعيل الحجاجحة، حقوق الارتفاق المتعلقة بالمياه في الشريعة الإسلامية، ، دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور عبر الموقع التالي: www.aliftaa.jo تاريخ الاطلاع: 2024/10/01

2663 زين الدين ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418ه/ ج6، ص 228

2664 المرجع نفسه، ج15، ص 391

2665 سورة الشعراء الآية 155

2666 علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ط1، المكتبة الحبيبية، باكستان، 1409ه/ 1989م، ج6، ص 188.

ISSN:2509-0291

2. حق الشفعة: هو حق الانتفاع بالماء لشرب الإنسان والاستعمال المنزلي، من طبخ، وغسل، ولسقي البهائم، بالشفة؛ لدفع العطش، ونحوه " 2667 . وتنقسم المياه باعتبار هذين الحقين إلى أنواع أربعة:

-الماء المحرز في أوان خاصة : وهو ما حازه صاحبه في آنية، أو ظروف خاصة كالجرار والصهاريج والحياض، والأنابيب، ومنه مياه الشركات في المدن لتأمين ماء الدور، ومنه ماء العيون والآبار والحياض : وهو - أي الماء الذي يستخرجه الشخص لنفس، ومنه ماء الأنهار الخاصة : وهو ماء الأنهار أو الجداول الصغيرة المملوكة لبعض الناس، ومنه ماء الأنهار العامة : وهو الماء الذي يجري في مجار عامة غير مملوكة لأحد، وإنما هي ا للجماعة، مثل النيل ودجلة والفرات، ونحوها من الأنهار العظيمة ... ويلحق بحكمها مياه البحار والمحيطات. ويرى الفقهاء في حكم هذه المياه كحق من حقوق الإنسان أنها لا ملك لأحد فيها لا في الماء ولا في المجرى إلا من أحرز شيئا منها بإناء بل هو حق لجماعة المسلمين بلا خلاف، فهو حق مشترك بين جميع الناس وهذا يؤكد سبق الفقه الإسلامي في إقرار هذا الحق للجميع دون استثناء .

3. حق المجرى: وهو أن يكون لعقار حق إجراء الماء الصالح، ومروره في عقار آخر، مالكه غير مالك العقار الأول، وهذا الحق يساهم في صيانة الأمن المائي وحفظه وضمانه للجميع دون تمييز.

4. حق المسيل: هو حق تصريف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالحة إلى المصارف العامة في عقار الغير" وذكر الفقهاء لحق المسيل تعريفات عدة منها:

هو حق تصريف الماء الزائد عن الحاجة، أو غير الصالح إلى المصارف والمجاري العامة بواسطة مجرى سطحي، أو نبوب مستور، سواء من أرض أو دار أو مصنع.

هو حق: مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير، سواء أكان ذلك الماء مسيلا من البيوت، أم من أمطار، أم ماء غير صالح لري الأراضي الزراعية.

هو إسالة المياه غير الصالحة، أو الزائدة عن الحاجة، وتصريفها من ملكه في أملاك غيره حتى تصل

إلى المصرف العام .2668

المطلب الثاني: الشريعة الإسلامية وتعزيز الأمن المائي

حرص الإسلام على أن تكون هناك مبادئ منهجية ومعايير منضبطة للتعامل مع الموارد المائية من أجل تحقيق الأمن المائي للناس حاضرا ومستقبلا، وسوف يتطرق هذا المطلب إلى مبادئ واستراتيجيات توفير وترشيد استهلاك الماء في الشريعة الإسلامية " الفقرة الأولى"، ثم مبادئ تنمية وتطوير الموارد المائية وحمايتها من التلوث" الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: مبدأ واستراتيجية توفيروترشيد استهلاك المياه في الشريعة الإسلامية لتحقيق الأمن المائي

إن مبدأ توفير وترشيد استهلاك المياه يعتبر أحد الركائز المهمة لتحقيق الأمن المائي والتي دلت عله النصوص الشريعة من القرآن والسنة، وحرص الإسلام على أن يكون المسلم متوازنا وسطيا بعيدا عن خلق الإفراط وحلق التفريط، ليتحقق التوازن في شخصية المسلم، وهذ في كل الأمور، ومن ذلك تعامل المسلم مع الموارد المائية والتي تعتبر من أهم المرتكزات التي لا يمكن أن تتصور حياة بدونها، ولذلك فقد نهى الإسلام عن الإسراف والتبذير بالموارد المائية، وقد دلت على ذلك نصوص واضحة وصريحة سواء كان ذلك في القرآن الكريم أو في السنة النبوية، والحفاظ على الموارد المائية وترشيد استهلاكها هو مبدأ مهم لتحقيق الأمن المائي للبشرية جمعاء. قال الله تعالى: ﴿**وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ**)2669وقال سبحانه: ﴿**وَلَا تُبَذِرْ تَبْذِيرًا إِنَّ الْمُبَذِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّياطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورا**"2670.

2667 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3، دار الفكر، دمشق، 1417م، ج5، ص 602

2668 لخذاري عبد الحق، الحق في الأمن المائي في الشريعة الإسلامية ومنظومة حقوق الإنسان، ، مجلة التراث، العدد19، 2015، ص 276

2669 سورة الأعراف الآية 31.

2670 سورة الإسراء الآية 27/26.

ومن مظاهر محاربة هذا التبذير والإسراف هدي النبي صلى الله عليه وسلم مع الماء، وهو النهي عن الإسراف فيه، حتى لو كان المرء على نهر جار يكثر فيه الماء؛ ومنه حديث عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِي أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بِسَعْدٍ وَهُوَ يَتَوَضَّأُ ، فَقَالَ: «مَا هَذَا السَّرَفُ يَا سَعْدُ ؟» قَالَ: أَفِي الْوُضُوءِ سَرَفٌ؟ قَالَ: «نَعَمْ، وَإِنْ كُنْتَ عَلَى نَهْرٍ جَارٍ "2671، ومن حرص السنة على تحقيق الأمن المائي والحفاض على مواردها المائية، فقد أكدت أفعال النبي صلى الله عليه وسلم على مبدأ ترشيد الاستهلاك للمياه لتحقيق الأمن المائي فقد روت عائشة رضي الله عنها حال النبي صلى الله عليه وسلم مع وهو يتوضأ أو يغتسل، وهو بذلك يقدم نموذجا عمليا للبشرية في أهمية مبدأ ترشيد استهلاك الموارد المائية من أجل تحقيق الأمن المائي.

عن عائشة رضي الله عنها قالت: "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ بنحو المد، ويغتسل بنحو الصاع"، وعن سفينة مولى أم سلمة قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوضيه المد ويغسله الصاع"2672وعن أَنَسٍ رضي الله عنه قال: (كَانَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم يَتَوَضَّأُ بِالْمُدِ وَيَغْتَسِلُ بِالصَّاعِ، إِلَى خَمْسَةِ أَمدَادٍ2673). وهناك أدلة كثيرة أخرى كلها تدل على هذا النسق وتؤكد على أهمية الاقتصاد وترشيد استهلاك الموارد المائية من أجل تحقيق الأمن المائي.

من جهة أخرى فإن الأمن المائي لا يمكن أن يتحقق حتى يتحقق ترشيد استهلاك المياه من خلال المحافظة على مصادر المياه وإدارة استخدامها بشكل جيد في المنازل والمؤسسات، وقطاعات الصناعة، والزراعة وغيرها، ويُعدّ الترشيد ركيزة من الركائز الاجتماعيّة المهمة التي تُبنى عليها المجتمعات السليمة؛ حيث أكد عليها الله تعالى بقوله: (**وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذلك قَوَامًا**).2674

حيثُ يضمن الترشيد في استخدام الموارد المائية تحقيق الأمن المائي حتى تتأكد للمجتمع السلامة من الأزمات المالئة المتكررة، ويوفر لهم مخزون مائي هائل للحاضر والمستقبل.

الفقرة الثانية: مبدأ تنمية وتطوير الموارد المائية وحمايتها من التلوث في الشريعة الإسلامية من أجل تحقق الأمن المائي.

إن الأمن المائي يمثل المصدر الأساس للحياة والتنمية المستدامة والاقتصاد، وبناء على تلك المفاهيم والاستراتيجيات فقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على تطوير الموارد المائية لتحقيق الأمن المائي والاكتفاء الذاتي، فعن جابر بن عبد الله، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (**مَنْ حَفَرَ ماءً لم تشرب منه كبد حرّى من جنّ ولا إنس ولا سَبع ولا طائرٍ إلا أجره الله يوم القيامة**»2675، وقال صلى الله عليه وسلم : «**من حفر بئر رومة فله الجنة** "2676 ، فحفرها عثمان رضي الله عنه تحقيقا لاستراتيجيات تنمية وتطوير الموارد المائية والتي بدورها تحقق الأمن المائي والغذائي للدولة والمجتمع والأفراد.

ونظرا لخطورة هذا الأمر على حياة الإنسان، وحفاظا على صحته ونسله وتأمين حاجته إلى الماء، فإنه تقرر مجموعة من القيم والآداب والقواعد للمحافظة على الماء وحمايته من التلوث، منها ما يلي:

أ.نهى الإسلام عن الإفساد في الأرض، قال الله تعالى " **كُلُوا وَاشْرَبُوا مِن رِّزْقِ اللَّهِ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ**".2677

"2678 ، ومعلوم أن تلويث الماء بشتى طرق التلوث المختلفة هو إفساد في الأرض لما يترتب عليه من أضرار جسيمة لكل من يستخدم هذا الماء الملوث من البشر إلى جانب بقية الأحياء الحيوانية والنباتية.

2671 الإمام أحمد ابن حنبل، أحمد بن حنبل الشيباني، المسند ، د.م، مؤسسة الرسالة، 1421هـ - 2001م

2672 أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد الدار قطني ، سنن الدارقطني، ، ط 1، مؤسسة الرسالة، 1424هـ -2004م، ، ج 1، ص 163 ، باب ما يستحب للمتوضئ والمغتسل أن يستعمله من الماء.

2673 مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي د.ت)، ج1، ص 258، باب: القدر المستحب من الماء في غسل الجنابة.

2674 سورة الفرقان الآية 67

2675 ، مقبل بن هادي الوادعي، المستدرك على الصحيح المسند مما ليس في الصحيحين ، د.م، د.ن، د.ت)، ج1، ص 110 ، ح / 224 /13

2676 أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ، ط3، درا الكتب العلمية 1424هـ - 2003م)، ، ج 6، ص 276 ، باب: اتخاذ المساجد والسقايات وغيرها.

2677 سورة البقرة الآية 60

2678 سورة البقرة الآية 60

ب . القاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار)، فكل ما يضر الناس في رزقهم ومأكلهم ومشربهم ينهى عنه، وتلوث الماء من أكبر أشكال الضرر.

ج . إرساء قواعد الطب الوقائي حماية للنفس وحماية للبيئة، ومن هذه القواعد ما يتعلق بالماء، فنَهَى رسول الله أَنْ يُبَالَ فِي الْمَاءِ الرَّاكِدِ2679 في قوله " **لا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ الَّذِي لَا يَجْرِي ثُمَّ يَغْتَسِلُ فِيه**)2680. قال مسلم في صحيحه: أنه يحرم البول فيه لأنه ينجسه ويتلف ماليته ويغر غيره باستعماله. والتغوط في الماء كالبول فيه وأقبح، وكذلك إذا بال في إناء ثم صبه في الماء، وكذا إذا بال بقرب النهر بحيث يجري إليه البول فكله مذموم منهي عنه على التفصيل المذكور.2681 ويمكن القياس على ذلك كل المواد الأخرى طالما أنها تؤدي إلى نفس العلة.

المبحث الثاني: السياسة المائية بالمغرب من خلال مستجدات قو انين الماء ورهاناته وسبل تعزيزه

سيتم الحديث في إطار هذا المبحث عن إبراز مستجدات قوانين الماء بالمغرب ومهدداته" المطلب الأول"، ثم الحديث عن بعض الطرق والمقترحات من أجل تجاوز ما يعترضه من إكراهات مناخية وطبيعية وبشرية " المطلب الثاني".

المطلب الأول: السياسة المائية بالمغرب من خلال مستجدات قو انين الماء و إكراهاته

سيتناول هذا المطلب ما يتعلق بالمستجدات القانونية الحالية بخصوص الأمن المائي" الفقرة الأولى"، ثم مهدداته وإكراهاته" الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: مستجدات قو انين الماء

نتيجة للتطور الاقتصادي والاجتماعي والتنموي الذي عرفه المغرب في الأونة الأخيرة، خرج قانون يتماشى و المتطلبات الراهنة في إطار تنمية الرصيد المائي ، وهو قانون رقم 36.15المتعلق بالماء .*فما هي أهم مستجداته؟*

يتشكل هذا القانون من مجموعة من النصوص التشريعية التي تنصب كلها في السياق العام لتنظيم المياه على جميع المستويات ،من خلال 163 مادة الموزعة على 24فرعا و 12بابا .والذي تم تنفيذه بموجب الظهير الشريف رقم 1.16.113الصادر في 10 غشت 2016 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6494بتاريخ 25غشت 2016.

ويعتبر هذا القانون مرحلة مهمة نحو سياسة وطنية كفيلة بالاستجابة للحاجيات المائية الضرورية على أساس التشاور وحماية الموارد المائية من التلوث والتبذير، كما يسعى هذا القانون إلى إقرار سياسة وطنية مائية مبنية على نظرة مستقبلية تأخذ بعين الاعتبار تطور الموارد المائية من جهة، والحاجيات الوطنية من جهة ثانية. متضمنا تدابير قانونية ترمي إلى ترشيد استعمال الماء وتعمم الاستفادة منه وتضامن الجهات ، وتدارك الفوارق بين المدن والبوادي في إطار برامج تهدف إلى تحقيق الأمن المائي على مستوى مجموع تراب المملكة.

وتظهر أهداف هذا القانون محددة في المادة الأولى، والمتمثلة في تحديد قواعد التدبير المندمج واللامركزي والتشاركي للموارد المائية كضمان حق المواطنين والمواطنات في الحصول على الماء واستعماله بشكل معقلن ومستدام، كما أكدت المادة الثانية على قيام هذا القانون وارتكازه على الملكية العامة للماء مع تيسير حصول المواطنات والمواطنين على قدم المساواة على الماء والعيش في بيئة سليمة، كما جاء القانون لتبسيط مسطرة ترخيص استعمال الملك العام المائي من خلال دمج عمليتي الحفر والجلب في ترخيص واحد يتم بناء على طلب وبحث عمومي واحد .كما رخص هذا القانون من خلال مادته 28من جهة تقليص مدة الترخيص 10سنوات إلى 20سنة ومدة الامتياز من 30إلى 50سنة طبقا للمادة 34من نفس القانون ، وذلك بهدف استدامة الموارد المائية، ومن جهة أخرى الترخيص لوكالة الحوض المائي باللجوء إلى مسطرة طلب العروض للإعلان عن المنافسة لمنح حق الامتياز باستعمال الملك العمومي المائي، كما وسع القانون 15-36من تركيبة المجلس لتضم إلى جانب ممثلي الدولة والمؤسسات العمومية والمنتخبين والمجالس

2679 محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، الدار الذهبية، ، القاهرة، بدون تاريخ ، كتاب الطهارة باب النهي عن البول في الماء الراكد، ج2، ص 176. 22

2680 أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مرجع سابق ، ج 1 ، كتاب الوضوء باب البول في الماء الدائم، ص432.

2681 محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، مرجع سابق، ص 177.

الجهوية ورؤساء الأحواض المائية، ممثلي مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي العاملة في ميدان الماء والمناخ. الاعضاء في مجالس الأحواض المائية، يكون ربع هؤلاء، على الاقل من النساء ومن أربعة خبراء مغاربة مشهود لهم بالكفاءة العلمية والتجربة المهنية، مختصة في مجال الماء والبيئة والمناخ.

كما أن المادة 114 على مجموعة من المقتضيات لتنظيم مهنة حفر الثقوب يمكن جمعها في نظام للترخيص بمزاولة مهنة الثاقب. وخضوع الراغبين في مزاولة هذه المهنة لمجموعة من الشروط المتعلقة بالمؤهلات التقنية، كما وضع أنظمة لتتبع الوضعيات المائية ونص أيضا على مراقبة الجفاف من خلال مؤشرات هيدرو مناخية طبقا للمادة 125. كما نص هذا القانون على وضع مخططات لتدبير الجفاف بتشاور بين السلطات المعنية .وطبقا لمبادئ الحكامة الجيدة أحدث القانون رقم 36.15 نظام معلوماتي مندمج حول الماء على مستوى الحوض المائي وعلى المستوى الوطني[2682].

الفقرة الثانية: إكراهات ومحدودية تدابير ضمان الأمن المائي بالمغرب

رغم الجهود المبذولة في القطاع المائي بالمغرب لازالت العديد من المناطق تشهد شحا في الموارد المائية، ومناطق أخرى تشهد احتجاجات متكررة بسبب ندرة المياه، إضافة إلى استمرار تراجع معدل تزويد الفرد بالمياه في السنة، واستمرارية الانعكاسات السلبية للإكراهات الطبيعية والبشرية على الأمن المائي، وفيما يلي أهم تجليات قصور التدابير المتخذة لضمان الأمن المائي:

أ - تنامي الاحتجاجات بشأن الحصول على المياه:

إن الانقطاعات المتكررة للماء تمس بالاستقرار الاجتماعي للمناطق التي تعاني من ندرة المياه بشكل خاص، وبالأمن المائي بالمغرب. وقد سجلت بعض الاحصائيات خلال سنة 2017 أنه أصل 681 مركزا ومدينة يدبر فيها المكتب الوطني للكهرباء والماء الصالح للشرب خدمة التزويد بالماء الصالح للشرب تشهد 37 منها انقطاعات في التزويد بالماء الشروب، كما شهدت عدة مناطق بالمغرب احتجاجات على خلفية صعوبة الوصول إلى الماء الصالح للشرب والتمتع بالحق في الماء، واشتكوا من سوء توزيع الموارد المائية. ومن المناطق الأكثر تضررا من ندرة المياه نجد صفرو وزاكورة وشفشاون وأزيلال ووزان[2683]. لذلك فإن نقص الموارد المائية أو تردي نوعيتها يمس بالسلم الاجتماعي وبالعدالة الاجتماعية.

ب - استمرار الانعكاسات السلبية للإكراهات المرتبطة بالعوامل الطبيعية:

يتسم النظام المناخي والهيدرولوجي بالمغرب بعدم الانتظام في المجال والزمان، وتعاقب فترات ممطرة وأخرى جافة في بعض الأحيان تدوم سنوات، وتسجل التساقطات على مرحلتين في الخريف وفي الشتاء، ويقدر عدد الأيام الممطرة بـ: 30 يوما في الجنوب و 70 يوما في المناطق الشمالية.[2684]

وعليه فإن الوضع قد أصبح مقلقا على اعتبار أن موارده المائية تقدر حاليا بـ أقل من 650 متر مكعبا للفرد سنويا، مقابل 2500 متر مكعب سنة 1960. ومن المتوقع أن تقل هذه الكمية عن 500 متر مكعب بحلول 2030. وتشير بعض الدراسات الدولية إلى أن تغير المناخ يمكن أن يؤدي إلى فقدان 80% من الموارد المائية المتوفرة في بلادنا خلال السنوات 25 المقبلة.

ج - تزايد الطلب على الماء في مقابل محدودية العرض المائي إضافة إلى الإكراهات الطبيعية:

نجد إكراهات من نوع آخر وهي الإكراهات البشرية، وتكمن في التزايد الديمغرافي للسكان وعدم الوعي : بأهمية الماء والمحافظة عليه. فتزايد السكان يعني تزايد الطلب على الماء، أي احتياجات متجددة للماء في مقابل موارد مائية غير متجددة، وهذا الأمر يعمق من أزمة الماء، وتزداد خطورة التلوث والندرة كلما ازداد النمو الديمغرافي، ويزيد من تأزيم الوضعية غياب ثقافة المسؤولية تجاه

2682 ينظر الموقع التالي: https://albayapresse.ma/

2683 Le rapport annuel du Conseil économique social et environnemental. 2017. p. 97-98.

2684 المختار البزيوي ، م، س، ص 293.

الموارد المائية2685. ولذلك فإن الاستراتيجية الوطنية للماء والمخطط الوطني للماء تضمنان مقتضيات بشأن تنمية العرض المائي ليصبح قادرا على تلبية الطلبات المتزايدة على الماء.

د - تفاقم ظاهرة تلوث المياه:

أصبحت الموارد المائية عرضة للتلوث الناتج عن الأنشطة الصناعية والفلاحية، وعن المياه المستعملة المنزلية والصناعية، حيث تقدر مياه الصرف الصحي المنزلية في الوسط الحضري بحوالي 500 مليون متر مكعب، 370 منها تقذف في البحر، و 130 المتبقية في الأنهار والأودية المائية أو في الأراضي الفلاحية. وتشكل هاته المياه المستعملة المنزلية خطرا على الموارد المائية كونها تحتوي على مواد ملوثة منها: مواد قابلة للتأكسد تقدر بحوالي 260 طن، ومواد فوسفورية تقدر بحوالي 7300 طن، ومواد أزوطية تقدر بحوالي 48000 طن.2686

المطلب الثاني: سبل تحقيق وتعزيز حكامة الأمن المائي بالمغرب

من أدق التعاريف التي أعطيت لمفهوم الحكامة المائية تعريف بيتر روجرز حيث عرف الحكامة المائية على أنها مجموعة من النظم السياسية والاجتماعية والاقتصادية والإدارية الملائمة لتطوير وإدارة الموارد المائية وتقديم الخدمات المائية على مختلف المستويات 2687. وعليه سيتم الحديث في إطار هذا المطلب عن مبادئ الحكامة المائية الجيدة" الفقرة الأولى"، ثم الانتقال للحديث عن مؤسسات إدارة المياه وفق قانون الماء" الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: مبادئ الحكامة المائية الجيدة

ترتكز الحكامة المائية على المبادئ التالية: (المساءلة: يجب على المؤسسات المكلفة بتدبير الماء أن تعلل قراراتها وتتحمل المسؤولية عن تصرفاتها، ويعد هذا المبدأ مبدأ دستوريا كرسه الفصل الأول من دستور 2011 يجب احترامه والعمل على تنزيله، ثم الشفافية: أي أن قرارات المرافق المكلفة بتدبير الماء يجب أن تكون صريحة وواضحة، وبلغة يفهمها الجميع، ثم المساواة: وذلك من خلال تقديم الخدمات المائية للمواطنين والمواطنات على أساس التساوي ودون أي تمييز، وأيضا النزاهة: عبر تبني منظومة من القواعد والقيم المؤطرة لمسؤولية الحفاظ على الموارد المائية، و استخدامها بكفاءة2688، وأخيرا التشاركية: وذلك من خلال إشراك الإدارات والجماعات الترابية والفاعلين المعنيين بالشأن المائي واتخاذ القرارات المائية وغير ذلك...)2689

الفقرة الثانية: مؤسسات إدارة المياه وفق قانون الماء

1. المجلس الأعلى للماء والمناخ: يعتبر المجلس الأعلى للماء والمناخ مؤسسة تدبيرية استشارية يكلف بدراسة وإبداء رأيه في التوجهات العامة للسياسة المائية للمغرب ولاسيما بالمخطط الوطني للماء، وكذا الاستراتيجية الوطنية لتحسين المعرفة بالمناخ وبتغيراته وآثارها على الموارد المائية، وبالأخطار المتصلة بالماء.

وقد منح المشرع للمجلس أن يبدي رأيه في كل قضية ترتبط بالماء والمناخ تعرضها عليه الإدارة.2690

أما فيما يخص تركيبته، فقد حددها المشرع في كل من القانون 15-36 المتعلق بالماء والمرسوم رقم 2.18.233 الصادر في يوليو 2019 المتعلق بالمجلس الأعلى للماء والمناخ، حيث يترأسه رئيس الحكومة ويتكون من أعضاء من مختلف القطاعات الحكومية وغير الحكومية العاملة في ميدان الماء والمناخ...

2685 السياسة المائية بالمغرب بين الضرورات المجتمعية والإكراهات الطبيعية والبشرية، مجلة السياسات العمومية، العدد 19، سنة 2016، ص 144.

2686كومغار إبراهيم، دور وكالات الأحواض المائية في حماية المياه بالمغرب، ، مجلة المنبر القانوني، العدد 7-8، سنة 2015، ص 216.

2687 مبروك غضبان ودرغال سوسن، التجاذبات النظرية لتحقيق استدامة الماء، مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، العدد4، سنة 2015، ص 107.

2688 كفي مريم وساري سهام،، آليات حوكمة المياه كمدخل لتحقيق الأمن المائي في ظل التنمية المستدامة" حالة الدول العربية"، مجلة أبحاث ودراسات التنمية العدد3، ديسمبر 2015، ص 109 و 110.

2689 المودن محمد،، ضمان الأمن المائي بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 158، السنة 2021، ص: 139

2690 انظر المادة 78 من قانون الماء رقم 36.15.

2. وكالات الأحواض المائية: يعد إحداث وكالات الأحواض المائية من تجليات حرص الدولة على التدبير الجيد للموارد المائية، وحفظها من التلوث والاستنزاف والتخطيط لاستعمالها في إطار وحدة جغرافية محلية تتمثل في الحوض المائي. وتشكل هذه الوكالات دعامة أساسية للإطار المؤسساتي المكلف بتدبير المياه، وقد اعتبر المشرع أن الحوض المائي هو المجال الجغرافي الأمثل لضبط الملك العام المائي وعقلنة تدبيره على المستوى الجهوي.[2691]

وقد حددت المادة 80 اختصاصات هذه الوكالات، وهي إنجاز القياسات والأبحاث والقيام بالدراسات الضرورية لتقييم وتتبع تطور حالة الموارد المائية على مستوى الكم والجودة وكذا الدراسات المتعلقة بتخطيط وتدبير الماء والمحافظة عليه والوقاية من تأثير الظواهر المناخية القصوى ولاسيما الفيضانات والجفاف، ثم منح الترخيصات والامتيازات لاستعمال الملك العمومي المائي ومسك سجل خاص بها واقتراح وعاء وسعر إتاوات استعمال هذا الملك على الإدارة.

3. مجلس الحوض المائي: يحدث مجلس الحوض المائي داخل نطاق نفوذ كل وكالة حوض مائي، وقد خصه المشرع بدراسة وإبداء رأيه في القضايا المتعلقة بتدبير وتخطيط الماء خاصة ما يتعلق بالمخطط التوجيهي للتهيئة المندمجة للموارد المائية والمخططات المحلية لتدبير المياه.[2692]

4. لجان العمالات والأقاليم للماء: حيث أحدثت لجان العمالات والأقاليم للماء بمقتضى القانون السابق للماء رقم 10-95 على مستوى كل عمالة أو إقليم من أجل تدبير الماء في حالة الخصاص لضمان التزود به في ظروف مرضية ومن أجل الوقاية من أخطار الفيضانات وبهدف التوعية بحماية الموارد المائية والمحافظة على الملك العمومي المائي واستعماله الأمثل.[2693]

خاتمة:

بعد التعرض لكل ما يتعلق بضمان الأمن المائي في الشريعة الإسلامية ومستجدات قوانين الماء بالمغرب والحديث عن إكراهاته وسبل ضمانه تم التوصل إلى بعض النتائج من أهمها:

- إن الشريعة الإسلامية ومن أجل تحقيق الأمن المائي للناس أفرادا وجماعات ودول قدمت إسهامات عملية تطبيقية تمثلت في ترشيد استهلاك الموارد المائية وتنميتها والحفاظ عليها من التلوث بكل أشكاله وأنواعه.
- إن الشريعة الإسلامية أقرت جملة من الوسائل لتحقيق الأمن المائي من جهة العدم والوجود.
- إن الأمن المائي بالمغرب يتفاقم يوما بعد يوم، وفي شح مستمر، وتتزايد معه الضرورات المجتمعية مع تزايد النمو الديموغرافي.

وبناء عليه يمكن تقديم اقتراحات من أجل تجاوز بعض هذه الإكراهات المهددة للماء وهي كالتالي :

- ترشيد استعمال الماء وتوعية المستهلك بأن تبذير الماء مخالف للقوانين المائية وللشريعة الإسلامية الحنيفة، مع العمل على افتحاص وصيانة شبكات توزيع المياه في المدن بكيفية ممنهجة ودائمة.
- ضرورة تنظيم مراقبة على القطاعات الصناعية والتجارية التي تستهلك الماء بشكل كبير والحث على الاستغلال المعقلن للماء.
- إشراك المجتمع المدني في إعداد وتنفيذ وتقييم السياسات العمومية المائية المتخذة لضمان الأمن المائي حتى يتسنى للقرارات العمومية في المجال المائي أن تكون أكثر فاعلية.

لائحة المصادر والمراجع

2691 الهادي مقداد قانون البيئة، م. س.، ص 163 .

2692 المادة 88 من قانون الماء 15-36.

2693 المادة 89 من قانون الماء 15-36

❖ **العربية:**

- المودن محمدن، ضمان الأمن المائي بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 158.
- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد الدار قطني، سنن الدارقطني، مؤسسة الرسالة، 1424هـ-2004م)، ط 1 ، ج.
- أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، درا الكتب العلمية 1424هـ - 2003م)، ط3، ج6.
- الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المسند ، د.م، مؤسسة الرسالة، 1421هـ - 2001م
- الإمام البخاري، صحيح البخاري، د.ط، دار الريان للتراث 1407هـ/ 1986م، ج2.
- جابر اسماعيل الحجاجحة، حقوق الارتفاق المتعلقة بالمياه في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور عبر الموقع التالي: www.aliftaa.jo
- زين الدين ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، ، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/ ج6.
- سحر مصطفى حافظ، الحماية القانونية لبيئة المياه العذبة في مصر، ، الطبعة الأولى، 1995، الدار العربية للنشر والتوزيع.
- السياسة المائية بالمغرب بين الضرورات المجتمعية والإكراهات الطبيعية والبشرية، مجلة السياسات العمومية، العدد 19، سنة 2016.
- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري، دار إحياء التراث العربي د.ت)، ج1.
- علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ط1، المكتبة الحبيبية، باكستان، 1409هـ/ 1989م، ج6.
- كفي مريم وساري سهام، آليات حوكمة المياه كمدخل لتحقيق الأمن المائي في ظل التنمية المستدامة" حالة الدول العربية"، ، مجلة أبحاث ودراسات التنمية العدد3، ديسمبر 2015.
- كومغار إبراهيم، دور وكالات الأحواض المائية في حماية المياه بالمغرب، مجلة المنبر القانوني، العدد 7-8، سنة 2015.
- لحسن أحمد شحاتة، تلوث البيئة - السلوكيات الخاطئة وكيفية مواجهتها، مكتبة الدار العربية الكتاب، 2000.
- لخذاري عبد الحق، الحق في الأمن المائي في الشريعة الإسلامية ومنظومة حقوق الإنسان، مجلة التراث، العدد19، 2015.
- لسالم بن مستهيل شماس، دراسات في علم النفس والصحة والنفسية - رؤية معاصرة، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2013.
- مبروك غضبان ودرغال سوسن، التجاذبات النظرية لتحقيق استدامة الماء، ، مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، العدد4، سنة 2015.
- محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، الدار الذهبية، القاهرة، بدون تاريخ ج2.
- المختار الزبوري، سياسة واستراتيجيات تدبير الموارد المائية بالمغرب، مطبوعات أكاديمية المملكة، السياسة المائية والأمن الغذائي في أفق بداية القرن 21، ستة 2000.
- مقبل بن هادي الوادع، المستدرك على الصحيح المسند مما ليس في الصحيحين، د.م، د.ن، د.ت)، ج1.
- الهادي مقداد، قانون البيئة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، طبعة 2012.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3، دار الفكر، دمشق، 1417م، ج5.
- يوسف صلاح الدين يوسف نصر، دور الشريعة الإسلامية في تحقيق وتعزيز الأمن المائي دراسة فقهية، كلية الشريعة والقانون بأسيوط المجلة العلمية العدد 33/ ج1/ 2021.

❖ **الفرنسية**

- Human Security. Law And The Prevention Of Terrorism; Andrej Zwitter; Simultaneously Published in The USA And Canada; Rutledge; First Published 2011.
- Le rapport annuel du Conseil économique social et environnemental. 2017

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1ER
www.Droitetentreprise.com

محور التعليم و الابتكار

التحفيز الابتكاري للتعلم في ظل الاستدامة الأمنية

Innovative learning motivation under the Sustainability Security

الدكتورة بدرية علي الحوسني
عضو هيئة تدريس في كلية الشرطة الامارات العربية المتحدة

الملخص
يهدف هذا البحث إلى التعرف على أهداف عملية التحفيز على الابتكار أثناء التعلم، من أجل تحقيق الاستدامة الأمنية داخل المؤسسة الشرطية. لاستيفاء هذا الموضوع حقه من الدراسة والبحث، جعلنا له مسارَيْن، أولهما نظري نستشرف من خلاله المكونات المفاهيمية الرئيسة في البحث ومدى ترابُطها وتعالقها انطلاقا من عنوان هذا البحث؛ وثاني المسارين تطبيقي يتوغل في تتبّع أشكال التحفيز لدى القيادة العلمية الشرطية، وسيرورة الابتكار لدى الطلبة، وذلك ضمن المنظومة الأمنية، مع استجلاء إكراهات البنية التعليمية. انتهاء إلى خلاصات عامة وتوصيات.
الكلمات المفتاحية: التحفيز- الابتكار- الاستدامة الأمنية

Abstract
This research aims to identify the objectives of the process of stimulating innovation during learning, in order to achieve security sustainability within the police institution. in order to fully study and research this topic, we have given it two paths, the first of which is theoretical, through which we explore the main conceptual components. In the research and the extent of their interconnection and interrelationship, based on the title of this research; The second of the two tracks is practical, exploring the forms of motivation of the police scientific leadership, and the process of innovation among students, within the security system, while clarifying the constraints of the educational structure. Ending with general conclusions and recommendations.

المبحث الأول: الإطار النظري

أولا: تقديم

تتمظهر أهمية البحث انطلاقا من البنية المفاهيمية الثاوية في عنوانه، المتمثلة في التحفيز والابتكار باعتبارهما مفهومين مركزيين في التفكير الاستراتيجي وحديثين في سياق التطورات المعرفية التي تشهدها البنية الإدارية والمؤسساتية خلال عصرنا الحالي؛ كما تتجلى هذه الأهمية في الفضاءين المحتضنين للتحفيز الابتكاري، وهما السيرورة التعلمية التعليمية داخل المنظومة الأمنية؛ وتتوسع هذه الأهمية لتشمل الاستدامة (الأمنية بشكل خاص) باعتبارها مفهوما لصيقا بالتنمية؛ وتنجلي هذه الأهمية أكثر عند استحضار الفضاء المكاني العام المتمثل في دولة الإمارات العربية المتحددة التي تولي قيادتها الرشيدة حفظها الله أهمية قصوى لكل هذه المفاهيم (التحفيز- الابتكار- التعليم- الاستدامة- الأمن)؛ وعليه تتلخص أهمية البحث في تشجيع المؤسسات التعليمية الشرطية بشكل خاص وغيرها بشكل عام على إيجاد بيئة تعليمية تحفز على الابتكار، وتشجع على الإبداع، سعيا نحو تحقيق الاستدامة الأمنية.

اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي، باعتباره سبيلنا للوصول إلى ما نبتغيه من هذا البحث، المستنِد على تحليل الظاهرة الاجتماعية، المتعلقة بسُبل إسهام التحفيز الابتكاري لدى الطلبة في الارتقاء بالمنظومة الأمنية. وقد كان السؤال المحوري الذي حاولنا الإجابة عليه كالآتي: هل يشكل التحفيز الابتكاري في التعليم رافعة للاستدامة في المنظومة الأمنية؟ بينما تمثلت مشكلة البحث في مدى قدرة المشرفين على العملية التعليمية التعلمية في مؤسسة الشرطة على تدبير سيرورة التحفيز على الابتكار من أجل تطبيق الاستدامة الأمنية، ومدى قدرة الطلبة على استثمار الثروة الفكرية والتقنية وتبنّي مبدأ الابتكار في التعلم باعتباره ركيزة محورية في عالم اليوم الذي يعرف تطورات مذهلة على مستوى التقدم التكنولوجي، ومدى قدرة هؤلاء الطلبة على استيعاب المنسوب القوي لتدفق هذا التقدم التكنولوجي من خلال فهمهم واستيعابهم له ولإمكانية الإحاطة بإشكالاته وإكراهاته؛ من أجل تنمية الابتكار الشرطي، للوصول إلى أعلى درجات الأداء الأمني.

لأجل استيفاء هذا البحث حقه من الدرس والتحليل، رجعنا إلى مجموعة من الدراسات السابقة، فكان أن لاحظنا وجوه التشابه والاختلاف بينها وبين دراستنا الحالية من خلال ثلاثة عناصر، أولها مفهومي التحفيز والابتكار اللذان اهتمت بهما بحوث دون أخرى اهتمت بالمعرفة وبالإبداع والتحفيز الوظيفي، وثانيها مجال الدراسة وهو التعليم في مؤسسة الشرطة، إذ اهتمت بحوث بالابتكار داخل المنظمات والمؤسسات بشكل عام، وثالثها المقصد الأسمى من التحفيز على الابتكار وهو الاستدامة الأمنية، إذ اهتمت بحوث بمقاصد أخرى ناجمة عن التحفيز على الابتكار، منها تحقيق التغيير التنظيمي والارتقاء بالمنظمة... إزاء هذا التعدد المرجعي، آثرنا الإشارة إلى دراستين سابقتين اثنتين فقط، وذلك على سبيل التمثيل لا الحصر، هما:

- التحفيز الوظيفي وأثره في دعم الإبداع والابتكار الأمني، دراسة تطبيقية على القيادة العامة لشرطة الشارقة،؛ لآمنة علي حسن عبدالله؛2694

سعت هذه الدراسة إلى استجلاء أثر التحفيز الوظيفي على الإبداع والابتكار الأمني والعلاقة بينهما، وتحديد سبُل تفعيل هذا المطمح لدى الفئة الأنموذج في هذا البحث، وهي القيادة الشرطية بمدينة الشارقة.

- إدارة المعرفة الأمنية ودورها في تطوير الابتكار الأمني، دراسة تطبيقية على إدارة الاستراتيجية وتطوير الأداء بالقيادة العامة لشرطة الشارقة؛ لعبدالله علي بن خلفان الزعابي.2695

سعت هذه الدراسة إلى الوقوف على البنية العلائقية التي تربط أولا بين آليات عمل إدارة المعرفة والابتكار الوظيفي الشرطي، وتربط ثانيا بين عمليات إدارة المعرفة والأداء الأمني، عبر تمكين الابتكار الوظيفي الشرطي. مع استجلاء الاتجاهات الحديثة لإدارة المعرفة، واستراتيجية إدارة المعرفة والابتكار الأمني؛ انتهاء إلى تسطير مجموعة من النتائج.

بعد هذا التقديم، نعرج على تحديد البنية المفاهيمية للبحث.

ثانيا: المدخل المفاهيمي

- مفهوم الابتكار

هو عملية إنشاء وتطوير فكرة جديدة أو تحويل فكرة موجودة إلى حقيقة ملموسة، تتطلب التفكير الإبداعي والتخيل والاستعداد للتغيير، لتحقيق التغيير والتحسين. إنه القوة الدافعة وراء التطور والتميز في كل ميدان. وهو يشمل العديد من العناصر الأساسية، منها توليد الأفكار من خلال التفكير الإبداعي والملهم، التحليل والتقييم، وتنفيذ الفكرة بنجاح. ولا يقتصر الابتكار على الفكرة الواحدة فقط، بل يتضمن التحسين المستمر والتطوير المستدام للأفكار والمشاريع.2696

2694 journal of Economic, Administrative and Legal Sciences (JEALS) Vol 8, Issue 5 (2024) P: 97-86.
على الرابط الإلكتروني التالي:https://journals.ajsrp.com/index.php/jeals/article/view/7526/7054

2695 الناشر: القيادة العامة لشرطة الشارقة، مركز بحوث الشرطة، الطبعة الأولى 2019.

3 انظر على سبيل التمثيل: هنادي المباركي، الابتكار وريادة الأعمال، أداة تمكين الاقتصاد، جامعة الكويت 2020. ممدوح عبدالمنعم الكناني، سيكولوجية الابتكار لدى الأفراد والمجتمعات، عالم الفكر العربي، العراق 2006. رشاد علي موسى والخطاب سهام أحمد، الابتكار، دار الفكر العربي، القاهرة 2004.

يتبين لنا أن تعريفات الابتكار أخذت منحيين، أولها اعتبره عملية، وثانيها اعتبره نتيجة، وما بدا لنا أنه سيرورة مستمرة في الزمان، تعتمد التحسين والتطوير؛ لتبقى النتيجة غاية وليست ابتكارا. وقولنا هذا لا يتوافق مع ما قاله آخرون تفريقا بين الإبداع والابتكار، أن الإبداع يعني الإتيان بأفكار جديدة، بينما الابتكار يعني تجسيدها؛ فالإبداع هو الجزء المرتبط بالفكرة الجديدة، بينما الابتكار هو الجزء المرتبط بالتنفيذ أو التحويل من الفكرة إلى المنتج.[2697]

غير أن الابتكار كغيره من السلوكيات الإيجابية يواجه تحديات كبرى، منها قلة الموارد والتمويل بشتى أنواعهما، والضغط الزمني في أثنائه، ومقاومة التغيير والثقافة التنظيمية، وتطور تقنية المعلومات والأمان والخصوصية.

لأجل تجاوز بعض هذه الإكراهات لابد من تخصيص جهة مسؤولة عن الابتكار والإبداع تتمتع باستقلالية وحرية في مجال البحث والتطوير، وتأسيس نظام وطني للإبداع والابتكار ونشره، ووضع سياسات تضمن دمج الابتكار في منظومة العمل الحكومي بما في ذلك القطاعات الحيوية، مثل الصحة والتعليم والصناعة.[2698]

وارتباطا بموضوع بحثنا، نقارب الارتباط بين الابتكار والتحفيز؛ إذ تتأسس فكرة الابتكار في حمأة الإبداع من دافع التحفيز الذي يشكل بؤرة تشكُّل الابتكار. والحقيقة أن هذين المفهومين متلازمين، فالارتباط بينهما حتمي، وكلاهما يدفع إلى مجاوزة الفكر التقليدي ومجاورة التغيير في الثقافة التنظيمية؛ مما يقود حتما إلى التقدم والنجاح.

يحيلنا ما قلناه الآن على أنموذج دولتنا الأبية الديموقراطية الإمارات العربية المتحدة التي تحفز الطاقات لاستشراف المستقبل المزهر، وتدعو إلى حتمية سلوك كل ما من شأنه الارتقاء بدولة الإمارات العربية المتحدة إلى مصاف الدول المتقدمة في العالم، وتحقيق رؤية القيادة الرشيدة لأن تكون دولة الإمارات العربية المتحدة ضمن الدول الأكثر ابتكارا على مستوى العالم، وتعزيز مكانة الدولة كمركز عالمي للثورة الصناعية الرابعة، والمساهمة في تحقيق اقتصاد وطني تنافسي قائم على المعرفة. في إطار "مئوية الإمارات 2071" التي تشكل برنامج عمل حكومي طويل الأمد، وترسم الخطوط العريضة لبناء إمارات المستقبل عنوانها "الإمارات تبتكر."

ارتباطا بموضوع بحثنا، ننتقل إلى ربط مفهوم الابتكار بمفهوم الأمن، لنتحدث عن الابتكار الأمني.

يعني الابتكار في العمل الإداري القيام بالمهام بشكل جديد ومبتكر، وكلما استطاعت القيادات الميدانية تحقيق التفاعل مع كافة الظروف المحيطة بالعاملين، كلما انعكس ذلك على رفع الكفاءة الإنتاجية، والإبداعية في مجال تنفيذ المهام الميدانية الموكلة إليهم؛ الأمر الذي يعود بالفائدة على المنظومة الشرطية ذاتها.[2699]

ولا جدال في وجود ارتباط مكين بين طرق تحفيز الابتكار في المجال الأمني وبين المستجدات التي خلقتها تكنولوجيا المعلومات، فالتحديات التي فرضتها التحولات التقنية المعاصرة، فرضت على المؤسسة التعليمية الشرطية، ضرورة تمتع طلبتها بمهارات خاصة، تساعدهم على الوفاء بمهام وأعباء العمل الأمني بكفاءة،[2700] ويمتلك المكوّنون في كلية الشرطة الكفاءة لقيادة التغيير بمهارة التحفيز لدعم الابتكار الشرطي، من خلال حثهم الطلبة المكونين (رجال أمن المستقبل) على مراكمة وتطوير معرفتهم العلمية والثقافية، بما يمكّنهم ببحوثهم ومشاريعهم العلمية من خدمة المؤسسة وتنمية قدرة المنافسة العالمية لديهم؛ بما يتماشى مع الاستراتيجية والرؤية المستقبلية لدولة الإمارات العربية المتحدة. مع اضطلاع القادة بمهمة تسطير التصورات والاستراتيجيات، وتصميم برامج ونظم علمية متطورة تستشرف رؤى مستقبلية طموحة، ووفق صيرورة زمنية محددة كفيلة بإنجاح سيرورة التحفيز الابتكاري. ولا يتحقق هذا المطمح إلا بتوفير مدخرات مالية مهمة، سعيا نحو تعزيز البنية التحتية والمعرفية اللازمة، وكذا التكنولوجيا الرقمية الحديثة جدا التي لا تنفك عن التطور كل يوم.

2697 نجم عبود، إدارة الابتكار المفاهيم والخصائص والتجارب الحديثة، الأردن، دار الأوائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2003، ص. 16.

2698 نجم عبود، إدارة الابتكار المفاهيم والخصائص والتجارب الحديثة، المرجع السابق، ص. 27. انظر كذلك: الرفاعي ممدوح عبد العزيز، استراتيجيات الابتكار: طريق الإدارة نحو الابتكار الجذري. ضمن أعمال مؤتمر دعم وتنمية المشروعات الصغيرة، بعنوان استراتيجيات الابتكار. كلية التجارة، جامعة عين شمس، مارس 2012.

2699 الغامدي عبدالله بن عبدالواحد، دور القيادات الأمنية الوسطى في تحفيز العاملين. رسالة ماجستير. الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية. 2000.

2700 القحطاني سالم بن سعيد بن حسن، القيادة الإدارية: التحول نحو النموذج القيادي العالمي. الرياض، مرامر للطباعة، 2001. ونجم عبود نجم، الحوافز ودورها في رفع إنتاجية الموارد البشرية. عمان، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع 2019

ما يثلج صدورنا أن الكثير من هذا المعطى النظري قد تحقق؛ وتؤشر عليه أهم الابتكارات الشرطية التي تدعم تحقيق أهداف استراتيجية شرطة أبوظبي في ترسيخ الإبداع والابتكار والجاهزية للمستقبل لإنجاز المهام الأمنية والشرطية، ومنها نظام الرؤية K9، وسيناريو الإسعافات الأولية بتقنية الواقع الافتراضي، وقفاز كشف المعادن الذكي، ومحاكاة التجديف الافتراضي بتقنية الواقع الافتراضي، وخوذة قياس قوة التركيز، وعدد من الابتكارات الحاصلة على براءات اختراع، كابتكار المركبة الخاصة بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي، وفحص البصمة الوراثية الذكي، ونظام حماية الأطفال من حوادث الدهس.[2701]

- مفهوم الاستدامة الأمنية

سنحاول تعريف الأمن، لنربط بعد ذلك بينه وبين الاستدامة، ونقول إن الباحثين قد تشعبوا في تعريف الأمن، وقد استقينا من تلك التعريفات التالي:

الأمن هو إحساس الأفراد والجماعات بالطمأنينة والاستقرار، وذلك ما يحفزهم على العمل والإنتاج؛ لذلك فإن الهدف الأساس للشرطة هو إقرار السكينة والنظام ووقاية المجتمع من عوامل الانحراف التي تهدد كيانه.[2702]

هو الإجراءات الخاصة بتأمين الأفراد داخل الدولة ضد الأخطار المحتملة وتهيئة الظروف المحيطة بهم إشباعا لاحتياجاتهم الأساسية والتكميلية أي مجمل السياسات التي ترمي إلى توفير الحماية للأفراد وضمان حرية القرار السياسي واستقلاله.[2703]

أمن المجتمع واستقراره لا يقومان فقط على تنفيذ القوانين، بل يقوم أيضا على التفكير المستمر لإيجاد الحلول الإنسانية لعلاج المشكلات الاجتماعية، وعلى تطوير هذه الحلول بموازاة تطور المجتمع؛ وفي ضوء هذه النظرة الشمولية أصبحت للأمن روافد عديدة تتمثل في الأمن العام والأمن الاجتماعي والأمن الاقتصادي والأمن السياسي...[2704]

الأمن ليس شعورا يصحبه رد فعل غريزي، تنتج عنه إجراءات أو تدابير أمنية معينة، وإنما هو باعث على الشعور يتميز بالوعي والإدراك، ويتحقق في الواقع بناء على تلك التدابير، بمعنى أنه الأثر الناتج عن مجمل تلك التدابير، وليست التدابير بحد ذاتها، فالعلاقة هنا بين الأمن والتدابير الأمنية هي علاقة سببية، تستوجب انتقاء التدابير وفقا للاحتياجات التي تفرضها المستجدات الموضوعية، وليس احتمالات غير واقعية أو مخرجات ناتجة عن الخوف والخطر. فالأمن حركية دائمة ومركبة تواكب تطور المجتمع بجميع أبعاده وتداخل مستوياته للوصول إلى صيغة محددة لحمايته أثناء تطوره.[2705]

من خلال استقرائنا هذه التعاريف، نستشف أن كل تعريف يرتكز على دافع محوري، مرده إما الفرد وغالبا ما يتشكل ذلك على شكل إحساس كما في التعريف الأول، أو مرده المتدخل وهو رجل الأمن الذي تسند إليه المهام التالية: الحركية الدائمة- التفكير المستمر- الإجراءات الخاصة؛ وذلك ما نستجليه في العبارات التالية المقتبسة من تلك التعاريف الأربعة:

- إحساس الأفراد والجماعات بالطمأنينة والاستقرار؛
- حركية دائمة ومركبة تواكب تطور المجتمع وصولا إلى صيغة محددة لحمايته؛
- التفكير المستمر لإيجاد الحلول الإنسانية لعلاج المشكلات الاجتماعية؛
- الإجراءات الخاصة بتأمين الأفراد داخل الدولة ضد الأخطار المحتملة.

من جانبنا نقول إننا قد لا نتوافق تماما مع هذه التعاريف، لندعي أن مفهوم الأمن ينشأ عن الدافعين المحوريين معًا الصادرين عن الفرد وعن المتدخل الأمني الأمين في نفس الآن؛ وكلاهما متعاضدين.

[2701] "الإمارات تبتكر 2023".. مشاريع ومبادرات ترسم ملامح حكومة المستقبل. منشور بجريدة الوطن، على الرابط الالكتروني التالي: https://alwatan.ae/posts/1089008 انظر كذلك: شرطة أبوظبي تنظم معرض وملتقى "الابتكار الشرطي الثالث 2023". وكالة أنباء الإمارات، على الرابط الالكتروني التالي: https://www.wam.ae/ar/details/1395303128566

[2702] عزت عبدالفتاح، الاتجاهات الحديثة لمنع الجريمة، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الأول، العدد الثاني، أكتوبر 1992.

[2703] سليمان عبدالله الحربي، مفهوم الأمن، مستوياته وصيغته وتهديداته، المجلة العربية للعلوم السياسية، المجلد 2008، العدد 19، يوليو 2008، ص. 11.

[2704] نيازة حتاتة، إسهام الجمهور في مكافحة الجريمة، مجلة الأمن العام المصرية، العدد 57، ص. 161.

[2705] سليمان عبدالله الحربي، مفهوم الأمن، مستوياته وصيغته وتهديداته، المجلة العربية للعلوم السياسية، المجلد 2008، العدد 19، يوليو 2008، ص. 30.

ننتقل بعد ذلك إلى استجلاء الاستدامة من خلال مقاربتها بالبُعد الأمني؛ فنقول إن علاقة الأمن بالاستدامة هي علاقة عضوية لا ينفك أحدهما عن الآخر، وهما وجهان لعملة واحدة، غايتها الإنسان. وقد أثمرت التحولات الحاصلة في مفاهيم النسق الأمني وأدواته ومتطلباته ومعايير تحققه في الواقع الاجتماعي، ودخوله في كل جوانب الحياة اليومية للإنسان؛ أهمية البحث في استراتيجيات أكثر احترافية للبناء الإنساني، وإعادة نتاج واقعه بطريقة تضمن قدرته على هندسة الواقع العالمي من جديد، في ظل الاستفادة القصوى من الفرص التي أتاحتها التقنية ووفرتها وسائل التواصل العالمي في ترقية معالم الحياة الإنسانية وترسيخ مساحات أكبر من الأمان والاستقرار والنمو والاستدامة.[2706] وعليه؛ لا يمكن تخيُّل استدامة مكينة مجابهة للتحديات والمخاطر دون تحقق الأمن والسكينة في المجتمع التي تعمل على توفيرها المؤسسة الأمنية، وتحرص على استدامتها لدى المواطنين وإشاعة الاستقرار بينهم؛ وذلك ما يحتم تطوير سبل إجرائية حديثة وجديدة وترسانة معرفية وعلمية عميقة تتماشى مع التحولات المختلفة التي تسري بين رحاب المجتمع، مع التسلح بمنهجية قوامها الاستدامة والابتكار والإبداع، لتبقى الغاية من هذا التطوير تكريس مفهوم الثقافة الأمنية والوقائية؛ ليتأسس تصور نظري فحواه أن النهج الأمني في تمظهراته وتشكلاته هذه هو مفتاح للاستدامة وتأصيل لها وتأكيد على مركزية شرط حماية الإنسان بين ثناياها؛ مما يقود إلى فكرة أن مفهوم الأمن الإنساني المستدام يحيل إلى مقاربة شاملة تسعى إلى تحقيق أمن إنساني مستمر، عبر الزمن، منتشر في كل المجتمعات البشرية التي أصبحت مترابطة فيما بينها أكثر من أي وقت مضى بفضل الثورات التكنولوجية في مجال المواصلات والاتصال وعولمة الاقتصاد. وتسعى مقاربة الأمن المستدام إلى التعامل بطريقة مختلفة وجديدة مع المخاطر البيئية، والاجتماعية والاقتصادية من خلال اعتماد نهج الوقاية منها عوضًا عن نهج انتظار وقوعها. خاصة أن المقاربة الأمنية التقليدية التي تعتمد المراقبة واستخدام القوة لم تعد قادرة على مسايرة كل المخاطر البيئية والاقتصادية والاجتماعية التي تزعزع أمن المجتمعات. ويمر تحقيق الأمن المستدام حسب هذه المقاربة عبر التدخل في العمق وبطريقة استباقية مع جملة العوامل التي تعُتبر مصدرا للفوضى وانعدام الأمن...؛[2707] لننتهي إلى التأكيد على أن الأمن المستدام يُعد نابعا من منطق التنمية المستدامة الذي جاء ليُصلح أخطاء النموذج التقليدي، ويتجاوز انعكاساته السلبية على البيئة والمجتمع.

بعد هذا المدخل النظري، ننتقل إلى الحديث عن موضوع بحثنا في شقه التطبيقي.

المبحث الثاني: الإطار التطبيقي

يعد التحفيز والابتكار قمة في محطات النجاح في العمل الأمني، وأصبح اليوم ضرورة وحاجة وهدفا أسمى يمثل عنوانا يتجلى في تعزيز ثقافة التطوير واستخلاص الأفكار الخلاقة والمبدعة، لوضع الحلول الناجعة في بيئة عمل مثالية، تسود فيها روح فريق العمل المتكامل لمواجهة التحديات الأمنية.

ومع تطلع كليات الشرطة بدولة الإمارات العربية المتحدة نحو آفاق مستقبلية للوصول إلى مراتب متميزة بين الكليات والأكاديميات الشرطية والأمنية في العالم العربي والعالم؛ فمن اللازم أن تكون سياسة التميز والتحفيز من أولويات عملها وأهدافها التي تتماشى وأهداف وزارة الداخلية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة التي تشجع أبناء وبنات الوطن على الابتكار والتميز وتحقيق الأهداف الاستراتيجية للكلية ووزارة الداخلية، والمستمدة من أهداف الدولة الاستراتيجية، من خلال تفجير طاقات الطلبة، والمحافظة على مستوى الجودة الأكاديمية.

يتماشى ذلك مع سعي وزارة الداخلية دوما إلى تحسين أدائها على مستويات عدة، اعتمادا على منظومة قابلة للتطوير، وتركيزا على مفهوم الريادة المؤسسية؛ وذلك ما أهلها للحصول على لقب الجهة الاتحادية المتميزة ضمن برنامج الشيخ خليفة للتميز الحكومي.

2706 رجب بن علي العويسي، الأمن وصناعة الاستدامة في برامج التنمية الوطنية، مجلة الوطن. على الرابط الإلكتروني التالي: https://alwatan.om/details/346926

2707 الشاذلي بية الشطي، التنمية المستدامة والأمن المستدام، مجلة العلوم الاجتماعية –المركز الديمقراطي العربي ألمانيا -برلين، العدد 10، سبتمبر 2019، ص. 116.

كما يتماشى ذلك مع مسعى قيادتنا الرشيدة بدولة الإمارات العربية المتحدة للارتقاء بالمنظومة التعليمية، عبر مواكبة أحدث التقنيات التكنولوجية، والتشجيع والتحفيز على الابتكار والإبداع، باعتبارهما رافدان للتفوق الباهر ولتحقيق المنافسة العالمية، من خلال تصدُّر دولة الإمارات العربية المتحدة الدول العربية في مؤشر المعرفة العالمي عام 2023 بحصولها على المركز الثاني عالميا في التعليم التقني والتدريب المهني.

يُستهدف من كل ما سبق تحفيز طلبة الكلية المرشحين والجامعيين والجامعيات في مسارهم الأكاديمي والتدريبي، لتعديل اتجاهاتهم نحو الإبداع والابتكار، من خلال إطلاعهم وتدريبهم على الأساليب والتقنيات العلمية الحديثة التي تساعدهم على طرح الأفكار والمشاريع الابتكارية والإبداعية التي من شأنها أن تنعكس على مسار الطالب بالكلية سواء أكاديميا أو تدريبيا أو حتى مسلكيا، وتساهم بالتالي في وضع الكلية في مصاف الكليات الشرطية الرائدة في العالم وتحت مسمى "الريادة المؤسسية".

لقد سعت كلية الشرطة من خلال برنامجها الأكاديمي للطلاب المرشحين إلى تطوير طلابها وتأهيلهم التأهيل العلمي والتدريبي العالمي، من خلال تطوير أساليب التعليم والبحث فيها، باعتماد التقنيات التعليمية الحديثة كالذكاء الاصطناعي.

لقد لمسنا مدى اهتمام قيادات كليات الشرطة بدولة الإمارات العربية المتحدة وحرصها على تطوير برامج التعليم والتدريب من حيث جودته وفاعليته، لكن برأينا فإن التطوير المستهدف - مثل ما هو معمول به في الجامعات والكليات الشرطية العالمية- يتطلب كذلك إيلاء موضوعات التحفيز والابتكار الأولوية، بهدف خلق بيئة داخلية تحفز الطلبة وتدفعهم إلى طرح أفكارهم الإبداعية والابتكارية؛ وبرأينا لن يتحقق ذلك إلا من خلال تطوير المناهج التعليمية، واعتماد ثقافة الإبداع والابتكار في التعليم والتدريب والتعليم المنظم الذي يعتمد على المقدرة والعطاء الفردي والاستكشاف والإبداع، وهي ذات المقاييس المتبعة من لدن الجامعات والكليات الرائدة التي تتمتع بمصداقية نموذجية أي التميز في البحث والابتكار.

من هنا وجب الاعتناء بمواردنا البشرية المتمثلة في طلبة كلية الشرطة، والعمل على تنمية هذه الثروة علميا، من خلال تضمين مهارات القرن الحادي والعشرين[2708] في مناهج الكلية المتمثلة في التفكير النقدي، وحل المشكلات بطرق إبداعية مبتكرة؛ لتميكن الطلبة من الانخراط في خضم العملية التعليمية، وبناء الثقة لديهم، وإعدادهم للابتكار والقيادة.

ولا غرو في أن التعليم يؤدي دورا أساسيا في إعداد المتعلمين ليصبحوا مواطنين عالميين واعين، وأيضا ليكونوا مستعدين لمواجهة التحديات المرتبطة بالمجتمع الذي تهيمن عليه التكنولوجيا، مما يدعو إلى ضرورة إجراء تعديلات على أساليب وطرق التعليم لدعم تطوير التعلم. ومع ظهور الذكاء الاصطناعي، هناك العديد من الأمثلة على الاستخدامات الواعدة التي تنبئ بكيفية نجاح الذكاء الاصطناعي في إحداث تحول في التعليم لتحسين عمليات التعليم، وإعداد الطلبة لمجموعات المهارات الجديدة بشكل متزايد، والاستخدامات الواعدة والتحليل التنبؤي بتقييم مجموعات المهارات الجديدة. لذلك فالمقترح يستند على منظومة ذكية لاستشراف المستقبل، بتطوير أداء الطلبة لتواكب تطلعات القيادة وتتوافق مع رؤى دولة الإمارات العربية المتحدة، وركيزة للتحول الذكي للمساهمة في التطور العالمي للإمارات، من خلال تطوير نظام يرتكز على التقنيات الحديثة، ويتكون من ثلاثة محاور أساسية هي:

أولا: تأهيل الطلبة بمهارات القرن الحادي والعشرين كمنطلق لبناء الشخصية والقيادة الموهوبة

تعني هذه المهارات المعرفة والمهارات الحياتية والمهارات الوظيفية والسمات التي تعتبر مهمة للغاية لنجاح الطلبة في عالم اليوم، خاصة مع انتقال الطلبة إلى الجامعة وجهات العمل المختلفة. كما أنها تعني:

- التفكير النقدي وحل المشكلات (Critical thinking and problem solving)؛
- التعاون والقيادة (Collaboration and leadership)؛
- المرونة والقدرة على التكيف (Agility and adaptability)؛

2708 انظر: مهارات القرن الواحد والعشرين (إعداد الطلبة للمستقبل) لوثا لارسون وتيريزا دورثون، ترجمة رانيا عداوي.
.Larson, L.C. & Miller, T.N. 2011, "21st Century Skills: Prepare Students for the Future", Kappa Delta Pi Record, vol. 47, no. 3, pp. 121-123

- المبادرة وريادة الأعمال (nitiative and entrepreneurialism)؛
- الاتصال الشفهي والكتابي الفعال (Effective oral and written communication)؛
- الوصول إلى المعلومات وتحليلها (Accessing and analyzing information)؛
- الفضول والخيال (Curiosity and imagination).[2709]

وجب في هذا السياق التأكيد على أن الاستراتيجية الوطنية للابتكار قد حرصت على إرساء بيئة محفزة على الابتكار في التعلم، قوامها ترسيخ مهارات القرن الحادي والعشرين؛ ومن شأن تكامل هذه المهارات بشكل مقصود ومنهجي في مناهج كلية الشرطة أن تمكِّن الطلبة من التعلم والإنجاز في المواد الدراسية المحورية لمستويات عليا، وتُعد الطلبة للابتكار والقيادة في القرن الحادي والعشرين.

تكمن أهمية مهارات القرن الحادي والعشرين في أنها تمكّن طلبة الكلية من التعلم بمستويات عليا، كما توفر إطارا منظما يضمن اندماجهم في عملية التعلم؛ بالتالي تمكّنهم من الابتكار والقيادة والمشاركة بفاعلية في القرن الحادي والعشرين، وربطها من أجل تنمية التفكير، وبناء أفكار جديدة.[2710]

ولا غرو في أن أهم هذه المهارات هي الذكاء الاصطناعي، باعتباره أداة محورية داعمة للابتكار المستدام. ويمكن إجمال أدوات الذكاء الاصطناعي الشرطي وتطبيقاتها في المجال الأمني في جملة من المكونات، أولها تقنية المراقبة الذكية الهادفة إلى الكشف عن أنماط السلوك لتحديد المشتبه بهم؛ وثانيها أنظمة التنبؤ بالجرائم لرصد الأماكن المحتملة لوقوع الجرائم من خلال التحليل الجنائي للبيانات والإحصائيات؛ وثالثها تقنيات تحليل الصور والفيديوهات؛ ورابعها الروبوتات الذكية والمركبات ذاتية القيادة لتنفيذ العمليات الأمنية بطرق ذكية وفعالة؛ وخامسها تقنية تحليل البيانات الضخمة لاكتشاف الاتجاهات غير المرئية بوضوح عبر تحليل المعلومات. كما تتجلى أهمية توظيف تقنيات الذكاء الاصطناعي التي تستخدم خوارزميات الذكاء الاصطناعي في تقييم مهارات وكفاءات الطلبة، بإخضاعهم لمجموعة من الاختبارات، لقياس طبيعة ومجالات الكفاءات إعداد الكشوفات والبيانات الخاصة، وتصنيفهم حسب الاحتياجات الحالية والمؤملة استشرافيا.

ويمتاز النظام الذكي المقترح بتوفير خدمة رقمية للوقوف على مهارات وكفاءات الطلبة، كأسلوب استباقي لتأهيل ضباط يتناسب مع أسلوب الحياة في المستقبل، وخدمة مترابطة ومتكاملة مع أنظمة وزارة الداخلية، ذلك ما عزز ميثاق حكومة دولة الإمارات العربية المتحدة لخدمات المستقبل، وحقق أفضل النتائج لمخرجات التعلم.

إلى جانب الطالب، يظهر المعلم في ظل هذه العملية التعليمية التعلمية، فعليه هو كذلك الاضطلاع بمجموعة من المهام والإحاطة بجملة من المهارات، منها حُسن إدارة تكنولوجيا التعليم، باعتباره المتحكم في جودة البرامج التعليمية والمشارك فيها من خلال تقديم البرامج التعليمية أو التدريبية في أي وقت وفي أي مكان عبر توظيف تقنية الاتصال التفاعلي والمؤتمرات المرئية، وكذا تشجيع الطلبة بتوفير بيئة تعليمية تفاعلية متعددة المصادر؛[2711] وقد صدح في هذا السياق مفهوم المعلم الرقمي، ويقوم هذا المفهوم على مجموعة من الأبعاد، منها التخطيط الاستراتيجي وإدارة التغيير؛ وتسطير النهج التربوي الملائم؛ واكتساب المهارات الناعمة (Soft Skills)؛ والمهارات التقنية؛ والاهتمام بإدارة الموارد البشرية داخل المؤسسة التعليمية؛ مع الاضطلاع بمهمة التقييم وضمان الجودة التعليمية التعلمية.

2709 Wagner, T. The Global Achievement Gap: Why Even Our Best Schools Don't Teach the New Survival Skills Our Children Need, and What We Can Do about It. New York: Basic Books. 2008

2710 أقرت الجمعية الدولية للتكنولوجيا في التعليم (ISTE) عام 2007، أنه في عالم رقمي متزايد يحتاج الطلبة إلى مهارات في المجالات التالية: الإبداع والابتكار- التواصل والتعاون- البحث وطلاقة المعلومات- التفكير الناقد وحل المشكلات واتخاذ القرارات- المواطنة الرقمية. انظر:
Larson, L.C. & Miller, T.N. 2011, "21st Century Skills: Prepare Students for the Future", Kappa Delta Pi Record, vol. 47, no. 3, pp. 121-123.

2711 أحمد الحنيان، الفجوة الرقمية في الإدارة والسياسات التربوية، مكتب التربية العربي لدول الخليج، 2023. نقلا عن شيخة العيناتي وأحمد الحنيان، دور الأنظمة التعليمية في بناء مهارات القرن الحادي والعشرين، مرجع سابق، ص. 7.

نذكر في هذا السياق أن كليات الشرطة تتوفر على حاضنة تعليمية قيادية، متشبعة بالمهارات السابقة، وعلى وعي بضرورة تطوير مهارات القرن الحادي والعشرين لديها، وإشاعة التفكير النقدي والأسلوب الحواري، مع حرصها على تكريس مفهوم الهوية الوطنية، وترسيخ القيم الإيجابية داخل المجتمع الإماراتي.

وقد أكدت دراسات عديدة[2712] على أن مهارات القرن الحادي والعشرين تتوافر في كفايات المناهج التعليمية لمرحلة التعليم الأساسي في الإمارات العربية المتحدة، ويمكن تفسير هذه النتيجة بأن رؤية استراتيجية وزارة التربية والتعليم الإماراتية تقوم على "تعليم ابتكاري لمجتمع معرفي ريادي عالمي"، وبالتالي عملت الوزارة على إكساب الطلبة مهارات القرن الحادي والعشرين، من خلال التعديلات التي تم إجراؤها على المسارات التعليمية، والعمل على تعديل المعايير وربْطها بمهارات القرن الحادي والعشرين، إضافة إلى إطلاق استراتيجية وطنية للابتكار عام 2021، تعمل على تزويد الطلبة بمهارات القرن الحادي والعشرين، كالتفكير النقدي وحل المشكلات والإبداع والابتكار والمثابرة والقدرة على التكيف وغيرها... إضافة إلى إنشاء مختبرات ابتكار في المدارس والجامعات لتشجيع الاختراعات؛ وذلك ما أكدت عليه كذلك دراسة قامت بها وزارة التربية والتعليم الإماراتية بهدف تحديد مهارات وكفايات الطالب قبل التخرج من المدرسة، والتي شملت ثلاثة جوانب (شخصية ومعرفية ومهاراتية).

ثانيا: التعلم بالألعاب والسيناريوهات الافتراضية

تعتمد الوجهات المستقبلية للأمن والسلامة 2071 على محور المعرفة، والمهارات والوظائف والتعليم بالألعاب وتعتبر هذه الوجهات أحد التوجهات البحثية لوزارة الداخلية. ومع ظهور أشكال جديدة من الجرائم والتكنولوجيات المتقدمة، أصبحت هناك حاجة إلى أدوات جديدة واستراتيجية لتأهيل وتعلم الطلبة. ونظرا إلى أن طلبة الكلية اليوم يحتاجون أكثر من أي وقت مضى إلى القدرة على الفهم والتكييف مع عالم من التغيير السريع، فإن ممارسة استشراف المستقبل في مجال التعلم الشرطي يمكن أن يزودهم بفهم مبكر للتغيير المستمر، من خلال تحفيزهم على الابتكار والإبداع، للتصدي للأشكال الجديدة من الجرائم والتكنولوجيات المتقدمة. وعليه يمكن تسخير تقنيات الواقع المعزز لتنمية مهارات التفكير المستقبلي لطلبة الكلية في مجال التعلم الشرطي والأمني عبر بيئة تعلم أكثر تفاعلية، حيث يتم إسقاط البيئة الافتراضية على سيناريو أمني محتمل؛ ومن تلك التقنيات تقنية الميتافيرس التي تعمل على إنشاء بيئات تفاعلية افتراضية لمحاكاة مواقف واقعية يمكن أن يتعرض لها رجال الأمن في أماكن واقعية، وتدبير عمليات متعلقة بإجراءات الشرطة في الحوادث المرورية والمداهمات والقبض والتفتيش... إلخ. ويستطيع الطلبة بفضل هذه التقنية المتقدمة محاكاة الواقع الحقيقي في ظل بيئة ثلاثية الأبعاد، وإجراء تجربة سيناريوهات أمنية آمنة؛ مما يتيح لهم فرصة إتقان الإجراءات الصحيحة، واتخاذ القرارات السليمة في الوقت المناسب.

لنخلص إلى أن من شأن هذا النظام التكويني المقترح أن يساعد في بناء أفضل لطلبة الكلية من خلال اكتساب المهارات اللازمة للتفاعل والتواصل مع المجتمع للعمل بشكل منتج، والتركيز على التحليل الأمني والشرطي الحالي، وبخاصة الخدمات في ظل تطور الذكاء الاصطناعي وتعلم الآلة؛ وتشجيع الطلبة على ابتكار حلول للتحديات الأمنية المحيطة بهم من خلال مشاريع تعليمية تفاعلية وتحفيزية؛ والمساهمة في تحسين كفاءة وفعالية الطلبة في أداء مهامهم بشكل أفضل في البيئة المتغيرة التي يعملون فيها وفي ظل التحديات الراهنة والمستقبلية للشرطة الحديثة، بالاعتماد على الذكاء الاصطناعي وتعلم الآلة وتحليل البيانات؛ وتنمية مهارات القرن الحادي والعشرين لدى الطلبة في التعلم والإنجاز في المسار الأكاديمي، وضمان انخراطهم في عملية التعلم، والمساعدة في بناء الثقة، كما تعدّهم للابتكار والقيادة، والتعاون والتواصل مع الزملاء والمجتمع، والإبداع والتطلع الفكري للتصدي للتحديات المستقبلية؛ وتوفير قاعدة معلومات كاملة عن معدلات الطلبة (مذكرة الطالب المرشح) لتزويد متخذي القرار بالمعلومات الدقيقة والواضحة، واعتمادها أساسا حول المسار الوظيفي؛ والإسهام في الاستثمار الأمثل للمعرفة والخبرات العلمية والتطبيقية للطلبة،

2712 منها دراسة نوف المرعي، درجة توافر مهارات القرن الحادي والعشرين في كفايات المناهج التعليمية لمرحلة التعليم الأساسي بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، المجلة الدولية للأبحاث التربوية، المجلد 48، العدد 3، يوليو 2024، ص. 14.

والوقوف على إمكانية توليد أو تطوير معارف وخبرات جديدة لهم، وتفعيل المعرفة المحوسبة لتعزيز اتخاذ القرارات؛ و دعم أساليب التعلم والتدريب، من خلال حياكة بيئة افتراضية تتمثل أهم أهدافها في محاكاة الواقع العلمي، والمساعدة على التحليل التنبؤي، ومعالجة صعوبات التعلم، وتوفير زاد معرفي استباقي لمواجهة التحديات الأمنية واستشراف المستقبل، وقيادة الذات، وتعلم مهارات جديدة وسبل إبداعية لإتقان المهارات الشرطية.

من شأن ما سبق الإسهام في تكوين الخريجين في وقت قصير، بتنسيبهم في القطاعات التي تتناسب مع كفاءتهم، وتقليل فترة مسارهم بعد التخرج، نتيجة تعلم الطلبة المهارات الإبداعية، وتحفيز قدرتهم على حل المشكلات الأمنية، والقدرة على استخدام التكنولوجيا في أداء المهام الشرطية، وفهم البيانات بشكل فعال؛ لاتخاذ القرارات المبنية على الأدلة.. وذلك ما يتماشى مع مقصد تحقيق الرؤى والتوجهات العليا لقيادتنا الرشيدة ولكلية الشرطة.

ولا يسري ذلك بشكل اعتباطي، بل ينبري في سياق الارتباط بالأهداف الاستراتيجية لوزارة الداخلية لعام 2023-2026، التي من مبادئها تعزيز الدور الرئيس لوزارة الداخلية، بتحقيق الأهداف الاستراتيجية ورؤية القيادة العليا من خلال الابتكار والإبداع واستشراف المستقبل، ورفع كفاءة العمل الأكاديمي والتدريبي، بتقديم خدمات متميزة من منظور الطلبة وأعضاء هيئة التدريس والإداريين مبنية على قدرات بشرية وتكنولوجية متميزة، وفق متطلبات العمل الأمني والشرطي، وذلك في سياق الارتباط المباشر بالتوجهات المستقبلية للأمن والسلامة لدولة الإمارات العربية المتحدة، وبالتوجهات البحثية لوزارة الداخلية وخاصة القطاع الأمني والشرطي، وتعزيز تحقيق أهداف مئوية الإمارات 2071، والارتقاء بالأداء الحكومي الفعال، وتحقيق استراتيجية الدولة بحلول سنة 2031، مع تعزيز نموذج قائد القرن الحادي والعشرين من قيادة صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم، نائب رئيس الدولة رئيس مجلس الوزراء حاكم دبي، بوصفه مثالا يحتذى على مستوى العالم، وقدوة في القيادة الحكومية المبنية على أسس التطوير والتنمية والابتكار، لإرساء دعائم الدولة المتطورة وحكومة المستقبل الذكية، وسلوك خطوة أولى بتحقيق الممكنات الاستراتيجية لوزارة الداخلية، باستقطاب وتمكين أفضل المواهب البشرية (طلبة الكلية) لتقديم خدمات مؤسسية ذات كفاءة وفاعلية، وتعزيز الممارسات الابتكارية القائمة على الجاهزية البشرية والاستباقية في العمل الشرطي والأمني.

الحقيقة التي لا جدال حولها هي أن للمؤسسة الشرطية طبيعتها الخاصة وبنيتها المختلفة عن باقي المؤسسات والقطاعات، وبالتالي يقع على أفرادها عبء اتخاذ بعض القرارات الفورية والمُلحة، وإذا لم يكن هؤلاء الأفراد على مستوى من التأهيل والتدريب وعلى معرفة كافية بالمهارات الفنية والسلوكية والذهنية؛ فلن يتأتى لهم التصرف بصورة تتفق ومعطيات الحدث، مما قد يحدث سلسلة من المشكلات التي يصعب التنبؤ بعواقبها في المجال الأمني. فدمْج ودفع الأفراد نحو المشاركة والمساهمة في الأداء المرتبط بنظام الجودة الشاملة، يعني زيادة مهارات وقدرات إمكانات الأفراد، ويمكن تحقيق ذلك من خلال التعليم والتدريب الإيجابي المرتبط بتقنيات العصر.

ويؤدي التعليم والتدريب دورا رئيسا في تطوير الأداء الأمني، وتكمن عملية تطوير الأداء في اختيار العناصر البشرية المناسبة لممارسة العمل الأمني، ومن ثم تدريبهم تدريبا تخصصياً مستمرا، يتناسب مع جميع الأنشطة التي لها علاقة مباشرة بطبيعة المهام الأمنية التي سيمارسونها، وذلك من أجل تحقيق عملية الارتقاء بتنفيذ المهام الأمنية، إضافة إلى تعزيز قدرات الطلبة.. شرطة المستقبل على اعتماد أحدث التقنيات الرقمية والإلكترونية، التي ترسخ لديهم البعد الاستباقي، وتخول لهم إمكانية التنبؤ بالجرائم وأماكن وقوعها والوقاية منها بسرعة فائقة قبل ارتكابها.[2713]

2713 نشير هنا إلى المرجع التالي: أكاديمية سيف بن زايد تفتتح "قاعات تدريب افتراضية ذكية" وفق أحدث التقنيات. على الرابط الإلكتروني التالي: https://srv.adpolice.gov.ae/ar/media/news/pages/0906202205.aspx (التصفح بتاريخ 2/3/2024)

بالتالي يؤدي تأهيل طلبة الكلية للمهارات الإبداعية إلى الاستشراف الاستراتيجي وتعزيز ثقافة الابتكار، بل إضفاء مرونة أكبر لاستدامة العمل الشرطي، وإلى تعزيز تأهُّبهم لمواجهة الأزمات الأمنية المستقبلية، مما يحقق سياسة الدولة بأن تكون آمنة، والحفاظ على الأرواح والممتلكات والبيئة.

مع ضرورة سلوك بعض الاستراتيجيات التعليمية المسهمة في تحقيق الاندماج بين مهارات القرن الحادي والعشرين والمناهج التربوية التدريسية، ومنها على سبيل التمثيل لا الحصر التعلم النشط الذي يجعل من الطالب صلب العملية التعلمية؛ والتعلم الفعال؛ والتعلم القائم على ثلاثة حيثيات هي المشاريع المشاكل والألعاب...

النتائج والتوصيات

بعد هذه السيرورة البحثية، وانطلاقا من تجربتنا في العمل الشرطي واضطلاعنا بمهمة التدريس في كلية الشرطة، وملاحظاتنا المتكررة للواقع العملي؛ نؤكد على أننا انتهينا إلى مجموعة من النتائج، من بينها افتقار بعض كليات الشرطة لنظام تقييم أداء الطلبة على مواجهة الجرائم المبنية على التقنيات الحديثة والتصدي لها، وفقا لمعايير الجودة، وبناء على الكفاءة الميدانية كمعيار أساس، وكذلك إلى آليات المتابعة والتقييم، ناهيك عن ضعف تأهيل أعضاء هيئة التدريس على الأنظمة الشرطية المبنية على سيناريوهات ومحاكاة لواقع مستجدات الجرائم، وعدم توفر اختبارات نوعية وآليات تقنية لفرز وتصنيف مواهب الكلية، لمعرفة الكفاءات والمهارات القيادية. كما لا تتوفر ببعض الكليات الشرطية برامج تدريبية مخصصة لتحفيز الطلبة في الإبداع والابتكار، ولا توجد مناهج وأساليب تدريس تكيفية تعتمد على تحليل بيانات الطلبة، وتتناسب مع قدراتهم ومهاراتهم؛ ويتأتى هذا المطمح من خلال التعليم الافتراضي المدعوم بالذكاء الاصطناعي.

وهناك نتائج أخرى انتهينا إليها، من بينها أن المناهج حاليا لم تعد كافية لإعداد الطالب للعمل الأمني والشرطي في عالم يقوده التطور التكنولوجي، وعليه من الضروري تزويد الطلبة بالمهارات اللازمة لتحقيق الهدف الاستراتيجي بالاستعداد الاستباقي للمواجهات الأمنية؛ وقلة ممارسة المرشحين لأي نشاط تفاعلي تدريبي بتقنيات مرتكزة على مهارات القرن الحادي والعشرين؛ مع استمرارية أساليب واستراتيجية التدريس المتبعة بالكلية سواء قبل أو بعد وقت التطبيق المهني؛ وغياب دور عضو هيئة التدريس في تطبيق التجربة التدريبية، من حيث متابعة الطلبة أو التفاعل معهم، نظرا لقلة الأدوات التعليمية المرتبطة بالتقنيات الحديثة؛ ووجود طلبة موهوبين ومبتكرين في كلية الشرطة لم يتم اكتشافهم ورعايتهم؛ وعدم استثمار إمكانياتهم بالشكل الأمثل؛ وتحسين نوعية التعليم والبحث والابتكار في الكلية للارتقاء بالمستوى التعليمي والإبداعي للطالب؛ وبناء الشخصية العلمية والقيادية للطالب؛ وخلق بيئة داخلية تشجع على التميز والابتكار؛ وحاجة الوزارة لكفاءات متخصصة ومتميزة تتمتع بمهارات ابتكارية وتحليلية وبمواصفات علمية عالية.

لأجل رفع هذه العثرات، وانطلاقا من تجربتنا العملية، فإننا نقترح بعض البدائل المتمثلة في تطوير نظام ذكي كمدخل للتحفيز الابتكاري للاستدامة الأمنية، وتدريب الطلبة في أحد مختبرات الواقع الافتراضي بالقيادات العامة للشرطة بالدولة (من أهم نقاط الضعف ضيقُ وقت الطلبة بالخروج للتدريب خارج الكلية، وكل مختبر لديه سيناريوهات مخصصة لإحدى مهام الشرطة، وصعوبة تنقل أفراد الدفعة كاملة لمحدودية الأعداد في المختبر)، مع الاستعانة بشركة خارجية متخصصة في تحليل البيانات (الاستعانة ستقلل من دور الكادر الوطني، وزيادة العبء الإداري لمراجعة اختيارات الشركة للتأكد من الشفافية والنزاهة وعدالة الاختيار، وضعف السرية لمعايير ولوائح كلية الشرطة لوجود عنصر خارجي)...

ويبقى أن البديل الأمثل بالنسبة لنا والذي ينهض من صلب موضوعنا هو تطوير نظام ذكي كمدخل للتحفيز الابتكاري للاستدامة الأمنية. ويرتكز بديلنا الأمثل هذا على محورين رئيسين هما:

المحور الأول: تأهيل الطلبة بمهارات القرن الحادي والعشرين كمنطلق لبناء الشخصية والقيادة الموهوبة

توفر التقنيات الرقمية وغيرها من التطورات في تكنولوجيا المعلومات والكمبيوتر فرصا لتحسين مهارات طلبة الكلية، بتحليل البيانات المتزايدة وقيمتها سواء الأكاديمية أو التدريبية أو السلوكية، مما يخلق فرصا جديدة بالتركيز بشكل أقوى على مهارات الابتكار والمواطنة في العصر الرقمي، وكذلك تغيير أنظمة التعليم بتطوير مناهجها ومتطلبات المهارات. فيمكن تسخير تلك التقنيات بتوسيع نطاق المهارات التي يحتاج إليها طلبة الكلية بمهارات القرن الحادي والعشرين، والتي ستصبح أكثر أهمية في عالم تشكله التكنولوجيا الرقمية. وتكمن أهمية مهارات القرن الحادي والعشرين في إنها تمكّن طلبة الكلية من التعلم بمستويات عليا، كما توفر إطارا منظما يضمن اندماجهم في عملية التعلم؛ بالتالي تمكنهم من الابتكار والقيادة والمشاركة بفاعلية في القرن الحادي والعشرين، وربطها من أجل تنمية التفكير، وبناء أفكار جديدة.

والحقيقة أن هناك خمسة أسباب جعلت لمهارات القرن الحادي والعشرين أهمية كبرى، نجملها فيما يلي:

1- إدراك قادة التعليم العالي ورواد الأعمال أن مهارات القرن الحادي والعشرين هي المحرك الأكثر أهمية لتفوق الطلبة في المؤسسات التعليمية وأماكن العمل؛

2- قيام المؤسسات التعليمية الآن بإعداد الطلبة لوظائف مستقبلية قد لا تكون موجودة الآن؛

3- غيرت وسائل التواصل الاجتماعي التفاعل البشري، وخلقت تحديات جديدة في كيفية التعامل في المواقف الاجتماعية؛

4- تطوُّر الأنترنيت بشكل كبير للوصول إلى المعلومات، لذلك يحتاج الطلبة والموظفون إلى تعلم كيفية معالجة وتحليل كميات كبيرة من المعلومات؛

5- المعرفة الكبيرة للمحتوى العلمي من المواد الأساسية لا تكفي وحدها، لذلك يحتاج الطلبة إلى تعلم كيفية تطبيق الحقائق من خلال التفكير النقدي وحل المشكلات.[2714]

ومن شأن الإحاطة الشاملة بهذه المهارات الارتقاء بالواقع الفكري للطلاب؛ وهي في عمقها تنضوي في أربع فئات رئيسية،[2715] على النحو التالي:

- مهارات شخصية تشمل تطوير الذات والاستقلالية، والعديد من المهارات الفرعية، منها "الإدارة، والتوجيه والتنظيم والقدرة الذاتية، والقدرة على تشكيل وتنفيذ خطط ومشاريع مرتبطة بمجال التخصص، وكذلك الذكاء العاطفي"، وحل المشكلات والتفكير النقدي في بيئات التعلم، ومنها "التفكير التحليلي، وتحليل الأدلة وتقييمها، والقدرة على تقديم الحلول في تحديات معينة، واتخاذ القرارات المستنيرة".

- مهارات اجتماعية، تشتمل على التواصل والتعاون وخاصة العمل الجماعي؛ تعزيز التعاون الطلبة، وتبادل المهارات والمعلومات في حل المشكلات الأمنية من خلال استخدام أحدث سيناريوهات الجماعة، بغية تحليل ظروف وملابسات القضايا الافتراضية المدعمة بتقنيات وأدوات الذكاء الاصطناعي، وكذا الوعي الثقافي والعالمي، والقدرة على تقدير قيمة الثقافات المتنوعة، وبناء علاقات وشبكات بين الثقافات، وأخذ زمام المبادرة.

- مهارات معلوماتية ومعرفية، هي التعلم من خلال التأمل الذاتي، التقييم الذاتي، التحسين الذاتي، ما وراء المعرفة، التعلم المستقل، بناء المعرفة، التعلم التعاوني. إضافة إلى إدارة المعلومات بالوصول إلى البيانات وتحليلها، وتطبيق المعرفة على المواقف الجديدة، وإنشاء معارف جديدة.

- مهارات رقمية، إذ يجب على مرشحي الكلية - وفي سياق القرن الحادي والعشرين- تعميق الثقة في استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، والكفاءة في استخدام الأدوات الرقمية، بالإضافة إلى المهارات الرقمية التفاعلية، والاستخدام النقدي للأدوات

2714 شيخة العيناتي وأحمد الحنيان، دور الأنظمة التعليمية في بناء مهارات القرن الحادي والعشرين، المؤسسة العامة للحي الثقافي –كتارا- إدارة البحوث والدراسات، ديسمبر 2013، ص. 4.

2715 أي نقل عمليات التفكير إلى موقف غير مألوفة، لإنشاء حلول غير تقليدية، وطرح أسئلة تساعد على تحديد أفضل النتائج.

ISSN:2509-0291

الرقمية (التحليل والنقد والتقييم والإبداع)، والقدرة على تحمّل المسؤوليات الأخلاقية المطلوبة في الثقافة التشاركية في مجال التكنولوجيا.

المحور الثاني: التعلم بالألعاب والسيناريوهات الافتراضية

نظرا إلى أن واقع المناهج الأكاديمية للكلية ينقصه تدريب الطلبة عمليا وافتراضيا على مرتكزات التقنيات في المجال الشرطي من خلال المجالات المتطورة في تقنيات التدريب، وتجربة سيناريو للتدريب الافتراضي باستخدام الواقع المعزز كمثال، ولتكامل المنظومة التعلمية والتدريبية للطلبة؛ ومن هذا المنطلق جاءت فكرة تبني إعداد سيناريوهات شرطية وأمنية بالتعليم بالألعاب، بناء على التوجهات المستقبلية للأمن والسلامة 2071. إضافة إلى تضمين البيئة الافتراضية للتعلم أدوات الذكاء الاصطناعي العام والشرطي بصفة خاصة، والتي تعمل على تبسيط إجراءات التعلم سواء بالنسبة للطلاب أو المحاضرين، عبر استحداث منصات التعلم التكيفية التي بإمكانها تحليل بيانات الطلبة، وتوجيه ملاحظات بشأن المناهج المخصصة لتعليمهم وفقا لقدراتهم، كما تساعد هذه التقنيات الذكية المحاضرين على تسطير المناهج وسبل التدريس عالية الجودة.

ولتكامل تأهيل الطلبة بمهارات القرن الحادي والعشرين بالكفاءات المستقبلية للمجال الشرطي والأمني، نجد أنها ترتكز على تأهيل الطلبة للمهارات والكفاءات التالية:

1. حل المشكلات المعقدة مثل الجرائم الرقمية السيبرانية التي ازداد عددها والمستحدثة والمرتكبة بأحدث أساليب الذكاء الاصطناعي، والتي تُمكن الطالب من اقتراح حلول وأفكار مبتكرة؛
2. الإدراك القانوني والسلوكي، مع متغيرات استخدام التقنيات المتطورة مثل الذكاء الاصطناعي في كيفية التعامل مع البيانات الضخمة وخصوصيتها في ضوء قانون الجرائم المعلوماتية بالدولة؛
3. عقلية إبداعية ومبتكرة: التأقلم مع مواقف السيناريوهات الشرطية؛
4. التعلم النشط بعقلية النمو: الانتقال إلى إيجابية الطالب وفاعليته في المواقف التدريبية، اعتمادا على مواقف وأنشطة مختلفة تستلزم البحث والتجريب والتعلم الذاتي أو الجماعي؛
5. الذكاء العاطفي والاجتماعي: قدرة الضابط على إدراك عواطفه، وقدرته على مواجهة مختلف المتغيرات التي يتعرض لها، ومن هذه المتطلبات الجانب العقلي، والمعرفي إضافة إلى الجانب الانفعالي؛
6. الحكم وصنع القرار: أهمية التدريب على اتخاذ القرارات.

وللمضي قدُمًا والاستمرار في تلبية الاحتياجات المتطورة للمجتمع، يجب أن ننظر في نماذج جديدة وأكثر مرونة للعمل الشرطي وأكثر ملاءمة للقرن الحادي والعشرين، في إعداد وتأهيل القيادات الشابة، والاحتفاظ بأصحاب المهارات والقدرات العالية، وتعزيز ثقافة الأداء العالي،[2716] وضمان توفير قادة يتمتعون بالمهارات والقدرات اللازمة، وكذلك تطوير المعرفة التكنولوجية؛ لذلك يجب تبنّي نظام التقييم الذي يهدف إلى تصنيف مهارات وكفاءات الطلبة، وجذب أبرز المواهب القيادية لتكون نواة لضباط المستقبل، وذلك باستخدام خوارزميات تعلّم الآلة (Machine Learning) واستخدام منصات تعلم تكيفية تراعي قدرات كل طالب، وتحدد مسارات متخصصة مناسبة وفقا لنتائج التقييم وتلقي التغذية الراجعة الفورية عند ممارسة التعلم والتدريب المدمج.

وإذا استشرفنا تحليل هذا البديل الأمثل الذي اقترحناه من منطلق وعْينا بحاجيات المعرفة التعلمية في مجال الشرطة، فسنلمح أنه يتضمن نقاط القوة المتمثلة في تحسين الوعي بالأوضاع أثناء الحوادث الديناميكية والخطيرة، مما يعزز التماسك بين أعضاء الفريق، وتحسين التنسيق لجعل العمليات الشرطية والأمنية أكثر أمانا وفعالية، كما يساعد ذلك على زيادة الكفاءات والمهارات الشرطية للطلبة عمليا، نتيجة التطبيقات الشرطية، مما يوفر قواعد بيانات للمرشحين للقيادات، باستخدام أدوات التحليلات

2716 ينجلي ذلك من خلال مفهوم "المثقف" الذي يعني الشخص الذي يفكر قبل أن يتصرف، ويستجيب بذكاء للمواقف الصعبة، ويقيّم في نهاية الأمر عواقب خطة العمل المختارة.
انظر:
.Larson, L.C. & Miller, T.N. 2011, "21st Century Skills: Prepare Students for the Future", Kappa Delta Pi Record, vol. 47, no. 3, pp. 121-123

التنبؤية لإعداد السيناريوهات والمخططات، لتكوّن صورة كاملة عن المهارات والكفاءات، وسد الفجوات بين ما يتلقاه المرشحون نظريا وبين واقع الاستخدام العملي قبل الالتحاق بالعمل الشرطي والأمني، و**تحسين عملية التحليل وتوزيع الخريجين للقطاعات التي تتناسب مع كفاءتهم التدريبية، المسلكية والأكاديمية**، والتمكين من تتبع أداء الطلبة الموهوبين قياديا، وتقديم ملاحظات مستمرة، وتتبع مؤشرات الأداء الرئيسية للطلبة الذين تم اختيارهم، وإنشاء خطط تحسين الأداء وتجربة تحليل البيانات بشكل عام، وإنشاء تقارير وتحليلات فورية لتحديد نقاط القوة وفرص التحسين.

إزاء نقط القوة هذه، توجد تحديات يمكن مجابهتها من خلال إعادة تطوير المناهج الأكاديمية والتدريبية من خلال تحديث البنية التحتية من الشبكات الحاسوبية، باستخدام التقنيات الحديثة وبناء مختبر لسيناريوهات شرطية للتحفيز الابتكاري، وذلك بهدف تحقيق بيئة افتراضية متكاملة بالكلية، ناهيك عن تأهيل أعضاء هيئة التدريس والإداريين على تطبيق الذكاء الاصطناعي في قياس كفاءات الطلبة.

ويتولى القيام بهذه المهام الفاعلون في هذا المجال، وهم فريق عمل مكوّن من كلية الشرطة، والإدارة العامة للموارد البشرية، والإدارة العامة للخدمات الذكية والأمن الرقمي بوزارة الداخلية، والإدارة العامة للاستراتيجية وتطوير الأداء وتنفيذه داخليا.

التوصيات

انطلاقا مما راكمناه بين ثنايا هذا البحث من معرفة شخصية وموضوعية عن هذا الموضوع ذي الراهنية الزمنية والاستراتيجية، نخلص إلى تسطير مجموعة من التوصيات الكفيلة بالارتقاء بالتحفيز الابتكاري للتعلم في ظل الاستدامة الأمنية، منها:

1. العمل على تحسين تكامل البيئات التعليمية وبيئات البنية التحتية التي يجب توافرها لضمان التكامل الوثيق بين مهارات القرن الحادي والعشرين والمهارات التكاملية مع احتياجات الأمن الاستباقي؛
2. مواصلة الجهود الحثيثة لجعل الذكاء الاصطناعي أحد دعائم تطوير المنظومة التعليمية بالكلية، استنادا إلى نهج استشرافي قائم على التعليم الذكي، وانسجاما مع التوجهات السديدة للقيادات العليا، في توفير السبل الضامنة لتخريج أجيال متمكنة من أدوات اقتصاد المعرفة، وعلى أتم الاستعداد والجاهزية لصنع المستقبل الذي تطمح إليه القيادة الرشيدة في دولة الإمارات العربية المتحدة؛
3. وضْع خطة تشغيلية بمعايير حوكمة تطوير المناهج الدراسية والتدريبية، والتي تنسجم مع التحديات الراهنة والمستقبلية من حيث التركيز على قيم الاستدامة السبع عشرة وفق ما جاء لدى الأمم المتحدة بما ينسجم مع الاستدامة الأمنية. كما يجب أن تتواءم هذه المناهج مع محتوى التعليم الافتراضي لتطويرها للمساهمة في تعزيز التفكير الإبداعي والتحليل الابتكاري لدى الطلبة من خلال محاكاة الواقع الافتراضي واستشراف المستقبل؛
4. العمل على وضع إطار مفاهيمي لإدارة مواهب الكلية القيادية وفق المدخلات الأكاديمية والتدريبية والميدانية والمسلكية (ملف الطالب) والمدخل التنظيمي لوزارة الداخلية، مع تحليل العوامل والأبعاد الاستراتيجية المؤثرة على إدارة تلك المواهب ضمن منظومة الإدارة الاستراتيجية؛
5. الاهتمام بالمحتوى التدريبي التفاعلي للبرامج والمساقات التعليمية، وتطوير منظومة الإعداد الأكاديمي والتدريبي لاستشراف مستقبل الجريمة، وإعداد سيناريوهات المواجهة المحتملة، وتطوير البنية التحتية التقنية في المجال الأمني لمواجهة التحديات المستقبلية في مجال مكافحة الجريمة؛
6. استحداث استراتيجية للريادة المؤسسية وفق مطمح تحفيزي وابتكاري، وتطوير منظومة إدارة المواهب داخل كلية الشرطة، مع تحفيز التفاعل والمشاركة والتعاون بين الطلبة، والقدرة على تحليل الأدلة والمعلومات بشكل إبداعي مبتكر.
7. تدريب وتأهيل المدربين والمحاضرين على كيفية استخدام أدوات التعليم الحديثة والمبتكرة وأدوات قياس الموهوبين والمبتكرين، وطريقة استخدام البرامج المتخصصة مع الطلبة الموهوبين والمبتكرين؛

8. تنمية وتطوير رأس المال البشري، وتوجيه الكادر الوطني نحو المهارات المستقبلية، ليتمكن من التكيف مع المتغيرات المتوقعة في العمل الشرطي، وتحويل التحديات إلى فرص، وتجهيز جيل المستقبل بأعلى المستويات العلمية والاحترافية، من خلال ترسيخ مبدأ التعلم مدى الحياة؛

9. إحداث مختبرات ذكية في المجال الشرطي، تكون بمثابة فضاء لصقل مهارات المعرفة الشرطية لدى الطلبة، من أجل مجابهة التحديات الأمنية المتنوعة والمتعددة؛ وذلك من خلال إشراك الطلبة في تجارب تفاعلية افتراضية تدمج الجانب النظري والعملي، وإحاطتهم خُبرا بالتقنيات التكنولوجية الجديدة الموظفة في ارتكاب الجرائم السيبرانية، وتعزيز الفهم لديهم بالتفاعل مع محتوى ثلاثي الأبعاد يكون أقرب إلى الفهم والاستيعاب للمناهج الدراسية، مع توفير شخصيات افتراضية ذكية تحاكي مواقف واقعية يمكن أن تواجه رجال الأمن للتفاعل فيها والتدريب؛

10. استلهام تجارب عالمية متميزة في مجال التحفيز الابتكاري، من أجل الارتقاء أكثر بواقع التجربة الإماراتية في المجال الشرطي، وتفعيل الشراكة والتعاون مع الكليات الشرطية الإقليمية والدولية المتميزة التي تسير على نهج تطبيق آليات التعليم الافتراضي الذي يزاوج بين البعدين النظري والتطبيقي؛ بهدف تحقيق مطمح التحفيز الابتكاري لدى الطلبة، واستنهاض هممهم المعرفية والرقمية الحديثة والمتطورة، سعيا نحو تبنّي نهج جديد لجذب أصحاب المواهب والكفاءات والحفاظ عليها وتجويد مخرجات التعلم وتغيير الأسلوب التقليدي في تحليل البيانات؛ وذلك ما ينبئ عن نهج تعليمي يركز على تحديد نتائج التعليم وقياسها حتى يكتسب الطلبة المعرفة والكفاءة اللازمتين؛

11. تأهيل وتعزيز طلبة الكلية شرطيا وأمنيا للتصدي للجرائم المستقبلية، فعلى سبيل المثال: الحروب الإلكترونية الرقمية، اختراق المركبات ذاتية القيادة، واستخدام العملات الرقمية في الترويج للمخدرات؛

12. الوصول إلى أفضل تعليم وتدريب معتمد على التقنيات الحديثة والتطور التكنولوجي، من شأنه توفير قاعدة معلومات فورية عن كفاءات ومهارات الطلبة، لتزويد متخذي القرار بالمعلومات الدقيقة والواضحة واعتمادها أساسا حول المسار الوظيفي؛

13. تمكين الطلبة من أدوات عصرهم، والمضي بهم قدُما نحو المزيد من أفق التميز والتفرد، ورفع مهاراتهم وتأهيلهم للمستقبل، وفق أرقى المعايير والمنهجيات العلمية المتبعة عالميا، وبما ينسجم مع توجهات الدولة المستقبلية في قطاع التعلم والتدريب الشرطي، وتمكين الطلبة كذلك من السبل التي تعمق التفكير الإبداعي لديهم، وإكسابهم مهارة توليد أفكار جديدة، واستشراف المخاطر الأمنية؛ مما يتطلب أهمية التدريب على طرق الوصول إلى التحليل المبتكر لأفكار جديدة وغير تقليدية، والتفكير خارج الصندوق لتطوير حلول مبتكرة وفعالة؛ ويتحقق ذلك كله عبر إثارة الخيال العلمي، وتنمية الفضول والتحدي لديهم، بالتدريب على سيناريوهات وقضايا واقعية أمنية، وتطوير بيئات النظم التقليدية من خلال تحويلها إلى بيئات افتراضية مدعومة بأدوات الذكاء الاصطناعي، واستخدام أساليب جديدة للتعامل مع التحديات والتهديدات الأمنية المختلفة.

المراجع:

- أحمد الحنيان، الفجوة الرقمية في الإدارة والسياسات التربوية، مكتب التربية العربي لدول الخليج، 2023.
- الرفاعي ممدوح عبد العزيز، استراتيجيات الابتكار: طريق الإدارة نحو الابتكار الجذري. ضمن أعمال مؤتمر دعم وتنمية المشروعات الصغيرة، بعنوان استراتيجيات الابتكار. كلية التجارة، جامعة عين شمس، مارس 2012.
- الشاذلي بية الشطي، التنمية المستدامة والأمن المستدام، مجلة العلوم الاجتماعية –المركز الديمقراطي العربي ألمانيا -برلين، العدد 10، سبتمبر 2019.
- القحطاني سالم بن سعيد بن حسن، القيادة الإدارية؛ التحول نحو النموذج القيادي العالمي. الرياض، مرامر للطباعة، 2001.

- آمنة علي حسن عبدالله، التحفيز الوظيفي وأثره في دعم الإبداع والابتكار الأمني، دراسة تطبيقية على القيادة العامة لشرطة الشارقة.
- سليمان عبدالله الحربي، مفهوم الأمن، مستوياته وصيغته وتهديداته، المجلة العربية للعلوم السياسية، المجلد 2008، العدد 19، يوليو 2008.
- شيخة العيناتي وأحمد الحنيان، دور الأنظمة التعليمية في بناء مهارات القرن الحادي والعشرين، المؤسسة العامة للحي الثقافي – كتارا- إدارة البحوث والدراسات، ديسمبر 2013.
- عبدالله بن عبدالواحد الغامدي، دور القيادات الأمنية الوسطى في تحفيز العاملين. رسالة ماجستير. الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية. 2000.
- عبدالله علي بن خلفان الزعابي، إدارة المعرفة الأمنية ودورها في تطوير الابتكار الأمني، دراسة تطبيقية على إدارة الاستراتيجية وتطوير الأداء بالقيادة العامة لشرطة الشارقة، الناشر: القيادة العامة لشرطة الشارقة، مركز بحوث الشرطة، الطبعة الأولى 2019.
- ممدوح عبدالمنعم الكناني، سيكولوجية الابتكار لدى الأفراد والمجتمعات، عالم الفكر العربي، العراق 2006. رشاد علي موسى والخطاب سهام أحمد، الابتكار، دار الفكر العربي، القاهرة 2004.
- نجم عبود نجم، إدارة الابتكار المفاهيم والخصائص والتجارب الحديثة، الأردن، دار الأوائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2003.
- نجم عبود نجم، الحوافز ودورها في رفع إنتاجية الموارد البشرية. عمان، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع 2019.
- نوف المرعي، درجة توافر مهارات القرن الحادي والعشرين في كفايات المناهج التعليمية لمرحلة التعليم الأساسي بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، المجلة الدولية للأبحاث التربوية، المجلد 48، العدد 3، يوليو 2024.
- نيازة حتاتة، إسهام الجمهور في مكافحة الجريمة، مجلة الأمن العام المصرية، العدد 57.
-عزت عبدالفتاح، الاتجاهات الحديثة لمنع الجريمة، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الأول، العدد الثاني، أكتوبر 1992.
-هنادي المباركي، الابتكار وريادة الأعمال، أداة تمكين الاقتصاد، جامعة الكويت 2020.

المراجع الأجنبية:

Larson, L.C. & Miller, T.N. 2011, "21st Century Skills: Prepare Students for the Future", Kappa Delta Pi Record, vol. 47, no. 3.

Wagner, T. The Global Achievement Gap: Why Even Our Best Schools Don't Teach the New Survival Skills Our Children Need, and What We Can Do about It. New York: Basic Books. 2008.

المراجع الإلكترونية:

-أكاديمية سيف بن زايد تفتتح "قاعات تدريب افتراضية ذكية" وفق أحدث التقنيات.
https://srv.adpolice.gov.ae/ar/media/news/pages/0906202205.aspx
-"الإمارات تبتكر 2023".. مشاريع ومبادرات ترسم ملامح حكومة المستقبل. جريدة الوطن.
https://alwatan.ae/posts/1089008
-شرطة أبوظبي تنظم معرض وملتقى "الابتكار الشرطي الثالث 2023". وكالة أنباء الإمارات.
https://www.wam.ae/ar/details/1395303128566
- رجب بن علي العويسي، الأمن وصناعة الاستدامة في برامج التنمية الوطنية. مجلة الوطن.
https://alwatan.om/details/346926

- آمنة علي حسن عبدالله، التحفيز الوظيفي وأثره في دعم الإبداع والابتكار الأمني، دراسة تطبيقية على القيادة العامة لشرطة الشارقة.
(2024) journal of Economic, Administrative and Legal Sciences (JEALS) Vol 8, Issue 5
https://journals.ajsrp.com/index.php/jeals/article/view/7526/7054

تقنية التعليم عن بعد كخيار استراتيجي لمواجهة الازمات والكوارث

Distance education technology as a strategic option to confront crises and disasters

الدكتور : محمد سالمين العرياني
عضو الهيئة التدريسية- كلية الشرطة أبوظبي

الملخص:
يتناول البحث دور التعليم عن بعد في مواجهة الأزمات، مثل الكوارث الطبيعية والنزاعات السياسية التي تعيق التعليم التقليدي. يشير الباحث إلى أن التعليم عن بعد ليس مفهومًا حديثًا، بل له جذور تاريخية تعود إلى القرن التاسع عشر، عندما كانت الدروس تُرسل بالبريد. مع تطور التكنولوجيا، وخاصة الإنترنت، تطور التعليم عن بعد بشكل كبير ليصبح أداة أساسية لاستمرارية التعليم. أبرز مزايا هذا النظام هي المرونة التي يوفرها، حيث يمكن للطلاب التعلم من أي مكان وفي أي وقت، ما يسهم في تقليل الفجوة التعليمية بين المناطق النائية والمناطق الحضرية، بالإضافة إلى تقليل التكاليف المالية المرتبطة بالتعليم التقليدي. كما أن هذا النوع من التعليم يُسهم في الحفاظ على سلامة الطلاب والمعلمين في أوقات الأزمات الصحية. ورغم هذه المزايا، إلا أن التعليم عن بعد يواجه تحديات كبيرة، منها ضعف البنية التحتية التكنولوجية في بعض الدول، والفجوة الرقمية التي تحد من وصول التعليم إلى الجميع. يستعرض الباحث تجارب ناجحة، مثل تجربة الإمارات والصين في تطبيق التعليم عن بعد، ويوصي بتطوير مناهج رقمية متقدمة وتدريب الكوادر التعليمية لتحسين جودة التعليم عن بعد. مستقبل التعليم يعتمد على التعليم الهجين الذي يجمع بين التعليم التقليدي والتعليم عن بعد، لضمان استمرارية العملية التعليمية في ظل التغيرات العالمية.

الكلمات الدالة:
1. التعليم عن بعد 2. الأزمات 3. التكنولوجيا 4. الفجوة الرقمي 5. التعليم الهجين

Abstract:
The research discusses the role of distance learning in addressing crises such as the COVID-19 pandemic, natural disasters, and political conflicts that hinder traditional education. The researcher highlights that distance learning is not a modern concept but has historical roots dating back to the 19th century when lessons were sent by mail. With the advancement of technology, especially the internet, distance learning has evolved significantly, becoming a key tool for ensuring educational continuity. The main advantages of this system include the flexibility it offers, as students can learn from anywhere at any time, helping to reduce the educational gap between remote and urban areas, as well as lowering the financial costs associated with traditional education. This type of learning also contributes to maintaining the safety of students and teachers during health crises. However, despite these advantages, distance learning faces major challenges, including weak technological infrastructure in some countries and the digital divide that limits access to education for all. The researcher reviews successful experiences, such as those of the UAE and China in implementing distance learning, and recommends developing advanced digital curricula and training educational staff to improve the quality of distance learning. The future of education relies on hybrid learning, which combines traditional education and distance learning, to ensure the continuity of the educational process in light of global changes.

Keywords:
1. Distance Learning 2. Crises 3. Technology 4. Digital Divide 5. Hybrid Learning

مقدمة

لقد شهد العالم في السنوات الأخيرة، خاصة خلال فترة جائحة كوفيد19-، تحولًا جذريًا في طريقة تقديم التعليم، وأصبحت الدراسة عن بعد الوسيلة الأساسية لضمان استمرار التعليم في ظل الظروف الطارئة

ولا يقتصر دور التعليم عن بعد على الأزمات الصحية فقط، بل يشمل أيضًا الأزمات الاقتصادية، السياسية، والكوارث الطبيعية التي قد تعطل التعليم التقليدي.

ظهرت الدراسة عن بعد كمنهج تعليمي مبتكر يتيح للطلاب الدراسة عن بعد فهي ليست مجرد مفهوم حديث، بل هي نموذج تعليمي متطور لعب دورًا حاسمًا في مواجهة التحديات والأزمات التي عاقت العملية التعليمية التقليدية.

ويعود مفهوم الدراسة عن بعد إلى ما قبل أكثر من قرن، حيث بدأ كوسيلة لتقديم الدروس عبر المراسلة، ففي أواخر القرن التاسع عشر، تم تقديم الدورات التعليمية عبر البريد للطلاب الذين كانوا يعيشون في المناطق النائية أو الذين لم يتمكنوا من حضور الفصول الدراسية التقليدية .

ومع تطور التكنولوجيا، شهد التعليم عن بعد تحولات كبيرة، بدءًا من استخدام الراديو في القرن العشرين، وصولاً إلى ظهور التلفزيون الذي قدم الدروس للمتعلمين في منازلهم.

وفي التسعينيات من القرن الماضي، مع انتشار الإنترنت، تطور التعليم عن بعد بشكل ملحوظ، بدأت الجامعات والمؤسسات التعليمية بتقديم دورات عبر الإنترنت، مما أتاح للمتعلمين فرصة الالتحاق ببرامج تعليمية من أي مكان في العالم، فاصبحت منصات التعلم الإلكتروني أكثر تطوراً وتفاعلاً مع مرور الوقت، مما جعل التعليم عن بعد تجربة تعليمية متكاملة تحاكي الفصول التقليدية.

والجدير بالذكر انه ومع مرور الوقت، تطور مفهوم الدراسة عن بعد بشكل كبير، خاصة مع التطورات التكنولوجية المتسارعة، حيث في السنوات الأخيرة، أصبح دور الدراسة عن بعد أكثر أهمية، خصوصاً في ظل الأزمات التي تعطل الأنظمة التعليمية التقليدية.

مشكلة الدراسة

يتعرض العالم للكثير من التقلبات السياسية والاقتصادية والصحية وكذلك يواجه في الفترة الاخيرة شتى انواع التغيرات المناخية، الامر الذي يترتب علية صعوبة استمرار الدراسة بالاسلوب التقليدي، ولا شك ان جائحة كوفيد 19 قد القت بظلالها على اهمية التعليم عن بعد.

الهدف من الدراسة

يهدف هذا البحث إلى استكشاف كيفية استخدام الدراسة عن بعد كحل تعليمي مرن وفعال أثناء الأزمات.

منهجية الدراسة

سنعتمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي حيث سنقوم بوصف الدراسة عن بعد وصفا دقيقا خلال فترة جائحة كوفيد 19 غير متجاهلين لتاريخ الدراسة عن بعد وكيفية تطورها.

تساؤلات الباحث

-ماهي الصعوبات التي تواجة التعليم على مستوى العالم؟

-هل تمكنت مؤسسات التعليم على مستوى العالم من استمرار التعليم في ظل جائحة كوفيد 19 بمخرجات تعليم جيدة في تلك الفترة؟

-هل هناك تحديات تواجه التعليم عن بعد؟

-هل جميع دول العالم قادرة على الاستفادة من نظام التعليم عن بعد؟

الدراسات السابقة

تناول مجموعة من الباحثين الدراسة عن بعد، حيث كان الاطلاع عليها والحصول منها على المعلومات والبيانات قد ساهمت في تعزيز محتوى البحث على الرغم من توصلنا لنتائج جديدة لم يتوصل لها من سبقنا في ذلك ومن هذه الدراسات:

1-علي ابو السعود اهمية البنية التحتية في التعليم عن بعد مجلة التربية والتكنولوجيا 2020

2-فاطمة العنزي الدعم النفسي والاجتماعي في التعليم عن بعد، مجلة العلوم النفسية 2021

3-محمود الباز اعداد المناهج الرقمية في العصر الرقمي، دار الفكر العربي 2019

4-نادية الخطيب تدريب الكوادر التعليمية على التعليم عن بعد، مجلة التعليم الحديث 2020

المبحث الأول:

مفهوم الدراسة عن بعد وتاريخها

من خلال هذا الفصل سنقف على تعريف الدراسة عن بعد كما سنستعرض تاريخ وتطور الدراسة عن بعد او ما كان يعرف بالدراسة بالمراسلة، كما سنتناول اشكال الدراسة عن بعد.

المطلب الاول

تعريف الدراسة عن بعد

الدراسة عن بعد، والتي تعرف أيضاً بالتعلم الإلكتروني أو التعلم عبر الإنترنت، هي احد طرق التعليم الحديثة نسبيا، فهي عملية تعليمية تتيح للطلاب المشاركة في الدورات والبرامج التعليمية عن بُعد، باستخدام التكنولوجيا الحديثة مثل الإنترنت، وتطبيقات المؤتمرات عبر الفيديو، والموارد التعليمية المتعددة الوسائط .حيث يتم تقديم المحتوى التعليمي بشكل يمكن الطلاب من التفاعل معه دون الحاجة إلى التواجد في الفصول الدراسية التقليدية (Moore & Kearsley)،2011 ، ص.(24 فهي بمفهوم اخر تعتمد على وجود المتعلم في مكان يختلف عن مصدر التعليم الذي يكون الكتاب او المعلم او حتى مجموعة الدارسين.

ويمكن القول انه يتمثل في نقل برنامج تعليمي من موضعه في حرم جامعة او مؤسسة تعليمية ما الى اماكن متفرقة جغرافيا، ويهدف الى جذب طلاب لا يستطيعون تحت الظروف العادية الاستمرار في برنامج تعليمي تقليدي. فهو بلا شك يختلف عن الأساليب التقليدية في كونه يوفر مرونة عالية تتمثل في إمكانية الوصول بسهولة الى القاعات الدراسة الافتراضية على الرغم من بعد المسافات ، كما انها تستوعب عددا كبيرا من الطلاب مقارنة بالدراسة التقليدية، ناهيك عن انها تسمح للطلاب بالاستفادة من العملية التعليمية بغض النظر عن المكان أو الزمان أو الحواجز المادية.

المطلب الثاني

تاريخ وتطور الدراسة عن بعد

كانت اولى محاولات التعليم عن بعد في عام 1728 عندما تم نشر اعلان في جريدة بوسطن جازيت للمدرس "كاليب فيليبس" مدرس الطريقة الجديدة المسماه اليد القصيره، والذي خاطب الطلاب الراغبين في التعلم من خلال الدروس الاسبوعية بالبريد.

وفي عام 1840 قدم السير اسحاق بيتمان اول دورة تعليمية عن بعد بالمعنى الحديث في اربعينيات القرن التاسع عشر، حيث قام بتدريس نظام الاختزال عن طريق ارسال نصوص مكتوبة بشكل مختصر على بطاقات بريدية وتلقي نسخ من طلابة مقابل التصحيح.

اثبتت هذه البداية المبكرة انها ناجحة للغاية، وتم تاسيس جمعية المراسلة الصوتية بعد ثلاث سنوات لانشاء هذه الدورات على اساس اكثر رسمية.

في عام 1873 تاسست اول مدرسة في الولايات المتحدة هي "جمعية تشجيع الدارسات في المنزل من اجل نشر التعليم بين الامريكيين، كما تاسست جامعة اكسفورد عام 1894 وكانت اول كلية للتعليم عن بعد في المملكة المتحدة (Garrison ،1989 ، ص .(11 وقد اعتمدت هذه الأساليب القديمة على خدمات البريد لتبادل المواد الدراسية بين المعلمين والطلاب.

مع ظهور الراديو والتلفزيون في القرن العشرين، أُتيحت فرص جديدة للتعليم عن بُعد من خلال توفير تجارب تعليمية سمعية وبصرية.

ومع ذلك، فإن الثورة الحقيقية للدراسة عن بعد جاءت مع ظهور الإنترنت في أواخر القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين، حيث أصبحت المنصات الإلكترونية والفصول الافتراضية والموارد الرقمية التفاعلية جزءاً أساسياً من العملية التعليميةAllen & Seaman) ، 2017، ص.(3

اليوم، أصبحت الدراسة عن بعد أكثر من مجرد بديل للتعليم التقليدي، بل أصبحت نموذجًا تعليميًا متكاملًا ومعترفًا به على نطاق واسع، وهي تستمر في التطور، من خلال دمج التقنيات الحديثة مثل الذكاء الاصطناعي، والواقع الافتراضي، والألعاب التعليمية لتعزيز تجربة التعلم.

الدراسة بالمراسلة

بدا التعليم عن بعد في القرن التاسع عشر فيما عرف بالدراسة بالمراسلة، وكان في بداية الامر الهدف منه ربحيا اذ تقوم المؤسسات التعليمية بتصميم المحتويات التعليمية اللازمة للاساليب غير التقليدية للتعلم تلبية لرغبة الدراسة لدى فئات من المجتمع لا تتمكن من الانتظام في الفصول الدراسية التي يتطلبها التعليم التقليدي.

ففي ذلك الوقت كانت المواد التعليمية ترسل عن طريق البريد وتتالف من المواد المطبوعة عموما، ودليل الدراسة، والمقالات المكتوبة والمهام والوظائف الاخرى.

الراديو والتلفاز

ادى الانتشار السريع للفيلم في عشرينيات القرن القرن المنصرم والراديو الى مقترحات لاستخدامه في التعليم عن بعد[2717]

المطلب الثالث: أشكال الدراسة عن بعد

تتضمن الدراسة عن بعد عدة أشكال وأساليب تهدف إلى تلبية احتياجات وتفضيلات المتعلمين المختلفة حيث تتنوع أدوات وأنماط التعليم عن بعد، بدءًا من التعليم غير المتزامن الذي يتيح للمتعلمين متابعة المحاضرات المسجلة في أي وقت يناسبهم، إلى التعليم المتزامن الذي يعتمد على المشاركة الحية عبر منصات الفيديو مثل Zoom و .Microsoft Teams هذه الأدوات تتيح التواصل المباشر بين المعلمين والطلاب، وتخلق بيئة تفاعلية تسمح للطلاب بطرح الأسئلة والمشاركة في النقاشات.

بالإضافة إلى ذلك، تعتمد بعض المؤسسات على أنظمة إدارة التعلم (LMS) مثل Moodle وBlackboard ، التي تتيح تنظيم الدروس، الواجبات، والاختبارات بطريقة متكاملة .ومن بين أدوات التعليم عن بعد الأكثر استخداماً نجد البريد الإلكتروني، المنتديات الإلكترونية، المجموعات الدراسية عبر الإنترنت، والمواد التعليمية الرقمية مثل الكتب الإلكترونية ومقاطع الفيديو التعليمية.

التعلم عبر الإنترنت

يعتمد هذا النوع على استخدام الإنترنت بشكل كامل في عملية التعليم، حيث يتم استخدام أنظمة إدارة التعلم مثل Moodle أو Blackboard، والتي تتيح للطلاب الوصول إلى المواد الدراسية والمشاركة في المناقشات وحل الواجباتWatson & Kalmon) ، 2005، ص.(6

التعلم الهجين

يجمع هذا النموذج بين التعليم عبر الإنترنت والتعليم التقليدي، مما يتيح للطلاب الاستفادة من مرونة الدراسة عن بعد مع الحفاظ على التفاعل المباشر مع المعلمين فهو يجمع بين افضل ما في العالمين.[2718]

2717 Larry teacher and machines:the classroom use of technology1986

2718 Graham2006 page 20

ان التعليم الهجين لا يقتصر على مجرد المزج فحسب بل انه اداة حيوية للمدارس والجامعات التي تسعى جاهدة لتلبية احتياجات المتعلمين اليوم. ويتعلق الامر بانشاء بيئة مرنة وديناميكية حيث لا يتوقف التعليم ابدا مهما كانت الظروف.

ويتميز التعليم الهجين بالاتي:

***القدرة على التكيف مع الظروف المتغيرة**

حيث يمكن الجهات التعليمية بسرعة التحول بين الوضعين في حال تغير الظروف او حدوث اضرابات غير متوقعة.

***فرص التعلم المعززة**

يضمن هذا النهج اتاحة الفرصة لكل طالب للتعلم بالطريقة التي تناسبه بشكل افضل

***تحسين الموارد**

من خلال الجمع بين الادوات المادية والرقمية

التعلم المتزامن

في هذا الأسلوب، يتفاعل الطلاب والمعلمون في الوقت الفعلي عبر منصات مؤتمرات الفيديو أو الدردشة المباشرة، مما يوفر بيئة تعليمية تشبه الفصول الدراسية التقليديةHrastinski) ،2008 ، ص.(52

التعلم غير المتزامن

يتيح هذا النموذج للطلاب الوصول إلى المحاضرات المسجلة مسبقاً والمواد التعليمية في أي وقت يناسبهم، مما يوفر مرونة في التعلم وفقاً لجدولهم الزمنيAnderson) ،2004 ، ص.(35

تُعتبر هذه الأشكال المتنوعة من الدراسة عن بعد حلاً تعليميًا مرنًا يمكنه التكيف مع احتياجات المتعلمين المختلفة.

المبحث الثاني : دورالدراسة عن بعد في مواجهة الأزمات العالمية

تلعب الدراسة عن بعد دورًا جوهريًا في مواجهة الأزمات العالمية من خلال توفير حلول بديلة ومرنة تضمن استمرارية التعليم. إن الأزمات، سواء كانت صحية مثل جائحة كوفيد-19، أو طبيعية مثل الزلازل والفيضانات، أو اجتماعية كالنزاعات والحروب، قد تعيق العملية التعليمية بشكل كبير. ومع ذلك، فإن اعتماد التكنولوجيا والابتكار في مجال التعليم عن بعد يتيح للمجتمعات التكيف مع هذه الظروف وضمان وصول الطلاب إلى التعليم في جميع الأوقات.

والجدير بالذكر انه يتعين الوقوف على معنى الازمة التي من شانها التاثير على الانظمة الدراسية التقليدية.

فافضل تعريف للازمة هو وقت او حالة غير مستقرة او حاسمة حيث يكون هناك تغيير حاسم وشيكا، فهي نمط معين من المشكلات او المواقف التي يتعرض لها فرد او اسرة او جماعة او مجتمع ويعرفها رابوبورت بانها موقف مشكل يتطلب رد فعل من الكائن الحي لاستعادة مكانته الثابتة وبالتالي تتم استعادة التوازن .

المطلب الأول : الأزمات العالمية و أثرها على التعليم

شهد العالم العديد من الأزمات التي أثرت بشكل كبير على نظم التعليم التقليدية، سواء كانت تلك الأزمات نتيجة للكوارث الطبيعية، أو النزاعات المسلحة، أو الأوبئة العالمية.

وتعتبر هذه الأزمات من التحديات الكبرى التي تؤدي إلى انقطاع العملية التعليمية وتعطيل الوصول إلى المدارس والجامعات.

ومن أبرز هذه الأزمات، جائحة كوفيد-19 التي اجتاحت العالم في عام 2020، مما أدى إلى إغلاق المدارس والمؤسسات التعليمية في معظم الدول (UNESCO، 2020، ص 5).

في ظل هذه الظروف، كان على الحكومات والأنظمة التعليمية البحث عن بدائل لضمان استمرارية التعليم. وهنا برزت أهمية الدراسة عن بعد كحل سريع وفعال للحفاظ على العملية التعليمية. على مر التاريخ، تسببت الأزمات العالمية في تعطيل العملية التعليمية لملايين الطلاب حول العالم. على سبيل المثال، جائحة كوفيد-19 التي اجتاحت العالم في عام 2020 أدت إلى إغلاق المدارس والجامعات في أكثر من 190 دولة، مما أثر على حوالي 1.6 مليار طالب (اليونسكو، 2020). كما أن النزاعات المسلحة، مثل

الصراعات في سوريا واليمن، تسببت في انقطاع التعليم لملايين الأطفال، مما جعل التعليم عن بعد وسيلة حيوية لضمان استمرارية التعليم في هذه البيئات الصعبة.

بالإضافة إلى الأزمات الصحية والنزاعات المسلحة، فإن الكوارث الطبيعية مثل الزلازل والفيضانات تؤدي أيضًا إلى تعطيل التعليم. ففي نيبال، بعد الزلزال المدمر عام 2015، تم تفعيل منصات التعليم عن بعد لضمان استمرار العملية التعليمية للطلاب المتأثرين (Sharma، 2016، ص 47).

المطلب الثاني: دور التعليم عن بعد في جائحة كوفيد-19

أدت جائحة كوفيد-19 إلى إغلاق ملايين المدارس والجامعات حول العالم، مما أثر على أكثر من 1.6 مليار طالب (UNESCO، 2020، ص 8). وقد أجبر هذا الإغلاق المفاجئ الأنظمة التعليمية على التحول إلى التعليم عن بعد باعتباره الحل الوحيد لضمان استمرارية التعليم في هذه الظروف الاستثنائية.

تمكنت منصات التعليم الإلكتروني من توفير بيئة تعليمية تفاعلية، حيث تم استخدام الفصول الافتراضية، والمنصات الرقمية، وأدوات التواصل عن بعد لضمان استمرار التعليم. كما تم اعتماد تقنيات متعددة مثل الفيديوهات التعليمية، والتطبيقات التفاعلية، والمحاضرات المباشرة عبر الإنترنت لضمان جودة التعليم واستمراريته (Dhawan، 2020، ص 9).

وفي هذه الفترة، أظهرت الدراسة عن بعد مرونة وقدرة كبيرة على التكيف مع التغيرات، مما جعلها أحد الحلول الأساسية لمواجهة الأزمات التعليمية.

المطلب الثالث : تجارب الدول في اعتماد التعليم عن بعد أثناء الأزمات

تنوعت تجارب الدول في اعتماد التعليم عن بعد خلال جائحة كوفيد-19 وغيرها من الأزمات. وفيما يلي استعراض لبعض هذه التجارب:

الإمارات العربية المتحدة

كتدبير احترازي لحماية الطلبة من كوفيد-19، نفذت دولة الإمارات منظومة التعليم عن بعد لكافة الطلبة اعتبارًا من 22 مارس 2020، وطبقت هذا القرار على المدارس الحكومية والخاصة وكافة مؤسسات التعليم العالي. وضعت الدولة منظومة لتفعيل التعليم عن بعد بشكل إيجابي، شملت تدريب تخصصي للمعلمين لتعزيز قدراتهم على إدارة العملية التعليمية عن بعد، وأتاحت للمدارس الخاصة استخدام منظومة التعليم عن بعد الخاصة بها.

كما أطلقت إرشادات مرجعية لإدارة سلوك الطلبة أثناء التعلم عن بعد ووفرت لهم منصات تعليمية ذكية مجانية وإنترنت مجاني عبر الأقمار الصناعية في المناطق النائية. واستخدمت المدارس والجامعات منصات التعلم الإلكتروني مثل منصة "مدرستي" ومنصة "MS Teams" لضمان استمرار التعليم (Ministry of Education UAE، 2020، ص 3).

الصين

تعد الصين واحدة من الدول الرائدة في العالم في مجال التعليم، وقد شهدت تغيرات كبيرة في نظامها التعليمي خلال السنوات القليلة الماضية. كانت الصين من أوائل الدول التي تبنت التعليم عن بعد بشكل واسع، حيث تم إطلاق مبادرة التعليم عبر الإنترنت "Learning in the Air" والتي وفرت المواد التعليمية عبر الإنترنت لأكثر من 250 مليون طالب (Zhang et al.، 2020، ص 14).

أوروبا

اعتمدت دول أوروبا على منصات مثل Zoom وGoogle Classroom لتقديم الدروس والمحاضرات عبر الإنترنت. كما قامت بعض الجامعات بتطوير منصات خاصة بها لضمان استمرارية التعليم الجامعي (European Commission، 2020، ص 12).

تؤكد هذه التجارب أن التعليم عن بعد كان الخيار الأمثل لضمان استمرار العملية التعليمية في ظل الأزمات، وأنه ساهم في تقليل تأثير هذه الأزمات على مسيرة التعلم.

المطلب الرابع

مزايا وتحديات الدراسة عن بعد أثناء الأزمات

الدراسة عن بعد قدمت العديد من المزايا التي جعلتها أداة فعالة لمواجهة الأزمات، ولكنها واجهت كذلك مجموعة من التحديات.

مزايا الدراسة عن بعد

- **المرونة**: تمنح الدراسة عن بعد الطلاب القدرة على التعلم وفقاً لجدولهم الزمني الخاص، مما يسهل عملية التعلم في ظل الظروف الاستثنائية (Al-Munif، 2021، ص 45).
- **السلامة والصحة**: تضمن الدراسة عن بعد السلامة الصحية للمتعلمين والمعلمين بعدم اختلاطهم المباشر.
- **الوصول إلى التعليم**: تتيح منصات التعليم الإلكتروني فرصة الوصول للطلاب في المناطق النائية أو المتأثرين بالأزمات.
- **التوفير المالي**: تُعتبر الدراسة عن بعد أقل تكلفة مقارنةً بالتعليم التقليدي.
- **الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة**: يتيح التعليم عن بعد استخدام أدوات متقدمة مثل الذكاء الاصطناعي والواقع الافتراضي.
- **تبادل الخبرات**: يتيح استقطاب أصحاب الخبرات من دول مختلفة.

تحديات الدراسة عن بعد

- **البنية التحتية التكنولوجية**: يتطلب التعليم عن بعد توفر إنترنت قوي وأجهزة متاحة للجميع.
- **الفجوة الرقمية**: يعاني بعض الطلاب من نقص الوسائل التكنولوجية الضرورية.
- **التفاعل الاجتماعي**: يحد التعليم عن بعد من التفاعل المباشر، مما يؤثر على الجوانب الاجتماعية.
- **التحديات التقنية**: مشاكل تقنية مثل انقطاع الإنترنت أو صعوبات في منصات التعلم تؤثر على جودة التعليم (Matar، 2020، ص 15)

الخاتمة

بعد ان تناولنا في دراستنا للتعليم عن بعد وتطرقنا لتاريخه وانواعه ودوره في مواجهة الازمات لضمان استمرارية التعليم وعدم توقفه في ظل التقلبات السياسية والاقتصادية والصحية وكذلك التغيرات المناخية وتوقفنا لاهم التحديات التي تواجهة التعليم عن بعد فاننا نكون قد توصلنا لاهم النتائج والتوصيات التي سنتناولها في هذه الدراسة على النحو التالي:

نتائج البحث:

اولا: من خلال هذه الدراسة توصل الباحث الى ان التعليم عن بعد ليست فكرة حديثة وليدة اللحظة وانما هي فكرة موغلة في القدم بدات بما يسمى الدراسة بالمراسلة.

ثانيا: الدراسة عن بعد لها عدة صور حيث توصل الباحث الى ان التعليم الهجين يعتبر من اهم هذه الصور حيث يجمع مزايا التعليم التقليدي والتعليم عن بعد

ثالثا:ان الدراسة عن بعد لاغنى عنها في هذا العصر خصوصا في ظل التقلبات السياسية والتغيرات المناخية

رابعا: تعتبر دولة الامارات من الدول السباقة في مجال التعليم عن بعد، كما انها من اوائل الدول التي انشات جامعات للتعليم الالكتروني عن بعد مثل جامعة حمدان بن محمد الذكية.

خامسا: يرى الباحث انه على الرغم من المزايا التي يحظى بها التعليم عن بعد الا انه يواجه مجموعة من التحديات اهمها البنية التحتية التكنلوجية خصوصا في الدول الفقيرة.

التوصيات

من خلال هذه الدراسة توصل الباحث الى مجموعة من التوصيات اهمها

اولا: ضرورة الاهتمام بالمزيد من الدراسات حول التعليم عن بعد من قبل المختصين نظرا للتطور التقني المتسارع وبالتالي تطوير هذا النوع من التعليم وفقا للمتغيرات المحيطة.

ثانيا: تكوين لجان مشتركة حول مؤسسات التعليم العالي على مستوى العالم وذلك لتوحيد الجهود في هذا المجال والاستفادة من وجهات النظر المختلفة

ثالثا:الاستفادة من تجربة دولة الامارات في هذا المجال كونها من الدول السباقة وتعميم فكرة جامعة حمدان بن محمد الذكية لدى مؤسسات التعليم العالي في مختلف دول العالم.

رابعا: ضرورة تضمين المناهج الدراسية الجامعية وطرق التدريس للتعليم الهجين، وذلك للاستفادة من مزايا التعليم التقليدي والتعليم عن بعد على حد سواء.

خامسا: ضرورة قيام المجتمع الدولي بدعم الدول الفقيرة وتطوير بنيتها التحتية الرقمية لتمكينها من تطوير التعليم لديها خصوصا في مجال التعليم عن بعد.

قائمة باهم المراجع

1. Jones, T. (2022). *Blended Learning in a Post-Pandemic World*. Journal of Educational Innovation, 15(2), 37.

1. Moore, M. G., & Kearsley, G. (2011). *Distance Education: A Systems View of Online Learning*. Wadsworth.

2. Garrison, D. R. (1989). *Understanding Distance Education: A Framework for the Future*. Routledge.

3. Allen, I. E., & Seaman, J. (2017). *Digital Learning Compass: Distance Education Enrollment Report 2017*. Babson Survey Research Group.

4. Watson, J., & Kalmon, S. (2005). *Keeping Pace with K–12 Online Learning: A Review of State-Level Policy and Practice*. North Central Regional Educational Laboratory.

5. Graham, C. R. (2006). *Blended Learning Systems: Definition, Current Trends, and Future Directions*. Handbook of Blended Learning.

6. Hrastinski, S. (2008). Asynchronous and Synchronous E-Learning. *Educause Quarterly*, 4, 51-55.

7. Anderson, T. (2004). Teaching in an Online Learning Context. In *Theory and Practice of Online Learning*. Athabasca University Press.

1. UNESCO. (2020). *Education: From Disruption to Recovery*. UNESCO.

2. Dhawan, S. (2020). Online Learning: A Panacea in the Time of COVID-19 Crisis. *Journal of Educational Technology Systems*, 49(1), 5-22.

3. Ministry of Education UAE. (2020). *Remote Learning Guide*. Ministry of Education.

4. Zhang, W., Wang, Y., Yang, L., & Wang, C. (2020). Suspending Classes Without Stopping Learning: China's Education Emergency Management Policy in the COVID-19 Outbreak. *Journal of Risk and Financial Management*, 13(3), 55.

5. European Commission. (2020). *Digital Education Action Plan (2021-2027)*. European Commission.

1. Moore, M. G., & Kearsley, G. (2011). *Distance Education: A Systems View of Online Learning*. Wadsworth.

2. Garrison, D. R. (1989). *Understanding Distance Education: A Framework for the Future*. Routledge.

3. الإماراتية والتعليم التربية وزارة. (2020). *بعد عن التعليم دليل*.

4. Zhang, W., Wang, Y., Yang, L., & Wang, C. (2020). *Suspending Classes Without Stopping Learning: China's Education Emergency Management Policy in the COVID-19 Outbreak*. Journal of Risk and 1. Smith, J. (2021). *Infrastructure for*

Effective Online Learning*. Educational Development Journal, 20(1), 33.

2. Al-Ansari, A. (2019). *Digital Curriculum Design in E-Learning*. Journal of E-Learning Studies, 8(3), 41.

Financial Management, 13(3), 55.

1. الله عبد الغامدي، (2021). *الجامعي التعليم في الهجين التعليم مستقبل*. الجامعي، التعليم مجلة، 12(1)، 17.
2. Akkari, A., & Baker, D. (2021). *Transforming Education Post-COVID-19*. Education Today, 5(2), 22.
3. نورة الحربي، (2020). *بعد عن والتعليم الرقمية الفجوة*. التربية، مجلة، 25(3)، 30.
4. Smith, J., & Hill, R. (2021). *Ensuring Quality in Distance Education*. Journal of Online Learning, 16(4), 35.
5. محمد العتيبي، (2021). *بعد عن للتعلم النفسية التأثيرات*. الإنسانية، العلوم مجلة، 14(2)، 9.

1. نور عباس، (2018). *التعليم أهداف تحقيق في بعد عن التعليم فعالية*. التربوية، العلوم مجلة، 23(4)، 15.
2. Al-Qahtani, M. (2019). *Distance Learning and Accessibility*. International Journal of E-Learning, 12(3), 32.
3. علي حسن، (2020). *التعليم بعد عن: فوائد وتحديات*. دار الكتب العلمية.
4. Sayed, H. (2021). *Technology Gaps in Distance Learning*. Educational Technology Journal, 15(2), 45.
5. أحمد الجندي، (2019). *التعليم في التقنية التحديات*. الإلكتروني، مجلة التكنولوجيا الحديثة، 10(1)، 39.
6. Ahmed, R. (2020). *Social Interaction in Online Learning*. Journal of Distance Education, 14(4), 52.

1. علي السعود، أبو (2020). *بعد عن التعليم في التحتية البنية أهمية*. والتكنولوجيا، التربية مجلة، 22(4)، 21.
2. محمود الباز، (2019). *الرقمي العصر في الرقمية المناهج إعداد*. دار الفكر العربي.
3. نادية الخطيب، (2020). *بعد عن التعليم على التعليمية الكوادر تدريب*. الحديث، التعليم مجلة، 16(2)، 47.
4. فاطمة العنزي، (2021). *بعد عن التعليم في والاجتماعي النفسي الدعم*. النفسية، العلوم مجلة، 18(3)، 12.

1. اليونسكو. (2020). *الأزمات ظل في التعليم حول العالمي التقرير*.
2. البنك الدولي. (2021). *كوفيد-19 زمن في التعليم تقرير*.
3. Sharma, K. (2016). *Distance Education after the Earthquake in Nepal*. Journal of Educational Technology, 12(4), 47.
4. Helminen, A. (2021). *Online Learning During COVID-19 in Finland*. Scandinavian Journal of Education, 10(2), 55.

1. محمد المنيف، (2021). *بعد عن التعلم في ظل جائحة كوفيد-19: دراسة تحليلية*. التعليم مجلة، الإلكتروني، 15(3)، 45.
2. أحمد علي، (2020). *التعليم في الأزمات وأثره الإلكتروني التعلم*. التعليمية العملية على المفتوح، التعليم مجلة، 20(2)، 32.
3. خالد النعيمي، (2019). *بعد عن للتعليم الجديدة الاقتصاديات*. دار الفكر العربي.
4. Eldokhny, A. (2021). *The Role of E-Learning in Crisis Management*. Journal of Educational Technology, 17(4), 66.
5. فاطمة العسيري، (2020). *الريفية المناطق في الإلكتروني التعلم*. التربوي، التطوير مجلة، 10(1)، 53.
6. Omar, H. (2020). *Digital Divide in Distance Learning*. International Journal of E-Learning, 13(2), 42.
7. مصطفى الحسيني، (2021). *بعد عن للتعلم والاجتماعية النفسية الآثار*. التربوية، العلوم مجلة، 18(5)، 39.
8. Matar, R. (2020). *Technical Challenges in Online Learning*. Online Learning Journal, 22(3), 15.

تأثير الهيئات المانحة على السياسة التعليمية بالمغرب

The influence of donors on educational policy in Morocco

الباحث : عبد الله وسخين
مختبر الدراسات القانونية والسياسية
جامعة السلطان مولاي سليمان

الدكتور : بوشعيب زيات
أستاذ باحث
مختبر الدراسات القانونية والسياسية
جامعة السلطان مولاي سليمان

ملخص

تعد المساعدة الإنمائية الدولية أداة لتمويل المشاريع في البلدان النامية. وفي مواجهة عدم فعالية المنح المقدمة سابقًا، انعقد اجتماع بين الجهات المانحة والدول الشريكة، الذي توج بإعلان باريس حول فعالية المساعدات الإنمائية . وسارع المغرب، باعتباره مشاركا في هذا الاجتماع، ومستفيدا من الدعم المالي الدولي، إلى تفعيل مضمون إعلان باريس. ولعل من أهم تمظهرات انخراط المغرب في مضامين هذا الإعلان نجد السياسة التعليمية التي جسدتها برامج إصلاح التعليم بالمغرب. ورغم أن الإعلان ترك للدول المستفيدة من الدعم تحديد أولوياتها وسياساتها، فإن النظرة إلى السياسة التعليمية وبرامج إصلاح التعليم في المغرب تبدو مستمدة من التقارير الدولية والالتزامات الخارجية للبلاد، مثل الأهداف الإنمائية للألفية 2015 وأهداف التنمية المستدامة 2030. أما بالنسبة لإدارة السياسة التعليمية فقد تم فرض نهج تدبيري حديث مستمد من ريادة الأعمال. وعلى هذا المستوى، نشير بشكل خاص إلى التدبير القائم على النتائج كحل لعدم فعالية المساعدات التي تم طرحها في اجتماع باريس. ورغم كل هذه الالتزامات والجهود المبذولة لتنفيذها، فإن النتائج التي تم تحقيقها بالمغرب في مجال التربية والتكوين تظل دون المستوى مقارنة بالميزانيات التي تم إنفاقها.

الكلمات المفتاحية: السياسة التعليمية، إعلان باريس، التنمية.

Abstract

International development assistance is a tool for financing projects in developing countries. Faced with the ineffectiveness of previously provided grants, a meeting was held between donors and partner countries, leading to the Paris Declaration on the Effectiveness of Development Aid. Morocco, as a participant in this meeting and a beneficiary of international financial support, quickly implemented the content of the Paris Declaration. Educational policies are a manifestation of the commitments contained in this Declaration. Although the latter left it to the countries to determine their priorities and policies, the outlook on educational policy and education reform programs in Morocco appears to be derived from international reports and the country's external commitments, such as the 2015 Millennium Development Goals and the 2030 Sustainable Development Goals. As for the management of educational policies, modern administrative methods have been imposed derived from From entrepreneurship. At this level, we point in particular to results-based management as a solution to the ineffectiveness of aid that was put forward at the Paris meeting. Despite all these commitments and the efforts made to implement them, the results obtained in Morocco in the field of education remain low compared to the budgets spent.

Keywords: Educational policies, Paris Declaration, Development.

مقدمة

منذ بداية الألفية، أصبح إصلاح نظام التعليم المغربي أولوية وطنية من قبل أعلى سلطة في البلاد. " واستشعارا للأهمية القصوى للتعليم النافع في تحرير العقل وترسيخ روح المواطنة لدى ناشئتنا وتأهيلها لخوض تحديات التنمية والعولمة ومجتمع المعرفة والاتصال كانت مصادقتنا على الميثاق الوطني للتربية والتكوين أول القرارات الاستراتيجية التي اتخذناها مبوئين تفعيله مكانة الاسبقية الثانية لهذه العشرية بعد القضية المقدسة لوحدتنا الترابية."[2719]. وهذا يعني أن أي تطور مرغوب يتطلب نظامًا تعليميًا جيدًا.

وبالنسبة للبلدان النامية، وخاصة تلك الموجودة في أفريقيا، واصلت المنظمات الدولية احتلال مكانة بارزة في تطوير السياسات العمومية في سياق العولمة والتقويم الهيكلي (PAS)[2720] . ويمثل التعليم قطاعاً من القطاعات التي تحظى بالاستفادة من المساعدات الإنمائية ، مما يثير قضايا معقدة بين الاحتياجات المتزايدة لتمويل التنمية وشروط المساعدات الدولية.

ومع الأخذ في الاعتبار الوضع الاقتصادي للمغرب الذي أنهى للتو سنوات من برنامج التقويم الهيكلي، والحاجة إلى تمويل هذا الورش الكبير، وهو التعليم، من بين العديد من المشاريع الأخرى، كان على المغرب تعبئة كل التمويل الممكن. وفي هذا الإطار، بدت المساعدات الإنمائية العمومية les aides publiques au développement (APD)[2721] بمثابة فرصة، خاصة عندما نعلم أنه في عام 2023، بلغت المساعدة الإنمائية العمومية من الدول الأعضاء في لجنة المساعدة الإنمائية Comité d'aide au développement (CAD)[2722] التابعة لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية 223.7 مليار دولار أمريكي. واستفاد المغرب من حوالي 25.49 مليار دولار أمريكي خلال الفترة 2005-2022[2723]، أي ما يعادل 1.41 مليار دولار أمريكي سنويا.

ومن خلال اجتماعهم في باريس في 2 مارس 2005، اعترف المانحون[2724] والبلدان الشريكة[2725] في إعلانهم بأنه رغم أن تحقيق هذه الأهداف يتطلب زيادة في حجم المساعدات والموارد الأخرى المخصصة للتنمية، إلا أن هناك حاجة إلى زيادة كبيرة في فعالية المساعدات من أجل تحقيق أهداف التنمية المستدامة. ومن ثم ضرورة دعم جهود البلدان الشريكة لتعزيز الحكامة وتحسين نتائج التنمية. وسيكون هذا الأمر أكثر أهمية إذا أدت المبادرات الحالية والمستقبلية إلى مزيد من الزيادات الكبيرة في المساعدات. وهذا يعني قبل كل شيء أن تبذل البلدان التي تتلقى المساعدات الإنمائية المزيد من الجهود لتلبية المتطلبات الجديدة للمانحين، وخاصة فيما يتعلق بفعالية ونجاعة سياسات التنمية.

2719 الملك محمد السادس، خطاب العرش،30 يوليوز 2003، طنجة.

2720 تشير برامج التقويم الهيكلي إلى السياسات التي يتم تنفيذها بتوجيه من المؤسسات المالية الدولية، وأبرزها صندوق النقد الدولي، والتي تهدف إلى إنشاء اقتصاد سوق، في أسرع وقت ممكن، يتوافق مع معايير العقيدة الليبرالية، وحتى الليبرالية الجديدة.
https://geoconfluences.ens-lyon.fr/glossaire/ajustement-structurel#:~:text=Les%20programmes%20d'ajustement%20structurel,crit%C3%A8res%20de%20l'orthodoxie%20lib%C3%A9rale%2C visité le 25-5-2024

2721" المساعدة الإنمائية العمومية" تعني جميع تدفقات الموارد المقدمة إلى البلدان والأقاليم المدرجة في قائمة المستفيدين من المساعدة الإنمائية العمومية، أو إلى المؤسسات المتعددة الأطراف، والتي تستوفي المعايير التالية:
صادرة عن الهيئات العامة، بما في ذلك الولايات والسلطات المحلية، أو من الهيئات التي تعمل نيابة عن الهيئات العامة؛
أن يكون الهدف الأساسي هو تعزيز التنمية الاقتصادية وتحسين مستوى المعيشة في البلدان النامية؛
https://www.oecd.org/fr/cad/financementpourledeveloppementdurable/normes-financement-developpement/aidepubliqueaudeveloppementdefinitionetchampcouvert.htm#ODA2017 visité le 25-5-2024

2722 لجنة المساعدة الإنمائية التابعة لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (CAD) هي هيئة تجمع بين الحكومات التي تقدم أكثر من 90% من المساعدة الإنمائية العمومية في جميع أنحاء العالم مع المنظمات المتعددة الأطراف، مثل برنامج الأمم المتحدة الإنمائي والبنك الدولي وصندوق النقد الدولي

2723 https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/DT.ODA.ALLD.CD?locations=MA visité le 25-5-2024

2724 خصوصا جميع دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية والمنظمات الدولية مثل بنك التنمية الأفريقي، وبنك التنمية التابع لمجلس أوروبا(CEB) ، وبنك الاستثمار الأوروبي، والبنك الأوروبي للإنشاء والتعمير، والبنك الدولي، وصندوق النقد الدولي.

2725 الدول النامية بما فيها المغرب.

ومن هذا المنطلق، سيحاول موضوعنا مقاربة تأثير إعلان باريس على فعالية المساعدات الإنمائية على السياسة التعليمية في المغرب من البرنامج الاستعجالي 2009-2012 إلى الرؤية الاستراتيجية 2015-2030. ولتحقيق هذا الهدف سنقارب هذه الاشكالية على أساس المقاربة التسلسلية التي تجعل من الممكن متابعة تطور السياسة عبر مراحل. ومن بين أمور أخرى، سيقدم لنا هذا النهج إطارًا تحليليًا بسيطًا من خلال إدخال الحد الأدنى من النظام في تعقيدات الإجراءات والقرارات التي تشكل السياسة التعليمية. كما يمكن أن يوفر تحليلًا اجتماعيًا لوجهة النظر حول عمل الدولة من خلال استحضار دور إعلان باريس (المانحين) في مختلف مراحل السياسة التعليمية المغربية.

وفي هذا التوجه، سنناقش تأثير إعلان باريس على فعالية المساعدات الإنمائية على السياسة التعليمية بالمغرب في ثلاث محاور أساسية. الأول هو تملك السياسة التعليمية فيما يتعلق بالأجندة الدولية في مجال التعليم (إدراجها على الأجندة، وإنتاج الحلول). ثانيا، سنتناول حكامة السياسات التعليمية في المغرب فيما يتعلق بإدخال المقاربة القائمة على النتائج (القرار، التنفيذ). وفي النهاية سنرى مدى فعالية هذه السياسات وانعكاساتها على رأس المال البشري (التقييم).

1. المبحث الأول : تملك السياسات التعليمية في المغرب

يعتبر الولوج إلى الأجندة أهم خطوة في أي سياسة عمومية. ففي هذه المرحلة يتم تحديد المشكلة، ومن خلال التعريف الذي يأخذه المشكل العمومي يتم تحديد الحلول المقترحة. هذه المرحلة هي ساحة للتنافس بين العديد من الجهات الفاعلة في السياسة العمومية. وفي هذا السياق فإن السياسة التعليمية من جانبها لا تختلف عن أي سياسة عمومية أخرى تمر بنفس المراحل. وإذا كانت برامج التقويم الهيكلي تعني السياسات التي يتم تنفيذها بتوجيه من المؤسسات المالية الدولية، ولا سيما صندوق النقد الدولي، والتي تهدف إلى إنشاء اقتصاد سوق، في أسرع وقت ممكن، يتوافق مع معايير الليبرالية وحتى النيوليبرالية[2726]، فإعلان باريس يهدف إلى مواءمة المساعدات مع أولويات وأنظمة وأجندات الجهات المانحة.

1.1 المطلب الأول : إشراك الفاعلين الخارجية في السياسات التعليمية الوطنية

بالنظرا لتنامي دور الفاعلين الخارجيين في السياسات الوطنية للدول، فقد شهد المغرب بدوره تأثر سياسته التعليمية بمجموعة من الضغوط الخارجية، أو بالأحرى بالتزاماته الدولية. فهو منخرط في مجموعة من الاتفاقيات والإعلانات الدولية ذات الصلة بمجال التعليم. ونجده ملتزما بالأهداف الإنمائية للألفية 2015، والتي يشكل التعليم الأساسي الشامل هدفها الثاني. ويلتزم المغرب أيضًا بأهداف التنمية المستدامة بحلول عام 2030 وهدفه الرابع المرتبط بجودة التعليم.

وإذا كانت الأجندة الدولية في مجال التربية التكوين جزءا من الأهداف الإنمائية للألفية، وأهداف التنمية المستدامة، فإننا نجد أن إطار عمل داكار سنة 2000، والإعلان العالمي للتعليم للجميع لسنة 1990 في جومتيين بتايلاند يعتبران من أهم الوثائق التي تحديد سياسات التعليم العالمية. ويمكن ملاحظة أهمية هذه المرجعيات للسياسات الوطنية من خلال تسليط الضوء على أهدافها وتوجهاتها لكل استراتيجية تربوية وطنية، وتقييم على أساس مرجعيتها. ومن جانبه، يشير إعلان باريس إلى أن المساعدات تقدم، من بين أمور أخرى، في إطار الأمم المتحدة وتنفيذ إعلان الألفية والأهداف الإنمائية للألفية.

2726 Jean Coussy, « Etats africains, programmes d'ajustement et consensus de Washington », L'Économie politique 2006/4 (n o 32), Éditions Alternatives économiques, p33.

لقد أصبح تشخيص الواقع التربوي بالمغرب يعتمد على المؤشرات الدولية الصادرة عن عدة منظمات دولية، أبرزها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية. وهذا يعني أن تعريف المشكلة والحلول المقترحة تأتي من المنظمات الدولية، ويتم تكييفها محليا، على الرغم من المناقشات والمشاورات الداخلية التي تجري قبل تطوير كل إصلاح2727 والتي يتطلبها إعلان باريس.2728

1.2 المطلب الثاني : النقاش الوطني حول المسألة التربوية

تظل السياسة التعليمية في المغرب، في مجملها، موضع نقاش نخبوي لا ينتج عنه تصورات واضحة حول مواقف المجتمع تجاهها. وفي هذا السياق، فإن الاستراتيجيات الوطنية تحركها رؤية السلطة السياسية وكذلك الوسائل المتاحة خصوصا المالية منها. وهذا ما يفسر اعتقاد الجابري بأن السكوت عن المشاكل الحقيقية، وتجنب كشفها أمام الجمهور، واللجوء إلى التكتيكات والحلول التوفيقية، والظهور في موقف الوحدة والوئام، هي أبرز السمات التي سيطرت على النقاش وحكمت الحوار، والعلاقات القائمة بين عناصر النخبة الحاكمة في مرحلة ما بعد الاستقلال، وبالتالي الإطار العام الذي تم البحث من خلاله عن حلول لمختلف المشاكل المطروحة، وفي مقدمتها مشكلة التعليم.2729

إن ضعف النقاش المجتمعي وغلبة التصورات والتوجيهات التي تقدمها الجهات الدولية حول السياسة التعليمية بالمغرب لا يمكن تأكيده إلا من خلال مضمون هذه السياسات نفسها. علاوة على ذلك، فإن التقرير الذي أصدره البنك الدولي سنة 1995 بطلب من المغرب هو الذي فتح الطريق أمام وضع مسألة التعليم على جدول الأعمال الحكومي، ومن هنا تم تعريف المشكلة والحلول الممكنة المستوحاة من هذا التقرير وغيره من التقارير الدولية التي تلته. ومن هذا المنطلق يأتي إنشاء اللجنة الوطنية المكلفة بإصلاح منظومة التربية والتكوين سنة 1999. هذه الأخيرة لا يمكنها أن تتجاهل هذه التقارير، ولا الأجندة الدولية عند صياغة الميثاق الوطني للتربية والتكوين، الذي يمكن اعتباره أهم وثيقة إصلاحية للتعليم في المغرب الحديث.

1.3 المطلب الثالث : تراجع دور الأحزاب السياسية كقوة لاقتراح السياسات التعليمية

تظهر البرامج المفعلة للسياسة التعليمية، أو إعلانات الحكومات المتعاقبة منذ 1998 أن الفاعل الحزبي المغربي في هذا السياق يعتمد على الأجندة الدولية في مجال التعليم، وإن حاول تجسيد ما يسميه البعض بالخصوصية المحلية. فالأحزاب والحكومات مسؤولة أمام البرلمان أو الناخبين، ولكن أيضًا أمام المنظمات الدولية2730. يُنظر إلى تراجع الأحزاب السياسية في تشكيل التصورات المحلية لسياسة التعليم على أنه نتيجة للتحولات التي شهدتها منذ السبعينيات في القرن الماضي، وكذا بعد سقوط جدار برلين. وفي هذا الصدد، فإن دخول قسم كبير من المعارضة، التي شكلتها أحزاب الحركة الوطنية سنة 1998، إلى الحكومة، ورئاسة الحكومة من قبل حزب العدالة والتنمية سنتي 2011 و2016، جعل الأحزاب السياسية المغربية تشهد تحولاً نحو نموذج للأحزاب الكارتل2731. وقد أدى هذا الأمر بدوره إلى تقليص علاقتها بالمجتمع المدني الذي كانت تمثله سابقاً كأحزاب جماهيرية.

2727 بالنسبة لخارطة الطريق 2022-2026، تم الإبلاغ عن مشاركة أكثر من 100000 مشارك في إطار المشاورات الوطنية: 33493 طالبا، 21837 مدرسا، 20666 أسرة، 1766 مؤسسة، 6270 مجموعة تركيز، 83 اجتماعا إقليميا، 243 ورشة عمل موضوعية، + 22000 إجابة للأسئلة.

وفي 28 أبريل 2014، أعلنت وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني، في بلاغ صحفي، عن إطلاق "لقاءات تشاورية حول المدارس المغربية" بمشاركة كافة الأطراف المعنية والشركاء..

2728 تتعهد البلدان الشريكة بما يلي: القيام بدور قيادي في تطوير وتنفيذ استراتيجياتها الإنمائية الوطنية، كجزء من عملية تشاور واسعة النطاق؛ تشجيع المشاركة الواسعة لمجموعة واسعة من الجهات الفاعلة الوطنية في تحديد أولويات التنمية.

Déclaration de Paris.

2729 محمد عابد الجابري، أضواء على مشكل التعليم بالمغرب، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1973، ص ص53-54

2730 Peter Mair , « Gouvernement représentatif v. Gouvernement responsable », Revue internationale de politique comparée , 2011/2 (Vol.18), Éditions De Boeck Supérieur, pp 156-157

2731 Voir Katz (R.), Mair (P.), « Changing Models of Party Organization and Party Democracy: The Emergence of the Cartel Party », Party politics 1.1, 1995.

لقد اعتمد البرنامج الاستعجالي 2012/2009 في تشخيصه لانخفاض جودة التعليم في المغرب على نتائج المغرب في تقييمات TIMSS2732 وPIRLS2733 لعامي 2003 و2006 على التوالي. وفيما يتعلق بخريطة الطريق 2022-2026، فقد تم الاعتماد على بلورتها على تقييم PISA2734، بالإضافة إلى تقييم PNEA2735 الوطني. وتظل الأهداف المنصوص عليها في كل من الأهداف الإنمائية للألفية 2015، وأهداف التنمية المستدامة 2030 هي الركائز التي بنيت عليها جميع برامج السياسة التعليمية المغربية خلال هذه الفترات.

واذ نذكر بكل هذه المعطيات، لا يمكننا أن نؤكد على وجه اليقين أنه لا يوجد أي تملك للسياسات التعليمية في المغرب من قبل الدولة أو قبل ذلك من قبل المجتمع المغربي، ولكن يمكننا أن نؤكد أن سياق العولمة الذي يعرفه العالم جعل أولويات التعليم في جميع أنحاء العالم هي نفسها. وتحاول هذه السياسات الدولية في مجال التعليم الاستجابة لبعدين أساسيين: الأول هو البعد المتعلق بحقوق الإنسان، والذي يهدف إلى السماح للجميع بالحصول على التعليم الإلزامي لغاية سن محددة دون تمييز؛ ويرتبط البعد الثاني بجودة هذا التعليم فيما يتعلق بالمقاربة الاقتصادية التي تسعى إلى توفير قوة عمل مؤهلة في إطار نظرية رأس المال البشري.

2. المبحث الثاني : التدبير القائم على النتائج (GAR) كعنصر أساسي في أي سياسة تعليمية

وفي سياق العولمة الاقتصادية والثقافية، حاول المغرب التكيف مع متطلبات المؤسسات الدولية من أجل الاستفادة من المساعدات الإنمائية العمومية التي تكتسب أهمية متزايدة لتنمية البلاد. بالنسبة لقطاع التربية والتكوين، يتم تطوير رأس المال البشري من منظوري كل من التوحيد uniformisme (المعرفة والمهارات متطابقة للجميع)، والنفعية utilitarisme (هذه المعرفة والمهارات تخدم النمو الاقتصادي).

2.1 المطلب الأول : الدستور الجديد لعام 2011 لإضفاء الطابع الرسمي على التدبير الجديد القائم على النتائج

من أجل دمج التدبير القائم على النتائج في أساليب الإدارة، اتخذ المغرب عدة خطوات. فبعد إعلان باريس، تمت مناقشة برمجة الميزانية المتعددة السنوات خلال الندوة التي نظمتها وزارة المالية والخوصصة بالاشتراك مع البنك الدولي، يوم الخميس 19 أبريل 2007، حول موضوع إطار النفقات المتوسط الأجل باعتباره أداة تعزيز برمجة الميزانية المتعددة السنوات. ويندرج هذا في إطار المقاربة الشاملة التي اعتمدتها الحكومة للإصلاح العميق للدولة، ولا سيما للإدارة العمومية، والذي يشكل تحديثها عنصرا أساسيا

2732 منذ عام 1999، شارك المغرب، مثل العديد من البلدان العربية والإفريقية، في استطلاعات .TIMSS وتتوافق المستويات المعنية مع السنة الرابعة من المدرسة الابتدائية والسنة الثانية من الإعدادي.

Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, RÉSULTATS DES ÉLÈVES MAROCAINS EN MATHÉMATIQUES ET EN SCIENCES DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL RAPPORT THÉMATIQUE TIMSS 2015,2018, P6

2733 يشارك المغرب في استطلاع) PIRLS منذ 2001... يقوم استطلاع PIRLS بتقييم تعلم القراءة والفهم في وقت محدد من الدورة المدرسية (السنة الرابعة)، حيث من المفترض أن يتقن التلميذ قراءة وفهم النص المكتوب.

Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, RÉSULTATS DES ÉLÈVES MAROCAINS DANS L'ÉTUDE INTERNATIONALE SUR LE PROGRÈS EN LITTÉRATIE PIRLS 2016,2019, PP 3-4

2734 مسح PISA هو دراسة دولية تجريها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) كل ثلاث سنوات بمشاركة العديد من الدول والاقتصادات حول العالم. هدفها هو تحديد مدى قدرة الأطفال في سن 15 عامًا على حشد المعرفة والمهارات المكتسبة خلال حياتهم وتطبيقها على مواقف الحياة الواقعية. ويسعى هذا الاستطلاع أيضًا إلى تقييم درجة قدرتهم على الاستعداد للمشاركة الكاملة في حياة المجتمع والمساهمة في اقتصاد يعتمد بشكل متزايد على المعرفة والتكنولوجيا. وللقيام بذلك، يقوم البرنامج الدولي لتقييم الطلاب (PISA) بتقييم مهارات هؤلاء الشباب على عتبة البلوغ في مجالات رئيسية: في فهم القراءة والرياضيات والعلوم... وفي عام 2018، شارك المغرب لأول مرة في هذا الاستطلاع مع 73218 طالبا يستوفون هذا المعيار وينتشرون في 180 مؤسسة تعليمية.

Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, PISA 2018 RAPPORT NATIONAL RÉSUMÉ,2021, P 6

2735البرنامج الوطني لتقييم المتسبات (PNEA) هو تقييم موحد وأداة لقياس تحصيل التلاميذ وبالتالي الأداء التعليمي.. ويشكل هذا البرنامج أيضًا نظام تقييم مصاحب لتنفيذ الرؤية الإستراتيجية 2015.

Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, PROGRAMME NATIONAL D'ÉVALUATION DES ACQUIS DES ÉLÈVES DU TRONC COMMUN PNEA 2016 RAPPORT ANALYTIQUE RÉSUMÉ, P 5.

ISSN:2509-0291

منه[2736]. وتسعى هذه المبادرات لتنفيذ أفضل للاستراتيجيات وبرامج العمل القطاعية بما في ذلك التربية الوطنية على مستوى قانون المالية، مما يساهم في تعزيز فعالية الإنفاق العمومي.

ومن هذا المنظور، كان من الضروري إحراز تقدم في إنشاء المؤسسات، وبنيات الحكامة لضمان التدبير الجيد للشأن العام، وضمان ولوج الساكنة على قدم المساواة للخدمات الاجتماعية الأساسية[2737]. ويعتبر إقرار دستور 2011 رافعة في هذا الاتجاه حيث نص في مادته الأولى على أن " يقوم النظام الدستوري للمملكة على أساس فصل السلط، وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة، وربط المسؤولية بالمحاسبة"، فضلا عن ذلك "تخضع المرافق العمومية لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية، وتخضع في تسييرها للمبادئ والقيم الديمقراطية التي أقرها الدستور[2738]". و" يمارس المجلس الأعلى للحسابات مهمة تدعيم وحماية مبادئ وقيم الحكامة الجيدة والشفافية والمحاسبة، بالنسبة للدولة والأجهزة العمومية.»[2739]

ومن أجل الاستجابة بوضوح للمبادئ التوجيهية الدولية، ولا سيما إعلان باريس بشأن فعالية المساعدة الإنمائية ، اعتمد المغرب التدبير القائم على النتائج في سياق تدبير المالية العمومية والمؤسسات العمومية بإصدار القانون التنظيمي 130-13 المتعلقب قانون المالية (LOF). ويستجيب هذا القانون لمتطلبات تركيز التدبير على النتائج التي تتعهد بها البلدان الشريكة، بما في ذلك المغرب، من أجل ربط استراتيجيات التنمية الوطنية بدورة الميزانية بشكل أوثق، على أساس سنوي ومتعدد السنوات.[2740]

ويعني التدبير القائم على النتائج تركيز معظم الاهتمام على تحقيق النتائج، وهو ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون التنظيمي للمالية[2741] عندما نصت على أن قانون المالية يأخذ في الاعتبار أهداف ونتائج البرامج التي يحددها، لأن نفقات الاستثمار موجهة بموجب نفس القانون لتنفيذ خطط التنمية الاستراتيجية والبرامج المتعددة السنوات، مما يضع حدا للتدبير القائم على الوسائل.

2.2 المطلب الثاني : "البرامج" هي رافعة للتدبير القائم على النتائج

وقبل دخول القانون التنظيمي للمالية رقم 13-130 أو حتى دستور 2011 حيز التنفيذ، يمكننا أن نرى بالفعل توافق البرنامج الاستعجالي 2009-2012 مع مبادئ إعلان باريس. فقد قام المغرب بترجمة الميثاق الوطني للتربية والتكوين إلى برامج إجرائية تركز على النتائج وتكامل تسلسل الأولويات[2742]. وتم الإصرار على البرامج[2743] وليس المشاريع أو الخطط. وفي هذا السياق، إن الالتزام بتحقيق النتائج الذي يرتكز عليه البرنامج الاستعجالي يؤدي إلى اعتماد أسلوب عمل، يخالف الأساليب المستخدمة حتى الآن، ويقترح برنامج عمل يهدف إلى الاستجابة لأربعة أهداف رئيسية[2744]، مع الاعتراف بأن هذا الإصلاح مشروط بإرساء ثقافة جديدة

2736 Fathallah OULALALOU le ministre des Finances et de la Privatisation, séminaire sur Cadre de Dépenses à Moyen Terme, 19-04-2007. https://www.finances.gov.ma/fr/Pages/detail-actualite.aspx?fiche=1008 visité le 25-5-2024

2737 Déclaration de Paris

2738 دستور 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، 30 يوليوز 2011،الفصل 154.

2739 نفس المرجع، الفصل 147.

2740 « Déclaration de Paris sur l'efficacité des aides au développement », 2 Mars 2005, Paris.

2741 Loi organique N°130-13 relative à la loi de finances, bulletin officiel, N°6370, 18-6-2015.

2742 Déclaration de Paris

2743 البرنامج عبارة عن مجموعة متماسكة من المشاريع أو الإجراءات التي تقع ضمن نفس الإدارة الوزارية أو نفس المؤسسة وترتبط بها أهداف محددة وفقًا لأغراض المصلحة العامة بالإضافة إلى مؤشرات كمية تجعل من الممكن قياس النتائج المتوقعة وتخضع لـ تقييم يهدف إلى التأكد من شروط الفعالية والكفاءة والجودة المرتبطة بالإنجازات. LOF, article 39.

2744 Ministère de l'Education Nationale, de l'Enseignement Supérieur, de la Formation des Cadres et de la Recherche Scientifique, Pour un nouveau souffle de la réforme Présentation du Programme « NAJAH 2009-2012 » Rapport de synthèse, Juin 2008 P 3-5

تقوم على الفعالية والنجاعة والتقييم وبالطبع النتائج. وفي هذا السياق، فإن الحاجة إلى تحقيق نتائج ملموسة بسرعة أمر ضروري[2745] لأنه لا بد من تقديم دليل على تحقيق تقدم محسوس على أرض الواقع[2746].

كما أطلقت وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني، في إطار تنفيذ الرؤية الاستراتيجية 2015-2030، برنامجا إجرائيا مندمجا[2747] للفترة 2015-2018، مدعما بمجموعة من المشاريع المندمجة[2748]. ويتضمن الأخير الأهداف العامة والخاصة لكل مشروع بالإضافة إلى النتائج المتوقعة والإجراءات الواجب اتخاذها لتحقيقها.

ومن خلال إقرار القانون الإطار 51-17 المتعلق بمنظومة التربية والتكوين والبحث العلمي ، أجرت وزارة التربية الوطنية تعديلات على برنامجها ليتوافق مع القانون الإطار المذكور[2749]، مع تعزيز التدبير الذي يركز على النتائج بالرجوع إلى القانون الإطار رقم 13- 130 والإطار التعاقدي[2750] بين كافة مستويات إدارة وزارة التربية الوطنية (مركزي، أكاديميات جهوية، مديريات إقليمية، مؤسسة تعليمية). بالإضافة إلى ذلك، كان هذا البرنامج مصحوبًا بإطار منطقي وجدول زمني للتنفيذ مع النتائج الدقيقة المطلوب تحقيقها.

ولا تزال رؤية البرمجة متعددة السنوات تهيمن على عمل وزارة التربية الوطنية في اشتغالها على تحقيق رؤية 2015-2030. وفي هذا الصدد، وضع المغرب خارطة طريق 2022-2026 [2751] التي تقدم نفسها على أنها قطيعة في نمط تنفيذ الإصلاح من خلال الانتقال من الإصلاح الذي يركز على الوسائل والإجراءات إلى الإصلاح الذي يركز على الأثر في الفصول الدراسية. ويتوزع هذا البرنامج على ثلاثة أهداف استراتيجية ويقترح عشرين برنامجا للفترة 2023-2024 و2014-2025 مع النتائج الرئيسية التي يتعين تحقيقها ومسؤوليات واضحة لكل المتدخلين والفاعلين.

وبعد كل هذه الإصلاحات واعتماد الإدارة القائمة على النتائج، لا بد لنا من التساؤل عن مستوى إنجاز هذه الأخيرة، خاصة في ظل هذه الموارد المالية الهائلة التي تم تخصيصها. ولتقييم حالة تأثير الاستثمارات في التعليم، يجب علينا أن نلقي نظرة على وضعية رأس المال البشري.

3. المبحث الثالث : أثر السياسات التعليمية المغربية على رأس المال البشري

ترى الجهات المانحة والدول الشريكة أن القواعد الجديدة لمنح المساعدات الإنمائية التي أوصى بها إعلان باريس ستزيد من آثارها للحد من الفقر وعدم المساواة، وتعزيز النمو، وبناء القدرات، وتسريع التقدم نحو الأهداف الإنمائية للألفية[2752]، ولكن أيضا نحو أهداف التنمية المستدامة. ولتقييم تنفيذ الالتزامات التي تم التعهد بها بشأن فعالية المساعدات، فإن المرجع يظل الدراسات والتقييمات التي تجريها المؤسسات والمنظمات الوطنية والدولية.

2745 Idem P 7

2746 Déclaration de paris

2747 وزارة التربية الوطنية والتكوين لمهني، مذكرة إطار في شأن التنزيل الأولي للرؤية الاستراتيجية 2015-2030 من خلال تفعيل التدابير ذات الأولوية، مذكرة رقم 99×15 بتاريخ 12 أكتوبر 2015

2748 وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني، حافظة المشاريع المندمجة لتفعيل الرؤية الاستراتيجية 2015-2030، 11 يوليوز 2016.

2749 وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، بشأن تفعيل أحكام القانون الإطار رقم 51-17 المتعلق بمنظومة التربية والتكوين والبحث العلمي، مذكرة رقم 47×20، 18 شتنبر 2020.

2750 هناك مشروع نجاعة الأداء لوزارة التربية الوطنية يرافق قانون المالية كل سنة، كل أكاديمية جهوية للتربية والتكوين لديها عقد نجاعة الأداء مع الوزارة ومع المديريات الإقليمية الذي يتم تعديله عليه. ويجب على كل مديرية إقليمية تتبع إنشاء مشاريع المؤسسات التعليمية..

2751 Ministère de l'éducation nationale du préscolaire et du sport, feuille de route 2022-2026 ,12 engagements pour une école publique de qualité.

2752 Déclaration de Paris

3.1المطلب الأول : تعميم التعليم الأساسي

لقد شكل تعميم الولوج إلى التعليم الابتدائي، على جميع الأطفال في سن الدراسة، تحديا كبيرا وأولوية لجميع الإصلاحات التي توالت في المغرب منذ استقلال البلاد. ومن هذا المنطلق، جعل الميثاق الوطني للتربية والتكوين من تعميم التعليم الأساسي إحدى ركائزه تماشيا مع الأهداف الإنمائية للألفية.

وبعد تنفيذ البرنامج الاستعجالي، الذي يعرف بتعويض النقائص التي لوحظت خلال تفعيل الميثاق، حققت معدلات الالتحاق بالمدارس نتائج إيجابية، خاصة على مستوى تعميم التعليم الابتدائي. لذلك نجد أنه بين عامي 2000 و2013، ارتفعت النسبة من 79% إلى 98% بالنسبة لتعليم الفئة العمرية من 6 إلى 11 عامًا2753. ومن المؤكد أن هذه المعدلات مهمة وثمرة تطوير شبكة المؤسسات التعليمية في الوسط القروي والتي بلغ معدل التعميم فيها 96.5% عام 2013 مقارنة بنسبة 69.5% عام 2000. لكن التعميم وخاصة في الثانوي الإعدادي والثانوي التأهيلي ، لا يزال يمثل مشكلة.

وتشير إحصاءات الثانوي الإعدادي إلى أن معدل تعميم التعليم للفئة العمرية 12-14 سنة ارتفع من 58% عام 2000 إلى 86% عام 2013، وتنخفض المعدلات في المناطق القروية. ولم تتجاوز معدلات هذه الأخيرة 34% عام 2000 و66% عام 2013، مع وجود تفاوت أكبر لدى الفتيات اللاتي لم تتجاوز هذه المعدلات بالنسبة لهن 24% عام 2000 و58% عام 2013.2754 وفيما يتعلق بالثانوي التأهيلي، فإن الملاحظة هي نفسها مع ارتفاع معدلات التعميم من 35% عام 2000 إلى 59% عام 2013، وعلى المستوى القروي بمعدلات 9% و27% على التوالي، لكن الإشكال الأبرز هو بالنسبة للفتاة القروية التي لا تصل إلى هذا المستوى التعليمي سوى بمعدل 5% عام 2000 و19% عام 2013 2755.على هذا المستوى يمكننا أن نتحدث عن عدم فعالية البرنامج الاستعجالي مع الأخذ في الاعتبار الاستثمارات الهائلة التي تم القيام بها.2756

3.2 المطلب الثاني : تدني جودة التعلم

إذا كانت لا تزال هناك مشاكل على مستوى تعميم التمدرس، وخاصة في المرحلة الإعدادية، فلا ينبغي أن يجعلنا ذلك ننسى التحدي الكبير وهو جودة التعلمات. وفي هذه الصدد، تشير جميع الدراسات والتقييمات تقريبا إلى ضعف نظام التعليم المغربي. والأكثر من ذلك أننا نشهد أحياناً تراجعاً في مستويات التلاميذ رغم استمرار الإصلاحات والميزانيات الكبيرة المخصصة لها. وتظهر نتائج المغرب في استطلاع البرنامج الدولي لتقييم الطلاب PISA لعام 2018 أداءً ضعيفًا2757. وتظهر نتائج التلاميذ المغاربة في هذا التقييم أن المدارس المغربية تفشل في تطبيق مبادئ الإنصاف وتكافؤ الفرص والجودة للجميع، التي تدعو إليها الرؤية الاستراتيجية للإصلاح 2015-2030. ولا تزال الاختلالات التي تحول دون تحقيق هذه الأهداف قائمة وتعني أن جميع الأطفال والشباب لا يستفيدون من نفس فرص التعلم. 2758

2753 Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, LA MISE EN ŒUVRE DE LA CHARTE nationale D'ÉDUCATION ET DE FORMATION 2000-2013 Acquis, déficits et défis RAPPORT Analytique, décembre 2014, p81

2754 Idem , p81

2755 Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, LA MISE EN ŒUVRE DE LA CHARTE nationale D'ÉDUCATION ET DE FORMATION 2000-2013 Acquis, déficits et défis RAPPORT Analytique, décembre 2014, p83.

2756 تمت تعبئة 45.27 مليار درهم لبرنامج الاستعجالي منها ميزانية قدرها 29.91 مليار درهم مخصصة لتعميم الولوج التمدرس..

Cour des comptes, Rapport relatif à l'évaluation du programme d'urgence -Ministère de l'éducation nationale, Mai 2018, p17.

2757 Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, PISA 2018 RAPPORT NATIONAL RÉSUMÉ,2021, P10.

2758 Idem , P6.

وحتى عندما تظهر نتائج المغرب تطورا إيجابيا في درجات القراءة، فهي لا تزال تحتاج إلى جهود يجب بذلها للتغلب على العجز المتراكم2759. ومن الأمثلة أيضًا على تحسن النتائج في العلوم والرياضيات بين عامي 2011 و2015،2760 الأمر الذي لم يمنع المغرب من التصنيف بين البلدان الخمسة الأخيرة خلال نسخة TIMSS لعام 2019، وقد تم تأكيد هذه النتائج من خلال التقييم الوطني PNEA2019 الذي استشهدت به خارطة الطريق 2022-2026. ويشير ذلك إلى أن 30% فقط من تلاميذ المدارس الابتدائية في التعليم العمومي يتقنون البرنامج في نهاية المرحلة الابتدائية و10% لتلامذة الإعدادي.

3.3 المطلب الثالث : أثر جودة التعليم على الشباب في المغرب

من ناحية أخرى، يعاني نظام التعليم المغربي من ظاهرة التسرب من المدارس أو ما يطلق عليه الهدر المدرسي. ففي هذا الإطار يسجل أن أكثر من 300 ألف متعلما يتركون المدرسة سنويا، خاصة في المرحلة الإعدادية. وهو ما يؤثر على ترتيب المغرب دوليا، حيث أن متوسط سنوات الدراسة لم يتجاوز 5.64 سنة 2014. وبذلك يحتل المغرب المركز 136 مقارنة بـ 175 دولة في العالم. "وهكذا، استمر تعليم السكان المغاربة الذين تتراوح أعمارهم بين 15 سنة وما فوق في المتوسط 5 سنوات و 6 أشهر، أي أقل من ست سنوات اليت يتكون منها التعليم الابتدائي.2761

وفيما يتعلق بقابلية توظيف خريجي التعليم ما بعد الثانوي، فإن هذا الموضوع يشكل مصدر قلق، لأن هذه الفئة لديها معدل اندماج ضعيف في سوق العمل. وفقًا للبنك الدولي ففي عام 2019، مثّل الأشخاص الحاصلون على تعليم ما بعد الثانوي 26٪ من العاطلين عن العمل. ويمكن تفسير ذلك بمحدودية خلق فرص العمل من ناحية، ولكن أيضًا بعدم التوافق بين المهارات المكتسبة في المدرسة واحتياجات سوق العمل. ولا يزال البنك الدولي يرى أن المغرب يجب أن يحصل على عائد أفضل على الاستثمارات في رأس المال البشري، لأنه يمثل عائقا أمام تنمية البلاد.2762

على صعيد آخر، يثير التقرير الأخير الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي مشكلة أخرى مرتبطة بجودة التعليم في المغرب، وهي مشكلة الشباب غير العاملين والغير المتمدرسين والذين لا يوجدون في مراكز التكوين"NEET"2763. ووفقا لهذا التقرير، فإن واحدا من كل أربعة شباب تتراوح أعمارهم بين 15 و 24 عاما ينتمي لفئة "NEET". فالمغرب يبدو أنه لا يستغل إمكاناته بالشكل الكافي، كما يتضح من مؤشرات سوق العمل التي تكشف عن وضع مثير للقلق. ولا يتجاوز معدل نشاط الشباب الذين تتراوح أعمارهم بين 15 و24 عاما 23.5%، بل إن الأرقام الأكثر إثارة للقلق هي بين حاملي الشهادات العليا (19.8%). هؤلاء الشباب "NEET " هم في هذا الوضع بسبب غياب فرص العمل (34%)، والتسرب من المدرسة (26.8%)، وعدم توافق الشهادات مع سوق العمل (26.5%).2764

2759 Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, RÉSULTATS DES ÉLÈVES MAROCAINS DANS L'ÉTUDE INTERNATIONALE SUR LE PROGRÈS EN LITTÉRATIE PIRLS 2016,2019, p14.

2760Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, ÉLÈVES MAROCAINS EN MATHÉMATIQUES ET EN SCIENCES DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL RAPPORT THÉMATIQUE TIMSS 2015,2018, P9.

2761 Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, ATLAS TERRITORIAL DES DISPARITÉS EN ÉDUCATION 2017, p8.

2762Banque internationale pour la reconstruction et le développement / Banque mondiale, PLEINS FEUX SUR LE DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL Le secteur de l'emploi au Maroc Recenser les obstacles à un marché du travail inclusif, 2021, p40.

2763 Les jeunes ni en emploi, ni en éducation, ni en formation.

2764 Conseil Economique, Social et Environnemental, Les jeunes NEET : Quelles perspectives d'inclusion socio-économique ? 2024, p19.

خاتمة

لا يمكننا أن ندعي أننا تناولنا كل التفاعلات بين إعلان باريس وبرامج الإصلاح التي يعيشها نظام التعليم المغربي. ولكن يمكن القول أن هذا الإعلان له تأثير على كل ما هو إجرائي عند صياغة السياسات التعليمية وتنفيذها وتقييمها.

وعلى الرغم من رغبة إعلان باريس في إعطاء المزيد من الاستقلالية للدول الشريكة في تطوير استراتيجياتها وتحديد أولوياتها، إلا أن التقارير والملاحظات الصادرة عن المنظمات الدولية تظل الكلمة المفتاح لأي سياسة وطنية في ظل العولمة والتنافس بين الدول.

وقد كان لتطبيق إعلان باريس في مجال التعليم في المغرب نتائج متباينة. ففيما يتعلق بتوفير المدارس ، فقد تحقق توفير مقعد في المدرسة لكل طفل مغربي، ولكن لا يزال هناك الكثير مما يتعين القيام به فيما يتعلق بجودة التعليم وفعالية الاستثمارات المنجزة.

المراجع

- Banque internationale pour la reconstruction et le développement / Banque mondiale, PLEINS FEUX SUR LE DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL Le secteur de l'emploi au Maroc Recenser les obstacles à un marché du travail inclusif, 2021.
- Conseil Economique, Social et Environnemental, Les jeunes NEET : Quelles perspectives d'inclusion socio-économique ?, 2024.
- Cour des comptes, Rapport relatif à l'évaluation du programme d'urgence -Ministère de l'éducation nationale, Mai 2018.
- Déclaration de Paris sur l'efficacité des aides au développement , 2 Mars 2005, Paris.
- Jean Coussy, « Etats africains, programmes d'ajustement et consensus de Washington », L'Économie politique 2006/4 (n o 32), Éditions Alternatives économiques, pages 29 à 40.
- Katz (R.), Mair (P.), « Changing Models of Party Organization and Party Democracy: The Emergence of the Cartel Party », Party politics 1.1, 1995.
- Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, RÉSULTATS DES ÉLÈVES MAROCAINS EN MATHÉMATIQUES ET EN SCIENCES DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL RAPPORT THÉMATIQUE TIMSS 2015,2018.
- Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, RÉSULTATS DES ÉLÈVES MAROCAINS DANS L'ÉTUDE INTERNATIONALE SUR LE PROGRÈS EN LITTÉRATIE PIRLS 2016,2019.
- Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, PISA 2018 RAPPORT NATIONAL RÉSUMÉ,2021.
- Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, PROGRAMME NATIONAL D'ÉVALUATION DES ACQUIS DES ÉLÈVES DU TRONC COMMUN PNEA 2016 RAPPORT ANALYTIQUE RÉSUMÉ.
- Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, LA MISE EN ŒUVRE DE LA CHARTE nationale D'ÉDUCATION ET DE FORMATION 2000-2013 Acquis, déficits et défis RAPPORT Analytique, décembre 2014.
- Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, PISA 2018 RAPPORT NATIONAL RÉSUMÉ,2021.
- Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, ÉLÈVES MAROCAINS EN MATHÉMATIQUES ET EN SCIENCES DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL RAPPORT THÉMATIQUE TIMSS 2015,2018.

- Le Conseil Supérieur de l'Éducation, de la Formation et de la Recherche Scientifique, ATLAS TERRITORIAL DES DISPARITÉS EN ÉDUCATION 2017.
- Loi organique N°130-13 relative à la loi de finances, bulletin officiel, N°6370, 18-6-2015.
- Ministère de l'éducation nationale du préscolaire et du sport, feuille de route 2022-2026- 12 engagements pour une école publique de qualité.
- Ministère de l'Education Nationale, de l'Enseignement Supérieur, de la Formation des Cadres et de la Recherche Scientifique, Pour un nouveau souffle de la réforme Présentation du Programme « NAJAH 2009-2012 » Rapport de synthèse, Juin 2008 .
- Ministère de l'éducation nationale, du préscolaire et du sport, Cadre de déploiement 2023-2024.
- Peter Mair , « Gouvernement représentatif v. Gouvernement responsable », Revue internationale de politique comparée , 2011/2 (Vol.18), Éditions De Boeck Supérieur, pages 149 à 164.
- www. geoconfluences.ens-lyon.fr/glossaire/ajustement-structurel#:~:text=Les%20programmes%20d'ajustement%20structurel,crit%C3%A8res%20de%20l'orthodoxie%20lib%C3%A9rale%2C
- www.donnees.banquemondiale.org/indicateur/DT.ODA.ALLD.CD?locations=MA
- www.finances.gov.ma/fr/Pages/detail-actualite.aspx?fiche=1008
- www.oecd.org/fr/cad/financementpourledeveloppementdurable/normes-financement-developpement/aidepubliqueaudeveloppementdefinitionetchampcouvert.htm#ODA2017
- دستور 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، 30 يوليوز 2011،الفصل 154.
- محمد عابد الجابري، أضواء على مشكل التعليم بالمغرب، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1973.
- الملك محمد السادس، خطاب العرش،30 يوليوز 2003، طنجة.
- وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، بشأن تفعيل أحكام القانون الإطار رقم 51-17 المتعلق بمنظومة التربية والتكوين والبحث العلمي، مذكرة رقم 47×20، 18 شتنبر 2020.
- وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني، حافظة المشاريع المندمجة لتفعيل الرؤية الاستراتيجية 2015-2030، 11 يوليوز 2016.
- وزارة التربية الوطنية والتكوين لمهني، مذكرة إطار في شأن التنزيل الأولي للرؤية الاستراتيجية 2015-2030 من خلال تفعيل التدابير ذات الأولوية، مذكرة رقم 99×15 بتاريخ 12 أكتوبر 2015

تفاوتات التعليم ومسألة الاندماج

Educational Disparities and the Issue of Integration

الدكتور : سعيد انخيلي
دكتور في القانون العام

الملخص:
يتناول هذا المقال قضية التفاوتات التعليمية، التي تعد أحد التحديات الأساسية في مجال التنمية البشرية. مركزا على الفوارق في فرص التعليم وجودته، والتي تتأثر بعدة عوامل اجتماعية، اقتصادية، وجغرافية. تعرف التفاوتات التعليمية على أنها الفروق في الوصول إلى التعليم وتحصيل المعارف والمهارات بين مختلف الفئات الاجتماعية والاقتصادية. تؤدي هذه التفاوتات إلى تباينات في التحصيل الأكاديمي وفرص العمل لاحقا، مما يسهم في استمرار دوائر الفقر والتهميش.
يركز المقال على العوامل المؤثرة في التفاوتات التعليمية، منها الطبقة الاجتماعية والموقع الجغرافي. فالأسر ذات الدخل المرتفع قادرة على توفير بيئة تعليمية داعمة، بالإضافة إلى إمكانية الحصول على تعليم نوعي سواء من خلال المدارس الخاصة أو الدروس الخصوصية، مما يمنح أبناءها فرصا أفضل للنجاح الأكاديمي. في المقابل، تجد الأسر ذات الدخل المحدود صعوبة في توفير نفس الإمكانيات، مما يحد من فرص أبناءها في التحصيل العلمي مقارنة بالفئة الأولى. ويختتم المقال بالإشارة إلى أهمية التصدي لهذه التفاوتات من أجل بناء مجتمع أكثر عدالة وازدهارا.

Abstract:
This article addresses the issue of educational inequalities, one of the fundamental challenges in the field of human development. It focuses on disparities in access to and quality of education, which are influenced by various social, economic, and geographical factors. Educational inequalities are defined as the differences in access to education, as well as in knowledge and skill acquisition, among different social and economic groups. These inequalities lead to variations in academic achievement and future employment opportunities, thus contributing to the persistence of poverty and marginalization cycles.
The article highlights the factors that impact educational inequalities, including social class and geographical location. Higher-income families are able to provide a supportive educational environment, with access to quality education through private schools or additional tutoring, which offers their children better opportunities for academic success. In contrast, lower-income families often struggle to provide the same resources, limiting their children's educational attainment compared to their wealthier peers.
The article concludes by emphasizing the importance of addressing these inequalities to build a more just and prosperous society.

مقدمة

يشكل الاستثمار في التعليم آلية أساسية لزيادة بناء قدرات معرفية، من قراءة، وكتابة، وحساب، وتفكير نقدي، وحل المشكلات، وأخرى اجتماعية، من قبيل التواصل والتعاون والقيادة والقدرة على التكيف، ومهنية، مثل المهارات التقنية والتكنولوجية

والإدارية. كما يمكن أن يؤدي التعليم إلى توسيع الفرص في مجموعة متنوعة من المجالات، كما هو الحال بالنسبة للشغل والمشاركة الاجتماعية[2765].

فوفقا لدراسة أجرتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية[2766]، فإن زيادة الإنفاق على التعليم العام بنسبة 1٪ من الناتج المحلي الإجمالي من شأنها أن تزيد الدخل المتاح للأسر الفقيرة ودخل الطبقة الوسطى من 2٪ إلى 8٪، ومنه تسهم في الحد من التفاوتات.

وترتبط التفاوتات في مجال التعليم بالتوزيع غير المتكافئ للموارد التعليمية، من هنا يتم تعريفها على أنها ولوج متمايز إلى الخدمات التعليمية وفقا للخصائص التي يتم بناؤها اجتماعيا مثل الأصل الاجتماعي أو العرقي أو النوع[2767]؛ فعندما يتم توفير التعليم بناء على خلفيات اجتماعية محددة، فإن بعض المجموعات ستحصل على فرص تعليمية أفضل من غيرها، مما قد يؤدي إلى تعميق التفاوتات داخل المجتمع.

المبحث الأول: العرض المدرسي وتفاوتات الولوج

إذا كانت المدرسة موجودة منذ العصور القديمة، فإنها لازالت، إلى حدود اليوم، مخصصة لأقلية من الأطفال[2768]، وبينما تسعى أنظمة التعليم جاهدة لتحقيق هدف توفير التعليم الأساسي للجميع، فإن الفجوة بين المساواة "المعلنة" والتفاوتات القائمة ما فتئت تتفاقم.

فعلى المستوى العالمي، يوجد ما يقرب من 258 مليونا، أو 17٪ من الأطفال والمراهقين والشباب، خارج أسوار المدرسة، وتعتبر النسبة أكبر بكثير في البلدان النامية: 31٪ في أفريقيا جنوب الصحراء و 21٪ في آسيا الوسطى مقابل 3٪ في أوروبا وأمريكا الشمالية[2769].

وعلى المستوى الوطني، وعلى الرغم من مشاريع الإصلاح المتواترة، لازال خطاب الأزمة ملازما لواقع التعليم بالمغرب، ولازالت التفاوتات إحدى سماته الرئيسة؛ حيث ظل مؤشر جيني لقطاع التعليم مرتفعا، إذ بلغ سنة 2014 زهاء 0.55 نقطة[2770].

ويمكن في هذا الإطار التمييز بين شكلين من أشكال التفاوت؛ **الأول كمي**، يرتبط بمدى توافر العرض المدرسي، ويحيل إلى إمكانات الولوج المتاحة إليه، **والثاني نوعي**، يتصل بجودة هذا العرض.

الفقرة الأولى: تفاوتات الولوج

يدور هذا النوع من التفاوتات، في المقام الأول، حول إمكانية الولوج إلى الفرص التعليمية والموارد المرتبطة بها. ويركز بالأساس على عدد المدارس أو المؤسسات التعليمية وكيفية توزيعها مجاليا؛ فعلى سبيل المثال، قد تعاني مناطق معينة من خصاص مادي، يهم البنية التحتية للمدارس ومرافقها التعليمية؛ من حيث عدد الأقسام، والملاعب، والمختبرات، والمكتبات وغيرها، أو من خصاص في الأطر التعليمية، مقارنة بمناطق أخرى، وهو ما يجعلها في مواجهة خلل كمي يضعف فرص الولوج.

وتكمن واحدة من أبرز جوانب التفاوتات التعليمية في واقع الأطفال الذين يتم استبعادهم من أي تعليم؛ حيث لا يزال ربع مليار طفل وشاب خارج أسوار المدرسة، فيما يغادرها كثير من المتعلمين في وقت مبكر[2771]، ففي سنة 2018 تجاوز المجموع العام للتلاميذ

2765- منظمة العمل الدولية، رسم معالم المهارات والتعلم المتواصل من أجل مستقبل العمل، ورقة مؤتمر العمل الدولي 109، 2021، ص. 37.

2766 - ورد في:

Direction des études et des prévisions financières (DEPF), Ministère de l'économie et des finances, La question des inégalités sociales : Clés de compréhension, enjeux et réponses de politiques publiques, Octobre 2018, p.18.

2767- Georges Felouzis, Les inégalités scolaires, Presses Universitaires de France, «Que sais-je ?», 2020, p. 4.

2768- Marcel Crahay, L'école peut-elle être juste et efficace ? De l'égalité des chances à l'égalité des acquis, De Boeck Supérieur, 2012, p. 9.

2769- اليونسكو، التقرير العالمي لرصد التعليم، التعليم الشامل للجميع: الجميع بلا استثناء، ط 1، اليونسكو، باريس، 2020، ص 8.

2770- DEPF, op.cit, p. 25.

2771 - اليونسكو، التقرير العالمي لرصد التعليم، مرجع سابق، ص 20.

المنقطعين عن الدراسة على المستوى الوطني 431 ألف حالة، وذلك بزيادة بلغت أكثر من 24 ألف تلميذ(ة) في ظرف سنتين، أي بين 2016 و2018 (انظر الجدول 15).

الجدول رقم 20: تطور عدد المنقطعين عن الدراسة حسب الأسلاك بالتعليم العمومي

	2015	2016	2017	2018
الابتدائي	179533	131797	127435	126195
الثانوي الإعدادي	195949	179921	194012	212133
الثانوي التأهيلي	132821	95956	96150	93548
المجموع	508303	407674	417597	431876

المصدر: الهيئة الوطنية للتقييم لدى المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي -2019

وتعود ظاهرة الهدر المدرسي هذه في جزء منها إلى التفاوتات التي تبدأ بالتعبير عن نفسها منذ سن الطفل المبكر؛ حيث يترجم التفاوت في الولوج إلى التعليم قبل المدرسي إلى عدم تكافؤ في الفرص فيما يتعلق بالنجاح، فالتعليم ما قبل المدرسي، يضع الأساس لمسيرة الطفل التعليمية، وبالتالي يزيد من متوسط العمر المتوقع في المدرسة، مما يجعل من الممكن تقليص فجوة التحصيل بين الأطفال من خلفيات اجتماعية متمايزة. وهو ما يدفع للقول بأن التفاوتات التي تشهدها سنوات التمدرس الأولى تميل للتفاقم خلال بقية المسار الدراسي[2772].

وبالإضافة إلى ما يمكن تسجيله من معطيات تهم التوزيع المجالي للمؤسسات، والفوارق المطروحة بين الوسطين القروي والحضري، رغم أن ذلك يجد جزء من تفسيره في تباين الكثافة السكانية بين الوسطين، فقد ركزت أبحاث الفقر الانتباه، في المناطق الحضرية مثلا، على دور الموقع و"تأثيرات الحي" في عزل فقراء الحضر اجتماعيا عن فرص التعليم، وفي تبنيهم سلوكات معادية للمجتمع[2773].

غير أن الولوج إلى المدرسة لا يقتصر على مدى قرب المؤسسة التعليمية من سكن المتعلم، أو بيسر التنقل إليها فقط، وهو ما سجلته منظمة اليونسكو، إذ طرحت من خلال تقريرها الخاص برصد التعليم لسنة 2020، أهمية الانتباه إلى علامات الوصم الممكن إلصاقها بالأطفال، خاصة في ظل تعرض ثلث الأشخاص الذين تتراوح أعمارهم بين 11 و15 عاما للتنمر في المدرسة[2774]، وهذا يمكن أن يؤدي إلى بيئة تعليمية معيبة، تتأثر في ظلها مردودية الأطفال الموصومين واندماجهم، وفي أسوأ الحالات، قد تجبرهم على هجر الدراسة.

وفي علاقة بالأمر، فلا يكفي مجرد الاعتراف بالفئات المستبعدة لضمان حق الولوج للجميع، فقد يؤدي الاعتراف بها ومساعدتها تحت مسمى "الإدماج" إلى تهميشها في الوقت نفسه[2775]، من خلال تصنيفها على أنها "آخر مختلف"، يحتاج إلى معاملة خاصة، مما يجعلها عرضة للوصم والتمييز. ونصير بالتالي أمام أنظمة تعليمية، وعن غير قصد، تستبعد بدلا من أن تدمج[2776].

أخيرا، يمكن أن تخفي المقاربة الكمية، المركزة على توزيع المرافق التعليمية ومعدلات الالتحاق بالمدارس، اختلافات نوعية مهمة، سواء من حيث خصائص الفئات المستهدفة (تلاميذ من خلفيات اجتماعية مختلفة)، أو الشعب والمسالك المتوفرة (علمية، أو أدبية، أو تقنية، أو مهنية) أو خيارات التعليم العالي المتاحة، ناهيك عن جودة البنية التحتية، لاسيما إن امتدت المقارنة لتفاضل بين العرضين العمومي والخاص.

2772- Nolwen Henaff, Marie-France Lange, Inégalités scolaires au Sud: transformation et reproduction, Autrepart, 2011, vol 59, no 3, p. 3-18. DOI : 10.3917/autr.059.0003

2773- Kevin Fox Gotham, Urban Theory, In: Encyclopedia of urban studies, SAGE Publications, 2010. p. 942.

2774- اليونسكو، التقرير العالمي لرصد التعليم، مرجع سابق، ص 163.

2775- اليونسكو، التقرير العالمي لرصد التعليم، مرجع سابق، ص v.

2776- Ann Fudge Schormans, Social Inclusion, Dordrecht : Springer Netherlands, 2014, p. 6084.

الفقرة الثانية: تفاوت في نوع التعليم

تنطوي التفاوتات النوعية في التعليم على اختلافات في مضمون التعليم وجودته، وفي خصائص الفرص التعليمية المطروحة أمام الأفراد أو المجموعات. ويمكن أن تعبر هذه الفوارق عن نفسها بطرق مختلفة، تتنوع بين تباين الموارد التعليمية المتاحة، واختلاف طرق التدريس، وتنوع المناهج. وهو ما يسهم، بالنتيجة، في تحديد طبيعة النتائج التي يحققها المتعلمون عبر مساراتهم التعليمية المختلفة، وفي بيئات تعليمية متفاوتة، وهذا يعارض الرؤية المتصلة بمساواة المواقع التي تركز على الطابع الوحدوي للمدرسة، الذي يجعل بإمكان أي متمدرس الدخول إلى المدرسة الموجودة بأي مدينة أو أي قرية دون أن يلاحظ الفرق[2777].

هكذا، تلعب البنية التحتية دورا في تمييز المؤسسات التعليمية عن بعضها، إذ تشير اليونسكو في هذا الإطار إلى أهمية المدارس الآمنة، مركزة على ما قد تمثله نوعية المرافق التعليمية، وحالة الطرقات المؤدية إلى المدارس، من انتهاك لركائز الحق في التعليم، المتجسدة في إمكانية الولوج، والقبول، والقدرة على التكيف[2778].

من جهتها تشير **إمكانية الولوج**، في سياق التعليم، إلى عوامل مثل القرب من المدارس، وتوافر خيارات النقل، وما إذا كانت المدارس متاحة فعليا لجميع المتمدرسين، بما في ذلك ذوي الإعاقة منهم، بشكل يضمن عدم استبعاد أي طفل من تلقي التعليم بسبب عوائق مادية. ومن ناحية أخرى، تشتمل المقبولية على الجوانب الشكلية والموضوعية للتعليم، بما في ذلك عوامل مثل سلامة المرافق التعليمية ونظافتها، فضلا عن توفر المياه النظيفة، والكهرباء، والتهوية الكافية. بالإضافة إلى ذلك، تأخذ المقبولية في الاعتبار مدى ملاءمة نظام التعليم للخلفيات الثقافية المتنوعة للمتمدرسين. في حين تعكس **القدرة على التكيف** مرونة المؤسسات التعليمية وقدرتها على الاستجابة للمتطلبات التعليمية المتطورة.

تعد هذه المرتكزات الثلاث محددات أساسية في تشكيل البيئات التعليمية، وفي تحويلها إلى فضاءات تربوية دامجة. غير أنها قد تشكل في المقابل موضوعا للتفاوت، في ظل عرض تعليمي يزداد تفاوتا بفعل واقع الخوصصة التي يشهدها القطاع، والتي تضع المؤسسات التعليمية في منافسة تحكمها "السمعة"، ويميل حال السيئة منها نحو المزيد من التدهور، في حين تنحو "الجيدة" نحو ممارسة عملية انتقاء أكثر تشددا لزبنائها، في إطار "سوق مدرسية" يصبح فيها الآباء مستهلكين[2779].

هكذا، فعلى المستوى الوطني، وخلال العقد الأخير، عرف التعليم المدرسي الخصوصي التابع لنظام التعليم الوطني، منحى تطور تصاعدي، انتقل بموجبه عدد المؤسسات الخاصة من 3168 مؤسسة، برسم الموسم الدراسي (2010-2011)، إلى 6229 مؤسسة برسم موسم (2019-2020)، بزيادة تقارب الضعف، متجاوزا بكثير نسبة تطور عدد مؤسسات التعليم العمومي (54،15%) البالغ عددها 213 11[2780]، وهي نسب مشابهة لتطور مجموع التلاميذ الخاص بكل قطاع؛ (50،74 % بالنسبة للتعليم الخاص، و 09.9 % بالنسبة للعام)[2781].

تشير هذه البيانات إلى توسع كبير وسريع في التعليم المدرسي الخاص، بما يتجاوز معدل نمو التعليم العام، ولا ينعكس اتجاه النمو هذا في عدد المؤسسات فحسب، بل ينعكس أيضا في عدد الطلاب الذين يختارون التعليم الخاص، مما يثير تساؤلات حول حجم التفاوت في الفرص والنتائج التعليمية بين الفئات الاجتماعية المختلفة[2782]، وحول التداعيات المحتملة لهذا المنحى التصاعدي على

2777- فرونسوا ديبي، المواقع والحظوظ، إعادة تفكير التفاوتات الاجتماعية، ترجمة كنزة القاسمي، أفريقيا للنشر، 2016، ص 20.

2778- اليونسكو، التقرير العالمي لرصد التعليم، مرجع سابق، ص 166.

2779- Alain Bihr, Roland Pfefferkorn, Déchiffrer les inégalités, op.cit, p. 235.

2780- مجلس المنافسة، رأي متعلق بوضعية المنافسة في قطاع التعليم المدرسي الخصوصي بالمغرب، 2021، ص 22.

2781- مجلس المنافسة، المرجع نفسه، ص 24.

2782- على سبيل المثال، قدرت "الهيئة الوطنية لتقييم منظومة التربية والتكوين والبحث العلمي" حجم التفاوتات القائمة بين التعليمين العمومي والخصوصي في أربع سنوات من التعلم كفارق بين القطاعين. انظر:
الهيئة الوطنية لتقييم منظومة التربية والتكوين والبحث العلمي، البرنامج الوطني لتقييم المكتسبات لتلامذة لسنة السادسة ابتدائي والسنة الثالثة ثانوي إعدادي (PNEA2019)، المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، 2021.

الأسر، على اعتبار أن التوجه نحو التعليم الخصوصي لا يعكس بالضرورة اختيارات الأسر، بقدر ما يعكس الإكراهات التي تخضع لها[2783].

من جانب آخر، فالقطاع الخاص، كما هو الشأن بالنسبة للقطاع العام، ليس موحدا ولا متجانسا؛ إذ تتسم المؤسسات في كلا القطاعين بطابع ترتبي[2784]. ينتج تفاوتا في نوع التعليم الذي يتلقاه أبناء كل فئة، ويطعن في المفهوم النيوليبرالي للمساواة. ويسوق "تيري مورو" (Terri Moreau) مثلا لذلك من خلال تمييزه بين ما يتلقاه أبناء الطبقة العليا، وأبناء الطبقة الدنيا، فبينما يتعلم أبناء الأولى مهارات الإبداع والتفكير، يتم حصر تفكير أبناء الثانية في ما يؤهلهم للقطاع الخدمي والصناعي[2785].

وبشكل عام، فإن مجرد وجود سوق مدرسية، تتغذى على الفوارق بين المؤسسات، هو علامة على أزمة ثقة في نظام تعليمي[2786]، يعطي المزيد لمن يملكون أكثر[2787]. وهذا يثير تساؤلات حول التأثيرات المحتملة لهذا النظام على النتائج التعليمية.

المبحث الثاني: أسباب التفاوتات التعليمية

يكتسب الحديث عن تفاوتات التعليم شرعيته في وجود انتظام ملحوظ في بعض خصائص التلاميذ الذين ينجحون أو يفشلون[2788]؛ إذ لا يتعلق الأمر بمجرد حالات فردية معزولة، بل بمجموعات من الأفراد الذين يتوحدون في ميل مشترك نحو النجاح أو الفشل في المدرسة.

وهو ما يجد تفسيره في تقارب طبيعة الأسباب الكامنة وراء هذه التفاوتات بشكل يجعل من الممكن توزيعها بحسب مصادرها بين ما هو خارجي مرتبط بالسياسات الحكومية والطبيعة الهرمية للمجتمع ومجالاته، أو باختلالات حكامة أنظمة التعليم، أولا[2789]، ثم ما هو داخلي يتصل بالمدرسة ومكوناتها المختلفة ثانيا.

الفقرة الأولى: أسباب خارجية

ترتبط الأسباب الخارجية بالعوامل الخارجة عن نطاق السيطرة المباشرة للمؤسسات التعليمية، ولكنها تؤثر بشكل كبير على أدائها وفعاليتها، وتشمل مجموعة من المؤثرات، تتراوح بين الظروف الاجتماعية والاقتصادية، والتأثيرات الثقافية، والعناصر السياقية المحلية، فضلا عن السياسات المختلفة، لاسيما التعليمية منها، وهي تلعب جميعها أدوارا جوهرية في تشكيل المشهد التعليمي، كما تجعل من الصعب على بعض المتمدرسين تحقيق النجاح في المدرسة، حتى لو كانت الأخيرة تفعل كل شيء بشكل صحيح.

1- الحرمان الاجتماعي والتعليم

في موضوع تحليل التفاوتات التعليمية، يرى "بيير ميرل" (Pierre Merle) أن التفسيرات التي تركز على الاستحقاق والفروق الفردية تفقد صلاحيتها لفائدة الخلفية الاجتماعية للمتمدرسين، التي تصير متغيرا مركزيا في العلاقة مع نتائجهم الدراسية. وتعتمد وجهة نظر ميرل على ثبات العلاقة بين الأصل الاجتماعي للمتمدرسين، ومسارهم التعليمي[2790].

2783- Nolwen Henaff, Marie-France Lange, op.cit.

2784- Alain Bihr, Roland Pfefferkorn, Déchiffrer les inégalités, Syros et La Découverte, 2e édition 1999, p. 233.

2785- Terri Moreau, Spaces of Difference, In : Encyclopedia of Urban Studies, op.cit, p. 757.

2786- Georges Felouzis, Joëlle Perroton, Les « marchés scolaires » : une analyse en termes d'économie de la qualité », Revue française de sociologie, vol 48, no 4, 2007, pp. 693-722.
https://doi.org/10.3917/rfs.484.0693

2787- Marcel Crahay, Dominique Lafontaine, En conclusion, pistes pour une école juste et efficace, Dans :L'école peut-elle être juste et efficace ? De l'égalité des chances à l'égalité des acquis, De Boeck Supérieur, 2012, pp. 455-480.
https://doi.org/10.3917/dbu.craha.2012.01.0455

2788- Georges Felouzis, Les inégalités scolaires, op.cit, p. 3.

2789 - برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، المكتب الإقليمي للدول العربية، تقرير التنمية الانسانية العربية، الشباب وآفاق التنمية واقع متغير، 2016، ص 65.

2790- Pierre Merle, Les inégalités scolaires (1995-2020), Effets de l'origine sociale et du genre », Agora débats/jeunesses, vol 86, no 3, 2020, pp. 29.
https://doi.org/10.3917/agora.086.0025

وهنا، تشير معطيات اليونسكو إلى وجود علاقة طردية بين مستوى دخل الأسرة واحتمال إكمال المراهقين للمرحلة الإعدادية في البلدان منخفضة ومتوسطة الدخل. فاحتمال إكمال المراهقين من الأسر التي تنتمي لنسبة 20% الأعلى دخلا لهذه المرحلة أكبر بثلاثة أضعاف من احتمال إكمالها من قبل نظرائهم من الأسر الأكثر فقرا، وبين الطلاب الذين يكملون الدراسة، فإن احتمال تمكن المتمدرسين من الأسر الأغنى من الحد الأدنى من كفايات القراءة والرياضيات ضعف احتمال وصول المتمدرسين من الأسر الأفقر، مما يدل على تأثير عامل دخل الأسرة على معدل سنوات البقاء في المدرسة، واحتمالات النجاح الدراسي للمتمدرسين[2791].

وفي الولايات المتحدة، يسجل "ستيجليتز" ارتفاع تفاوتات التعليم، ويرجح أن تتفاقم[2792]، وذلك لأن آفاق التعليم بالنسبة لأطفال الأسر الفقيرة والطبقة المتوسطة، تبقى أضعف بكثير، مقارنة بالمنتسبين لأسر أكثر غنى، ويعزو "ستيجليتز" هذه الفجوة الآخذة في الاتساع إلى التأثير المتزايد لدخل الأسر على الفرص التعليمية، خاصة في ظل ارتفاع تكاليف التعليم، ولاسيما الجامعي منه[2793].

(انظر الإطار رقم 09)

الإطار رقم 09: الديون الطلابية وتكريس التفاوت

تعد الديون الجامعية واحدة من أهم التحديات التي تواجه الطلاب والخريجين في الولايات المتحدة؛ فقد أصبحت هذه الديون عبئا ماليا ثقيلا يؤثر على مستقبل الشباب، خاصة أن قانون الإفلاس الصادر في عام 2005 يمنع الطلاب من التخلص من ديونهم حتى في حالة إعلان إفلاسهم شخصي، علما أن نوع التعليم المطروح غالبا ما يكون ذا قيمة شبه معدومة؛ إذ لا يحصل حوالي 80٪ من الطلبة على شهاداتهم الجامعية. وهذا في ظل تواطئ بين الأبناك، والمدارس التعليمية ذات الطابع الربحي، التي تملك شركات وول ستريت العديد منها جزئيا أو كليا؛ فلا يتم تحذير الطلاب بأي شكل من الأشكال بأنه يتم استغلال طموحاتهم، وبأن التعليم الذي يتم تقديمه قد لا يحقق لهم بالضرورة الوظائف التي يحلمون بها.

وعندما اقترحت الحكومة الفيدرالية معايير تتعلق بالمدارس التعليمية المؤهلة للحصول على قروض مكفولة من قبل الدولة، تشترط رضى الطلاب، وتشغيل حد أدنى منهم وفقا للوظائف الموعود بها، نجحت المدارس والبنوك في تأجيل هذا المقترح، لتستمر في تحصيل ما يقرب من 90٪ من إيراداتها من برامج القروض والمساعدات الفيدرالية، فهي تتلقى ما يصل إلى 26 مليار دولار سنويا من الحكومة الفيدرالية، وهو مبلغ كبير يبرر استثماراتها الضخمة في جماعات الضغط، ومساهماتها في الحملات الانتخابية، لضمان عدم تعرضها للمساءلة.

المصدر :

وعلى المستوى الوطني، وإذا كان الفقر متعدد الأبعاد يتأثر بعوامل متعددة منها التعليم والصحة والمرافق الأساسية وظروف السكن، فإن تعليم الكبار والصغار يشكل أحد أهم مصادر الحرمان (الجدول رقم 21)؛ إذ تفسر مشكلات التعليم أكثر من نصف أبعاد الفقر (55.3%)، في حين تفسر العناصر الأخرى مجتمعة؛ من صحة، وولوج إلى المرافق الأساسية، وظروف السكن، النسبة المتبقية. وهو ما يكشف أهمية التعليم في تخفيض معدلات الفقر.

الجدول رقم 21: توزيع الفقر متعدد الأبعاد حسب مصدر الحرمان (بالنسبة المئوية)

تعليم الكبار	تعليم الصغار	الصحة	الولوج إلى الماء والكهرباء والصرف الصحي	ظروف السكن

2791- اليونسكو، التقرير العالمي لرصد التعليم، مرجع سابق، ص 4.

2792- Joseph E Stiglitz, Le prix de l'inégalité, Editions Les liens qui libèrent, 2012, p. 179.

2793- Joseph E Stiglitz, op.cit, p. 96.

ISSN:2509-0291

قروي	34,4	20,5	8,7	21,2	15,3
حضري	36,8	24	24,5	9,7	5
مجموع	34	21,3	10,9	19,7	14,1

المصدر:

HCP, Principaux résultats de la cartographie de la pauvreté multidimensionnelle, Paysage territorial et dynamique, 2014

غير أنه على العكس من التوجه الرابط بين التعليم وما يمكن أن يفتحه من فرص الترقي الاجتماعي، يذهب منظور آخر إلى أن أولئك الذين ولدوا فقراء، يصعب عليهم التخلص من فقرهم، لدرجة أن الاقتصاديين يطلقون على هذا الوضع اسم "مصيدة الفقر"[2794]. وجزء من السبب في ذلك هو أن نوع التعليم المتاح يختلف باختلاف الأصول الاجتماعية للفرد.

2- لكل فئة تعليمها

يمكن أن يكون للأصول الاجتماعية، بما في ذلك عوامل مثل الوضع الاجتماعي، والاقتصادي، والخلفية الثقافية، تأثير، ليس فقط على ولوج المتمدرسين إلى التعليم، ولكن أيضا على تجاربهم ونتائجهم داخل النظام التعليمي؛ فقد يواجه المتعلمون من أوساط محرومة تحديات تعيق نجاحهم المدرسي، مثل وجود خيارات محدودة للتعليم الجيد، وعدم كفاية الموارد المالية، ونقص الدعم التعليمي في المنزل، وهذا يمكن أن يمهد، منذ البداية، لقيام فوارق في التحصيل الدراسي، بينهم وبين المنحدرين من فئات أكثر غنى. بشكل عام، كلما كان التكوين انتقائيا ونخبويا، كلما انخفضت نسبة المستفيدين منه من بيئات فقيرة، وارتفعت نسبة المنتمين إلى أوساط ميسورة، ففي فرنسا مثلا، لم تتجاوز حصة أبناء العمال 4٪ من مجموع الطلبة المسجلين في جميع معاهد الدراسات السياسية (IEP)[2795]، وهو الاتجاه الذي يمكن تأكيده من خلال المعطيات المعبر عنها في الجدول 17 الآتي:

2794- Joseph E Stiglitz, op.cit, p. 34.

2795- Pierre Merle, op.cit, p. 29.

الجدول رقم 22: الأصول الاجتماعية للطلاب الفرنسيين بالدراسات العليا سنة (2019-2018) بالنسبة المئوية

	المزارعون والحرفيون والتجار ورؤساء المقاولات	الأطر والمهن الفكرية العليا	الوظائف المتوسطة	المستخدمين	العمال	المتقاعدين وغير النشطين	المجموع	نسبة القيم المفقودة
الجامعات	9,4	33,3	14,8	16,7	11,3	14,5	100	10
التكوينات الهندسية خارج الجامعة	12,7	53,9	11,7	8,8	5,4	7,4	100	8,9
شعب التقني العالي	12,5	15,6	14,6	19,6	23,5	14,2	100	11
الأقسام التحضيرية وبرامج التحضير المندمجة	11,1	51,6	12,7	11,1	7	6,6	100	3
مدارس التجارة والتدبير والمحاسبة	19,5	51,1	9,5	8,5	4,3	7,2	100	37
مؤسسات التعليم الجامعي الخاصة	15,2	45,6	11,4	11,5	6,9	9,6	100	16,8
المدارس العليا للأساتذة (ENS)	6,8	62,5	10,5	7	2,3	11	100	5
مدارس الفنون والمدارس الهندسية ومدارس الصحافة	14	47,4	14,9	10,9	5,2	7,6	100	46,9
المدارس شبه الطبية والاجتماعية.	15,1	23	9,2	31,6	19	2	100	7,5
مدارس وتكوينات أخرى	12,8	44,6	11,3	11,7	7,3	12,3	100	34,9
إجمالي الطلاب الفرنسيين	11,1	34,3	13,8	16,5	11,9	12,4	100	14

المصدر:

Direction de l'évaluation, de la prospective et de la performance, Repères et références statistiques sur les enseignements, la formation et la recherche, 2019

يلاحظ أن أكبر نسبة للطلاب من أصول اجتماعية عليا (الأطر والمهن الفكرية) مسجلون في التكوينات الهندسية خارج الجامعات (53.9%)، ومدارس التجارة والتدبير والمحاسبة (51.1%)، والأقسام التحضيرية (51.6%)، والمدارس العليا للأساتذة (62.5%)، ويكشف التمثيل الزائد بهذه المؤسسات النخبوية للطلاب من أبناء هذه الفئة، عن عمليات إعادة إنتاج الرأسمال الثقافي والاجتماعي، وتدويره بين أجيالها.

بالمقابل، ترتفع نسبة الطلاب أبناء المستخدمين في التكوينات شبه الطبية والاجتماعية (31,6%)، وتظهر أعلى نسبة لأبناء العمال في الشعب التقنية (23.5%)، والتكوينات شبه الطبية والاجتماعية (19%)، وهي تخصصات موجهة لتلبية احتياجات سوق العمل من اليد العاملة البسيطة. وبذلك، يعمل نظام التعليم على تكريس التسلسلات الهرمية الاجتماعية القائمة، وتعزيز التفاوتات الاجتماعية بدلا من الحد منها.

فالآباء من الطبقات الاجتماعية والاقتصادية الأعلى، يرسلون أبناءهم إلى أفضل رياض الأطفال، وأفضل المدارس الابتدائية، وأفضل المدارس الثانوية، **مما يزيد من احتمال** قبولهم في الجامعات ذات التصنيف الأفضل[2796]. وتعكس هذه الفروق بين طلاب المدارس والجامعات نظرية "التفاوتات القائمة بالفعل L'inégalité effectivement maintenue" التي تفترض أنه عندما يصبح التعليم متاحا للجميع، تستخدم الأسر الغنية الاختلافات النوعية بين المؤسسات التعليمية للحفاظ على مزاياها[2797].

لكن هل يعني ربط الأداء الدراسي، تفوقا وفشلا، بالوضع السوسيو اقتصادي للأسر انتفاء أي تأثير للمدرسة في النتائج التي يتحصل عليها المتعلمون؟ أو على الأقل ألا يغذي ذلك الاعتقاد بأن المدرسة والمدرس لهما تأثير ضئيل على نجاح التلاميذ؟

الفقرة الثانية: أسباب ترتبط بالمتعلم وبالأسرة والمدرسة: إنتاج وإعادة إنتاج التفاوتات المدرسية

على الرغم من الارتباط بين الصعوبات الأكاديمية للطالب ووضعه السوسيو اقتصادي، لا يمكن استنتاج أن جميع الطلاب من خلفية سوسيو اقتصادية فقيرة سيواجهون صعوبات أو تأخيرات أكاديمية. فحسب "كريستيان بوير" (Christian Boyer) و"ستيف بيسونيت" (Steve Bissonnette) فإن "مؤشر الحرمان الاجتماعي لا يفسر كل شيء[2798]. وبالتالي تبرز عوامل أخرى ذات تأثير محتمل في إنتاج التفاتات التعليمية أو إعادة إنتاجها.

1- المتعلم والأسرة

رغم تحفظه، بسبب ما يمكن أن تعرفه النتائج الدراسية للطلاب المنتمين إلى الفئة نفسها من انتظام، يقر " جورج فيلوزيس" (Georges Felouzis) ببداهة احتمال نجاح بعض الطلاب في المدرسة دونا عن غيرهم، فلا يوجد، بحسبه، سبب موضوعي للاعتقاد بأن جميع المتعلمين يجب أن يحققوا النجاح نفسه في المدرسة[2799].

وتاريخيا، كان يعتقد أن الإعاقة، الجسدية أو العقلية، هي السبب الرئيس لوجود صعوبات التعلم، ثم كان لظهور علم النفس، بعد ذلك، تأثيره في تحديد أسباب أخرى للفشل الدراسي، تشمل أولياء الأمور[2800]، والبيئات العائلية، التي يفترض أن تؤدي أدوار هامة في تعلم الأطفال[2801]، غير أنها تبقى أدوارا متباينة بحكم تباين هذه البيئات نفسها، من حيث نوع الأسرة، وحجمها، وتكوينها، فكلها عناصر يمكن أن تؤثر في المسار التعليمي للأبناء. فضلا عن وجود مؤشرات أكثر تعقيدا تشير إلى إعادة إنتاج التفاوتات التعليمية من خلال، الميراث التعليمي، أو الزواج بين أفراد من المستوى التعليمي نفسه[2802].

2796- Joseph E Stiglitz, op.cit, p. 6.

2797- Pierre Merle, op.cit, p. 38.

2798- Christian Boyer, Steve Bissonnette, Les enfants des milieux socioéconomiques défavorisés sont-ils massivement condamnés à l'échec scolaire?, Formation et profession, vol 27, no 2, 2019, p. 115-117.
http://dx.doi.org/10.18162/fp.2019.a174

2799- Georges Felouzis, Les inégalités scolaires, Presses Universitaires de France, «Que sais-je ?», 2020, p. 3.

2800- Nolwen Henaff, Marie-France Lange, op.cit.

2801- Nolwen Henaff, Marie-France Lange, op.cit.

2802- Christian Suter, op.cit, p. 6094.

وهنا، يذهب تقرير المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي إلى أن تأثير التلميذ، الذي يتكون مما يحمله من إرث اجتماعي عند ولوجه المدرسة، يصل إلى 80٪، مقارنة بتأثير المؤسسة (20٪)[2803]. غير أن التقرير لا يفصل بشكل واضح بين التأثير الناتج عن سمات التلميذ الفردية، وبين ما يحتمل أن ينتج عما يحمله من إرث اجتماعي، وذلك على خلاف تقرير التنمية الانسانية العربية الذي يحدد هذا الإرث باعتباره ظروف التحصيل والإنجاز العلمي الخارجة عن إرادة الأطفال[2804].

وهكذا، يشكل المستوى الدراسي للوالدين عاملا حاسما في إعادة إنتاج مظاهر عدم المساواة؛ مما يعني أن عدم المساواة في الدراسة ينتقل من جيل إلى جيل، على الرغم من توسيع عملية التمدرس. ذلك أن الأطفال الذين ينحدرون من شخص ذي مستوى تعليمي عالٍ يقضون بدورهم مدة تفوق ب 1.5 مرة المدة التي يقضيها أبناء شخصٍ لم يتمدرس أبدا[2805]. وعلى مستوى الحركية الاجتماعية – التربوية، فإن أزيد من ثلثي الأطفال يبلغون على الأقل مستوى تعليم أبيهم، ومن بين أولئك الذين «لم يدرسوا أبدا»، لم ينحدر أي طفل من أب ذي مستوى دراسي عال، و4/ 5 الأشخاص الذين لا يتوفرون على مستوى دراسي ينحدرون من والدين هم أنفسهم لم يدرسوا[2806].

2- تأثير المدرسة:

لا يتوقف النجاح الدراسي للأطفال على البيئة الاجتماعية والاقتصادية وحدها، بل للمدرسة والمدرسين دور في تحقيق هذا النجاح[2807]؛ إذ توجد مصادر التفاوتات التعليمية جزئيا داخل المدرسة نفسها، في تنظيمها وبرامجها، في أساليب نقل المعرفة، وكذلك في التفاعلات اليومية في المؤسسات والأقسام[2808]. وهي عناصر تضعنا، إضافة إلى أخرى، أمام مدرسة غير محايدة، تشرعن التفاوتات وتعيد انتاجها.

أ- مدرسة غير محايدة

بدلا من اعتبار المدارس مجرد مؤسسات محايدة، تقوم ببساطة بنقل المعارف والمهارات، يطرح "مايكل دبليو أبل" (Michael W. Apple) ضرورة النظر إليها على أنها مؤسسات أيديولوجية تسهم في ترسيخ قيم ومعتقدات معينة، غالبا ما تتماشى مع مصالح الطبقة المهيمنة في المجتمع، ويجادل "أبل" بأن هناك تحالف جديد في مجال السياسات التعليمية بالولايات المتحدة، يغير اتجاه التعليم نحو مبادئ محافظة، ويتألف من مجموعة متنوعة من الجماعات[2809]:

- **الليبراليين الجدد:** تعمل هذه المجموعة على أن تكون السياسات التعليمية متمحورة حول الاقتصاد، وترى أن المدارس يجب أن تكون مرتبطة بالسوق، خاصة السوق الرأسمالي العالمي، لتلبية احتياجاته، عبر اعتماد أهداف إجرائية مرتبطة بالعمل المأجور. وهو ما يمكن تحقيقه عبر دمجها (أي المدارس) في نظام السوق، والرفع من تنافسيتها.
- **المحافظون الجدد:** تشارك مجموعة المحافظون الجدد المجموعة الأولى في التركيز على الاقتصاد، لكن أجندتها الرئيسية تكمن في تحقيق توازن أكبر بينه وبين الثقافة، من خلال استعادة القيم الثقافية التقليدية، إذ تعتقد بضرورة تضمينها في المناهج

2803- الهيئة الوطنية للتقييم لدى المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، البرنامج الوطني لتقييم المكتسبات لتلامذة السنة السادسة ابتدائي والسنة الثالثة ثانوي إعدادي PNEA 2019، تقرير تحليلي، دجنبر 2021، ص 46.

2804- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، مرجع سابق، ص 65.

2805- المرصد الوطني للتنمية البشرية، تقرير التنمية البشرية 2017، التفاوتات السوسيو- مجالية والتنمية البشرية: مساهمة في الحوار حول النموذج التنموي بالمغرب، خلاصة تركيبية، ص 18.

2806- المرصد الوطني للتنمية البشرية، تقرير التنمية البشرية 2017، التفاوتات السوسيو- مجالية والتنمية البشرية: مساهمة في الحوار حول النموذج التنموي بالمغرب، خلاصة تركيبية، ص 18

2807- Christian Boyer, Steve Bissonnette, op.cit, p. 115-117.

2808- Georges Felouzis, Les inégalités scolaires, op.cit, p. 95.

2809- Michael Apple, Michael W. Apple, Ideology and curriculum, Routledge, 2004, p. 190- 195.

المختلفة، بما في ذلك اللغة والأدب والفنون، وتنظر إليها باعتبارها جزء لا يتجزأ من الهوية الوطنية، من شأن الالتزام بها أن يسهم في الحفاظ على الاستقرار.

- **الشعبويون السلطويون:** تضم هذه المجموعة أصحاب معتقدات دينية محافظة، بمن فيهم أتباع التيارات الإنجيلية والمسيحية الأصولية، والذين يسعون إلى بناء نظام تعليمي يعيد إنتاج الهيمنة التقليدية للمعتقدات والقيم التي يؤمنون بها، ويقطع مع التعدد الثقافي في المناهج التعليمية، ويؤسس لعودة علاقات سلطة تقليدية في التعليم، تمجد المعلمين والكبار.
- **الطبقة الوسطى الجديدة:** تمتلك هذه المجموعة رأسمالا ثقافيا، يتجلى في خبرتها الإدارية والتقنية، التي تمكنها من التأثير في بلورة السياسات التعليمية، من خلال طرح المقترحات والبدائل للجهات الرسمية.

وعلى الرغم من تباين مواقف هذه المجموعات وأهدافها، وتصادم أجنداتها في ميدان التعليم، فإنها عادة ما تضطر، بحسب "أبل"، إلى إيجاد توافقات تستحضر فيها قضايا أساسية تهم المحافظين الجدد، والشعبويين السلطويين، والطبقة المتوسطة الجديدة، وتأخذ في الاعتبار. ومع ذلك، يتم تحديد التوجه العام للأجندة الرئيسية بواسطة أولئك الذين يركزون على ربط التعليم بالاقتصاد، وتعزيز التنافسية، مما يجعلهم القوة المحركة الرئيسة وراء السياسة التعليمية الحالية[2810].

ويفيد تصنيف "أبل" الرباعي غياب أي دور واضح للفئات الفقيرة في توجيه هذه السياسة، ونتيجة لذلك، لا تبدو المدارس حقلا للصراع الإيديولوجي فحسب، بل تواجه اتهامات مضاعفة بكونها غير محايدة، وذلك وفق رؤى تنظر إليها على أنها في قلب الصراعات الطبقية[2811]، ولا تعمل إلا على تعزيز التسلسل الهرمي الطبقي، بدلا من توفير فرص متساوية. ومن ثم، فهي تشكل عاملا مساهما في الصراعات والانقسامات الاجتماعية والاقتصادية داخل المجتمع.

ب- مدرسة تقسم

تعد المدرسة حاضنا أساسيا لتكوين الشخصية[2812]، كما أنها وسيلة لتوزيع الثقافة والمعرفة في المجتمع[2813]، ومن ثمة فهي آلية للهيمنة الاجتماعية والاقتصادية، ليس فقط من خلال أشكال الانضباط التي تفرض داخلها، بل أيضا من خلال نوع الأفكار والمعارف التي تنشرها[2814]، والحفاظ على معرفة تعتبرها "شرعية" وتعمل على تكريسها، مانحة بذلك شرعية ثقافية لمعرفة مجموعات معينة[2815]، في حين تعمد إلى تهميش ثقافات مجموعات أخرى، أو رفضها؛ وهذا يعني أن المدرسة ليست مكانا لنقل المعرفة فقط، بل لشرعنتها كذلك.

ولا تتم الهيمنة من خلال المنهاج المدرسي الرسمي وحده، إذ يعمل ما أسماه "فيليب جاكسون" (Philip Jackson) بـ "المنهاج الخفي"[2816]؛ فعبره يتم تمرير القواعد والقيم بشكل ضمني، معززا العديد من الأعراف والسلوكيات الاجتماعية المتوافقة مع الثقافة السائدة؛ من مثل التركيز على الطاعة والانضباط والنظام، بشكل يعود المتعلمين على قبول السلطة والامتثال لها، بالإضافة إلى ذلك، فإن إرساء أنظمة التقويم التنافسية، ومكافأة الإنجاز المدرسي الفردي، من شأنه أن يوجه تركيز المتمدرسين

2810- Michael Apple, Michael W. Apple, op.cit, p. 194.

2811- Nolwen Henaff, Marie-France Lange, op.cit.

2812 - سعيد بنيس، تمغربيت، محاولة لفهم اليقينيات المحلية، رؤى بربنت، الطبعة الأولى، 2022، ص 126

2813- Michael Apple, Michael W. Apple, op.cit, p. 27.

2814- Michael Apple, Michael W. Apple, op.cit, p. 65.

2815- Michael Apple, Michael W. Apple, op.cit, p. 65- 66.

2816 - ورد في :

Michael Apple, Michael W. Apple, op.cit, p. 86.

ISSN:2509-0291

نحو المصلحة الشخصية، بدل التعاون. كما أن الالتزام الصارم بالجداول الزمنية، من شأنه أن يساعد بدوره على تعويد الأطفال على بيئات العمل الصارمة، والاشتغال في ظل أجواء الضغط والتوتر، بحثا عن المردودية، دون الاهتمام برفاهيتهم[2817].

غير أن المدرسة لم تعد موحدة، بشكل يتيح الفرصة لمشاركة الثقافة، واللغة، والقيم، وتبادلها، ويبني بالنتيجة تجارب مشتركة بين جميع المتعلمين، فقد تعددت المناهج وتنوعت البرامج، بشكل لم يعد يفتح فرص النجاح نفسها للجميع، بل يسمح لأبناء الطبقات المهيمنة بالحصول على أفضل الشهادات المدرسية، التي تتيح لهم أن يشغلوا، بدورهم، مناصب اجتماعية تحقق هيمنتهم من جديد[2818]، وهو ما يجعل المدرسة تخدم إعادة الانتاج الاجتماعي، أكثر مما تخدم فرص الترقي الاجتماعي.

ت- مدرسة تشرعن للتفاوتات وتعيد إنتاجها

لا يزال مفهوم الوريث، الذي انتشر بفضل كتابات " بيير بورديو" (Pierre Bourdieu) و"جان كلود باسرون"[2819] (Jean Claude Passeron) ، مستخدما بشكل شائع لوصف الكيفية التي تتم بها إعادة إنتاج التفاوتات الاجتماعية من خلال نظام التعليم؛ فالمتمدرسون من خلفيات اجتماعية مميزة، لا يرثون الثروة المادية فحسب، بل يرثون أيضا رأسمالا ثقافيا، في شكل معارف، وخبرات، ومهارات، وسلوكات، وأذواق جمالية، وقيم أخلاقية واجتماعية، وطرق تواصل، وعلاقات اجتماعية مكتسبة من البيئة الاجتماعية والثقافية التي نشأوا فيها، ومكتسبة للقيمة والاعتبار في النظام المدرسي. وهو ما يمنحهم امتيازا مقارنة بالمتمدرسين من خلفيات مفتقرة للفرص والإمكانات، ممن يبدو لهم عالم المدرسة، بثقافتها وأعرافها وقيمها، عالما غريبا، بحكم افتقارهم للموارد والمقومات الثقافية والاجتماعية اللازمة لفك شفرة المطلوب منهم داخل أسوارها[2820].

ومن خلال معاملة المتعلمين على قدم المساواة، دون الاكتراث بالفروق القائمة بينهم، تسهم المدرسة في إحداث تفاوتات من خلال نظام التقويم الذي يحتكر شروط التصديق على المكتسبات، ويرسم المسارات، ويصدر الشهادات[2821]، ما يجعلها مدرسة نخبوية، تطبع مع التفاوتات الاجتماعية تحت شعار الاستحقاق، وتعطي تعليما أقل لأولئك الذين يملكون أقل؛ إذ يعمل الفشل المدرسي على شرعنة استبعاد من هم "أضعف" من فصوله، ومن دبلوماته وشواهده، وبالتالي من الاعتراف. لتصبح المدرسة، المفترض فيها أن تكون عامل إدماج، أداة إقصاء تهدد التماسك الاجتماعي[2822].

يتضح، بالنتيجة، أن التفاوتات التعليمية تتأثر بتفاعل معقد بين عوامل مختلفة، بما في ذلك التأثيرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية. ومن ثم تبرز أهمية تجاوز التفسيرات الاختزالية التي تلقي باللوم على المتمدرسين، أو الأسر، إذ المشكلة أعقد

2817- Philip Jackson, Life in Classrooms, Teachers College Press, 1968, p. 35- 36.

يربط "جاكسون" نظام المكافآت في المدرسة بالنجاح في كلا المنهاجين: الرسمي والخفي، بل يرى أن العديد من المكافآت والعقوبات التي تبدو وكأنها تمت على أساس النجاح الأكاديمي، أو الفشل الأكاديمي، هي في الواقع أكثر ارتباطا بإتقان المنهاج الخفي. وبالتالي فالنقطة المهمة بالنسبة إليه هي أن السلوكات الجيدة والمنضبطة في المدارس، كما هو الحال في السجون، يؤتي ثماره، وكما أن توافقها مع التوقعات المؤسسية قد يجلب لصاحبها الثناء، فإن الافتقار إليها قد يخلق له المتاعب؛ فغضب المعلم، مثلا، ينجم في كثير من الأحيان عن انتهاكات القواعد التنظيمية والروتينية للمؤسسة، أكثر مما ينجم عن علامات القصور الفكري لدى تلاميذه. (ص 34 – 35)

2818- Nolwen Henaff, Marie-France Lange, op.cit.

2819 - يتعلق الأمر أساسا ب:

Pierre Bourdieu, Jean Claude Passeron, Les héritiers: les étudiants et la culture, Éditions de Minuit, 1964.

Pierre Bourdieu, Jean Claude Passeron, La reproduction, Eléments pour une théorie du système d'enseignement, 1970.

2820- Georges Felouzis, Les inégalités scolaires, op.cit, p. 115.

2821- Georges Felouzis, Les inégalités scolaires, op.cit, p. 115.

2822- Jacques Natanson, L'école, facteur d'exclusion ou d'intégration?, Le Portique, Revue de philosophie et de sciences humaines, 2007.

DOI : https://doi.org/10.4000/leportique.890

من ذلك، وتعقيدها ناجم عن كون المدرسة ليست مجالا محايدا، بل انعكاسا لسياسات تعليمية، يمكن لها أن تخلق مزايا للبعض، وتستبعد البعض الآخر. لذلك فإن اعتبار المتعلمين متساوين أمام القانون لا يكفي عندما يكونون في الواقع غير ذلك[2823].

في كل مكان، تقريبا، يتقدم التعليم ولكن التفاوتات تتزايد أو تتكاثر أو تتغير[2824]. ففي دول الشمال، تحولت مسألة استمرار التفاوتات في التعليم، منذ منتصف الستينيات، تدريجيا إلى مجال الإنصاف[2825]، حيث التعليم "الشامل للجميع والمنصف" يندرج في صميم طموحات الهدف الرابع من أهداف التنمية المستدامة[2826]. أما في بلدان الجنوب، فقد انتقلت التفاوتات التعليمية من خارج النظام المدرسي إلى داخله[2827]. ويجد هذا المعطى ترجمته، مثلا، في كون التفاوت في التحصيل التعليمي أعلى بين البلدان العربية كمجموعة من أي مجموعة بلدان رئيسية أخرى[2828]. وهو ما يدفع للقول بأن التعليم ليس مجرد مسألة جهود وقدرات فردية، بل يتأثر بشدة بالبنيات الاجتماعية الحاضنة له.

خلاصة:

يعد الاعتراف بتعقيد التفاوتات وتأثيراتها أمرا بالغ الأهمية. فعادة ما تتقاطع هذه التفاوتات، منشئة بذلك حواجز مركبة أمام الأفراد، خاصة أولئك الذين ينتمون إلى مجموعات و/أو مجالات هامشية. ويمكن أن يجد هؤلاء الأفراد أنفسهم مستبعدين جسديا واجتماعيا. ويتجلى هذا الشكل من الاستبعاد الاجتماعي في تقييد إمكانية هؤلاء الأفراد الولوج إلى الموارد الحضرية وفي إعاقة حراكهم الاجتماعي. إن انعدام الموارد والفرص يمكن أن يعزز من هذا الاستبعاد.

يمكن أن تؤدي التفاوتات في مجالات الصحة والتعليم إلى تدهور الثقة في المؤسسات، الرسمية منها بشكل خاص. فعندما يرى ضحاياها (أي ضحايا التفاوتات) أنها لا تلبي احتياجاتهم، أو أنها تسهم في استمرار دورات الفقر والاستبعاد، فإن مستوى الثقة لديهم ينخفض. وهذا ينعكس في شكل شعور بعدم القبول بهم مواطنين متساوين ينتمون إلى ذات المجتمع. مما يجعلهم أقل ميلا إلى المشاركة فيه، على الأقل وفقا لما تحدده القنوات الرسمية.

ففي مجتمع تعمل فيه التفاوتات على تقويض أسس المواطنة باستمرار، حيث يمتلك الـ1% من السكان، وفقا ل "جوزيف ستيجليتز"، أفضل المنازل، ويتحصلون على أفضل تعليم، ويتلقون أفضل رعاية طبية، وأفضل أسلوب حياة، يبدو أن هناك شيئا واحدا لم يشتره المال: إدراك أن محنتهم، وربما محنة المجتمع ككل، مرتبطة بالطريقة التي يعيش بها 99% الآخرون. وعلى مر التاريخ، يؤكد الباحث، أن هذا شيء تعلمته دائما فئة ال 1٪، ولكن غالبا بعد فوات الأوان[2829].

2823- Georges Felouzis, Les inégalités scolaires, op.cit, p. 66.

2824 Nolwen Henaff, Marie-France Lange, op.cit.

2825 Nolwen Henaff, Marie-France Lange, op.cit.

2826- اليونسكو، التقرير العالمي لرصد التعليم، مرجع سابق، ص 11.

2827 Nolwen Henaff, Marie-France Lange, op.cit.

2828- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، مرجع سابق، ص 64.

2829- Joseph E Stiglitz, op.cit, p. 256.

المراجع العربية:

- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، المكتب الإقليمي للدول العربية، تقرير التنمية الانسانية العربية، الشباب وآفاق التنمية واقع متغير، 2016.
- فرونسوا ديبي، المواقع والحظوظ، إعادة تفكير التفاوتات الاجتماعية، ترجمة كنزة القاسمي، أفريقيا للنشر، 2016.
- سعيد بنيس، تمغربيت، محاولة لفهم اليقينيات المحلية، رؤى بربنت، الطبعة الأولى، 2022.
- اليونسكو، التقرير العالمي لرصد التعليم، التعليم الشامل للجميع: الجميع بلا استثناء، ط 1، اليونسكو، باريس، 2020.
- مجلس المنافسة، رأي متعلق بوضعية المنافسة في قطاع التعليم المدرسي الخصوصي بالمغرب، 2021.
- المرصد الوطني للتنمية البشرية، تقرير التنمية البشرية 2017، التفاوتات السوسيو-مجالية والتنمية البشرية: مساهمة في الحوار حول النموذج التنموي بالمغرب، خلاصة تركيبية.

المراجع الأجنبية:

- Alain Bihr, Roland Pfefferkorn, Déchiffrer les inégalités, Syros et La Découverte, 2e édition 1999.
- Ann Fudge Schormans, Social Inclusion, Dordrecht: Springer Netherlands, 2014.
- Christian Boyer, Steve Bissonnette, Les enfants des milieux socioéconomiques défavorisés sont-ils massivement condamnés à l'échec scolaire?, Formation et profession, vol 27, no 2, 2019.
- Direction des études et des prévisions financières (DEPF), Ministère de l'économie et des finances, La question des inégalités sociales: Clés de compréhension, enjeux et réponses de politiques publiques, Octobre 2018.
- Georges Felouzis, Joëlle Perroton, Les « marchés scolaires »: une analyse en termes d'économie de la qualité», Revue française de sociologie, vol 48, no 4, 2007.
- Georges Felouzis, Les inégalités scolaires, Presses Universitaires de France, «Que sais-je ?», 2020.
- Joseph E Stiglitz, Le prix de l'inégalité, Editions Les liens qui libèrent, 2012.
- Jacques Natanson, L'école, facteur d'exclusion ou d'intégration?, Le Portique, Revue de philosophie et de sciences humaines, 2007.
- Kevin Fox Gotham, Urban Theory, In: Encyclopedia of urban studies, SAGE Publications, 2010.
- Marcel Crahay, Dominique Lafontaine, En conclusion, pistes pour une école juste et efficace, Dans: L'école peut-elle être juste et efficace ? De l'égalité des chances à l'égalité des acquis, De Boeck Supérieur, 2012.
- Marcel Crahay, L'école peut-elle être juste et efficace ? De l'égalité des chances à l'égalité des acquis, De Boeck Supérieur.
- Michael Apple, Michael W. Apple, Ideology and curriculum, Routledge, 2004.
- Pierre Merle, Les inégalités scolaires (1995-2020), Effets de l'origine sociale et du genre », Agora débats/jeunesses, vol 86, no 3, 2020.
- Terri Moreau, Spaces of Difference, In: Encyclopedia of Urban Studies.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1ER
www.Droitetentreprise.com

محور الدراسات والأبحاث باللغة الإنجليزية

The Impact of Chinese Government Policies on International Students' Experiences and Satisfaction in China

Hazem Mojahed Ammar

School of Politics and International Relation, Lanzhou University, Lanzhou, 730000, China

Saeideh Zarrin Najafabad

Department of History, Fudan University, Shanghai, 200433, China

Corresponding Author:Fan Hongda.

Middle Eastern Institute, Shanghai International Studies University. Address: 550 Dalian West Road, Shanghai 200433, China

Abstract

In recent years, China's evolving policies regarding international students have been a focal point of its global educational strategy. This study critically examines the impact of these policy changes on the experiences and satisfaction levels of international students in China, framed within the context of China's aspirations on the global stage. Utilizing the Push-Pull Theory and the Theory of Planned Behavior, our research offers a structured analysis of how students perceive and react to these policies, and the extent to which their experiences align with their expectations. Our methodology involves a comprehensive literature review and the application of validated scales to measure student satisfaction and experience, ensuring a focused and rigorous analysis. This paper delves into the dual role of education in China's policy framework—as a tool for international influence and as a means of providing quality education to foreign students. We critically assess both the challenges and opportunities presented by these policies, shedding light on the nuances of student responses. Key findings indicate varied levels of satisfaction among international students, reflecting the complex interplay between policy objectives and student experiences. While some policies are well-received, others provoke diverse reactions, underscoring the multifaceted nature of China's educational strategy. Our study contributes significant insights into China's evolving role as an education destination, offering implications for future policy formulation and the internationalization of Chinese higher education. This research aims to bridge the gap in understanding China's approach to international student management and its broader educational objectives, offering a clear, coherent, and theoretically grounded perspective on the subject.

تأثير سياسات الحكومة الصينية على تجارب ورضا الطلاب الدوليين في الصين

ملخص البحث

في السنوات الأخيرة، أصبحت السياسات المتغيرة المتعلقة بالطلاب الدوليين محورًا رئيسيًا في استراتيجية الصين التعليمية على الساحة العالمية. تهدف هذه الدراسة إلى تقييم تأثير هذه التغيرات في السياسات على تجارب الطلاب الدوليين ومستويات رضاهم، وذلك في إطار طموحات الصين على المسرح العالمي. تعتمد دراستنا على نظرية الدفع والجذب (Push-Pull Theory)ونظرية السلوك المخطط (Theory of Planned Behavior)لتقديم تحليل منظم حول كيفية إدراك الطلاب لهذه السياسات واستجابتهم لها، ومدى توافق تجاربهم مع توقعاتهم. تعتمد منهجيتنا على مراجعة شاملة للأدبيات وتطبيق مقاييس معتمدة لقياس رضا الطلاب وتجاربهم، لضمان تحليل دقيق ومنهجي. تتناول هذه الورقة الدور المزدوج للتعليم في إطار السياسة الصينية – كأداة للتأثير الدولي، وكمسار لتقديم تعليم عالي الجودة للطلاب الأجانب. نقوم بتقييم نقدي للتحديات والفرص التي تقدمها هذه السياسات، مع تسليط الضوء على ردود الطلاب المختلفة. تشير النتائج الرئيسية إلى تباين مستويات الرضا بين الطلاب الدوليين، مما يعكس التفاعل المعقد بين أهداف السياسات وتجارب الطلاب. في حين أن بعض السياسات نالت استحسانًا، أثارت سياسات أخرى ردود فعل متنوعة، مما يعكس الطبيعة متعددة. الأبعاد للاستراتيجية التعليمية الصينية. تقدم دراستنا رؤى هامة حول دور الصين المتطور كوجهة تعليمية، وتوفر دلالات مهمة لصياغة السياسات المستقبلية ولجهود تدويل التعليم العالي في الصين. تهدف هذه الدراسة إلى سد الفجوة في فهم نهج الصين في إدارة الطلاب الدوليين وأهدافها التعليمية الأوسع، من خلال تقديم رؤية واضحة ومتماسكة ومستندة إلى الأسس النظرية حول هذا الموضوع.

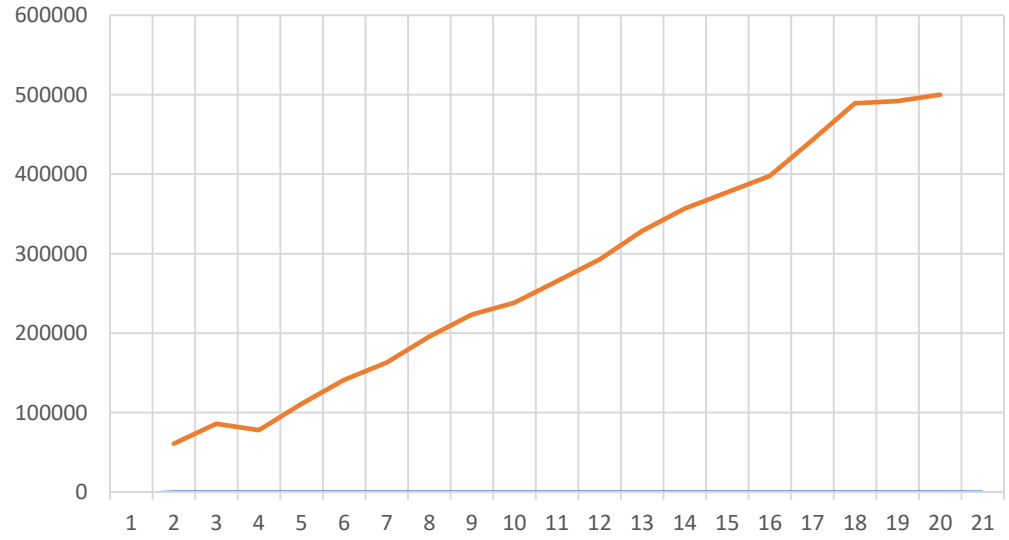
Introduction

In the past two decades, the international landscape of higher education has witnessed a significant surge in the number of students pursuing education abroad. This phenomenon, a hallmark of our increasingly globalized world, offers students not only academic enrichment but also the potential for substantial career advancement. However, amid the growing statistics of international education, it's imperative to explore the deeper implications and real-world impacts of such trends, particularly in nuanced contexts like China. This research article delves into the dynamic and complex landscape of international students in China. Our study aims to illuminate the experiences of these students within the framework of the Chinese government's evolving policies towards them. A critical aspect of our research is to examine and measure the degree of satisfaction among these international students, a metric that offers insights into the efficacy and impact of these policies. Beyond the individual experiences, our study extends to exploring the interaction between international students and local communities in China. This aspect is crucial in understanding the broader socio-cultural dynamics at play and the extent of cultural exchange and adaptation. Furthermore, our research critically evaluates whether China's approach to international education aligns with its long-term strategic goals. By doing so, we seek to contribute to a deeper understanding of international education policies and their real-world ramifications. This evaluation is not only pertinent to academic discourse but also to policymakers and educational institutions in China and beyond. In addressing these elements, our study provides a comprehensive view of the current state of international education in China. It offers a unique perspective on the experiences of international students, the strategies employed by the Chinese government, and the overall success of these initiatives in achieving China's educational and diplomatic objectives.

The recent surge in international student enrollments in China represents a significant trend with far-reaching implications in the realms of education, economics, and international politics. This phenomenon is not merely a statistical highlight; it embodies the intersection of global educational

aspirations and national policy objectives. Yet, despite the extensive data and growing interest in this area, there remains a notable gap in comprehensively understanding the lived experiences of these international students and the extent to which China's educational policies meet their expectations and academic goals. China's strategy in recruiting international students is a cornerstone of its efforts to internationalize its higher education institutions (Verbik, Lasanowski et al. 2007). This strategy is reflective of broader global trends in education, where cross-border academic mobility is increasingly seen as a lever for cultural exchange, economic development, and geopolitical influence. However, the effectiveness of this strategy in achieving its intended outcomes is not just about numbers; it hinges on the quality of experiences and satisfaction levels of the international students themselves. In addressing this gap, our study aims to provide an in-depth exploration of the international student experience in China. We seek to understand how China's educational policies, aimed at attracting and accommodating these students, align with their personal and academic aspirations. Our research delves into various dimensions of their experiences - from academic engagement to cultural adaptation, and from interpersonal interactions to career prospects post-graduation. Through this exploration, we aim to contribute to a more nuanced understanding of the impact of educational policies on international students and to inform ongoing debates about the role of higher education in global diplomacy and cultural exchange. This study is particularly timely and relevant, given the increasing emphasis on educational exchange as a tool for fostering global understanding and collaboration.

Number of International Students in China



* Source: Project atlas, http:// www.iie.org/Services/Project-atlas/china/international-Students-in-china.

The Chinese policy toward international students seeking to study abroad has achieved fruitful results. According to recent statistics (Ding 2016), China has transformed from the most significant sender of oversea students to one of the largest recipients. Since Deng Xiao Ping adopted the Reform and Opening-up Policy in 1978, China's political, economic, educational, and social systems and other fields have undergone tremendous development (Xiong, Yang et al. 2022). The Chinese government insisted that the International Student Policy would be more open. During the 19th Party Congress, the CPC Central Committee reported that the decision had been made to implement a human resources-driven country development strategy in addition to a technology-driven development strategy in order to recruit and harness global talent and facilitate their contributions to the country's development. (Ma and Zhao 2018) Late in 2014, at the National Work Conference on Studying Abroad, Chinese President Xi Jinping issued major commands concerning foreign education exchange programs, advocating for the first time that student accessibility should be enabled for

students traveling abroad and coming to China. (Economy 2018). Our research holds significance in illuminating the often-unseen aspects of international education in China. By analyzing the policies, experiences, and outcomes of international students, we contribute to the broader discourse on internationalization in higher education and its impact on China's global standing.

Historical Background

China's engagement with international students has a rich and varied history, tracing back nearly 1400 years to the Sui Dynasty (581–618 AD) (Hawthorne 2014). This long-standing tradition has evolved through several distinct phases, particularly since the establishment of the People's Republic of China (PRC) in October 1949. Each phase reflects broader shifts in China's political, economic, and diplomatic landscapes, offering a contextual backdrop to its current international education policies. In the early years of the PRC, China's educational exchange primarily involved socialist countries in Eastern Europe and its ally, the former Soviet Union. This period was characterized by a significant growth in international student exchanges, underpinned by ideological and political alignments. The Bandung Conference in 1954 marked a turning point, as China extended its educational outreach to include students from developing countries in Asia, Africa, and Latin America. This move was part of a broader commitment to solidarity with the developing world and represented an early indication of China's global educational ambitions (Tan and Acharya 2008).
However, these initial efforts were constrained by China's then-lower tertiary education standards and limited global engagement. The situation began to change dramatically in the 1970s, following the reestablishment of formal diplomatic relations with 124 countries. This diplomatic shift paved the way for a more diverse and expansive international student body in China. The most transformative period for international student education in China commenced with the Reform and Opening-Up Policies initiated in 1978. These policies not only catalyzed economic growth and modernization but also had profound implications for the higher education sector. The introduction of the 1979 Regulations on Work Related to International Students and the 1979 Charge Standards for Self-paying International Students were critical milestones. They marked the beginning of a new era in which China actively sought to attract and accommodate self-financed international students from around the world. This historical journey has shaped the current landscape of international student education in China. The evolution from a modest participant in international education to one of its key global players is reflective of China's broader aspirations and strategic objectives. Understanding this historical context is essential in comprehensively analyzing China's current policies and practices regarding international students and their experiences.

From 1990 to 1998, China's approach to international student education underwent a significant transformation, marked by the introduction of new administrative structures and incentive mechanisms. A pivotal development in this era was the establishment of the China Scholarship Council (CSC) in 1996 by the Ministry of Education. The CSC played a crucial role in managing funds allocated for both Chinese students studying abroad and international students wishing to pursue their education in China. This period was characterized by a noticeable acceleration in the growth of international student education within the country. Entering the twenty-first century, China witnessed a remarkable expansion in its international student education sector. This expansion was evident in the dramatic increase in the number of international students and the growing proportion of these students enrolling in degree programs at Chinese universities. By 2015, 46.47% of all international students in China, amounting to 184,799 individuals, were enrolled in degree programs, marking a significant 12.41% increase from the previous year (Jiani 2017). This phase was characterized by several key trends:
A notable increase in the number of higher education institutions in China admitting international students.
A broader diversity in the nationalities of students coming to China, reflecting the country's growing global educational appeal.

An expansion in Chinese government scholarships and the establishment of bilateral educational partnerships with foreign countries.

President Xi Jinping's emphasis on the importance of student mobility in foreign education exchange programs (Economy 2018) signaled a clear commitment from the Chinese leadership towards the internationalization of education. This stance was further reinforced by the State Council's issuance of the Overall Plan for Coordinating and Advancing the Construction of First-Class Universities and First-Class Disciplines in 2015 (Jiani 2017). This plan underscores China's ambition to elevate its higher education institutions to a globally recognized, world-class status. Moreover, in positioning itself as a nation dedicated to higher education, China has embraced globalization as a strategic priority. This approach is aimed not only at enhancing China's international competitiveness but also at increasing its influence in global educational discourse. By leveraging its Confucian model, Mainland China exercises significant state-driven authority in allocating resources and setting objectives. This centralized approach has enabled an accelerated investment in developing world-class universities and disciplines, further cementing China's position in the global educational landscape.

Literature Review

International students' decision to study in China is influenced by a variety of factors. Previous research has categorized these factors into three main groups:

Academic Factors: Academic quality and international recognition play a significant role in attracting international students to Chinese institutions. Key factors include the quality of the learning environment, the expertise of academic staff, and the availability of scholarships from Chinese government/universities. Additionally, many students aim to obtain international qualifications.

Economic Factors: Economic considerations, such as the cost of living and tuition fees in China, also impact students' decisions. These financial aspects can significantly influence the attractiveness of Chinese universities.

Social and Cultural Factors: Learning the Mandarin language, having friends already studying in China, parental preferences for Chinese education, and financial incentives are among the social and cultural factors that influence students. The appeal of China's growing economy, effective bilateral trade relationships, mutual recognition at the bilateral level, Chinese culture, educational cooperation policies, global trends related to China, and the "China Craze" also contribute to students' choices.

Life satisfaction among international students in China depends on several factors, including:

Academic Factors: Quality of education, language barriers, and campus support services impact students' satisfaction. Some students report satisfaction with teaching quality, while others express dissatisfaction or find it to be average.

Social Factors: Social integration with Chinese students and perceptions of discrimination can affect life satisfaction. While some students report satisfaction with their experiences, others face challenges related to racism and discrimination.

Financial Stressors: Many international students, even those on scholarships, desire part-time work to support themselves due to financial constraints.

Moreover, cultural adaptation plays a significant role in international students' experiences in China:

Positive aspects of cultural adaptation include an appreciation for Chinese cuisine, the beauty of Chinese landscapes, traditional festivals, affordable goods, and the vitality of Chinese youth.

Negative aspects encompass perceptions of discrimination, information control, internet censorship, human rights issues, Chinese thinking patterns, and superstitions. Some international students also express disapproval of urban density, environmental pollution, physical appearances, counterfeit products, and daily inconveniences.

It's important to note that international students actively engage in cultural learning while disapproving of aspects that contradict their values and practices. They often bring their own anti-discrimination teachings from their home countries, leading to negative opinions when certain

elements of Chinese culture conflict with their values. In summary, international students' decisions to study in China are influenced by a range of factors, and their life satisfaction and cultural adaptation experiences in China are shaped by various academic, social, and financial aspects, as well as cultural factors. These considerations offer valuable insights into the complex interplay of factors affecting international students in China.

The Chinese Policy Towards the International Students:

Education as soft power

In 2007, Yang Rui, a lecturer in education at Monash University in Australia, wrote an overview note on China's growing soft power in education. China is currently rapidly filling this role, which was previously held by Great Britain at the height of its imperial power and by the United States since the 1950s “Training future generations of intellectuals, technicians, and political elites from other nations is a subtle yet important form of soft power”(Lahiri 2022). According to the most recent data, China is transforming from being one of the top senders to one of the top recipients of international students, particularly from low- and middle-income countries. There are over 274 Chinese universities offering scholarships for international students annually (scholarships 2018). According to China’s Ministry of education, just before the pandemic hit, nearly half a million international students were studying in China, 60% of them from Asian countries, with South Korea being the top source of students in the region; another 16% came from African nations(Lahiri 2022). Nowadays, many online services help international students get into English-language graduate programs or medical programs that are approved to accept international students in China. Vast numbers of overseas students award full or partial scholarships, but some pay for their own education, often using savings or loans from their families. According to the Department of International Cooperation in the Ministry of Education, the Chinese government has offered at least 11 scholarship programs, including both full and partial scholarships, for international students and scholars in China since 2001.(China 2001). Such as the Chinese Government Scholarship (CSC Scholarship that was established in 1996)(Fedasiuk and Technology 2020), Chinese Provincial Government Scholarships, Confucius Institute Scholarship (CIS), Scholarships for high school students in China, Postdoctoral Scholarships in China, ANSO scholarships, One Belt Road Scholarships, Universities Presential Scholarships, etc. (Rear 2022). According to the China Scholarship Council (CSC), there is a broad range of courses in history, literature, philosophy, economics, legal studies, management, agriculture, engineering, science, and the fine arts at all levels(Times and Yan 2018). Due to what was mentioned above, international students have received many scholarships from the Chinese government for over 50 years(Qing 2011). Furthermore, all of these institutions related to Chinese scholarships are run by the Chinese government and are non-profit institutions. In short, the Chinese scholarships are seen as a way for the Chinese government to carry out its objectives to use education as a soft power to reach their goals.

The CSC's primary task is to provide scholarships to international students who want to study in China. The National Scholarship Fund (NSF) received USD 469 million (3.32 billion RMB) in total in 2018(Times and Yan 2018). All Chinese government scholarships offer free tuition, room and board, and a monthly stipend of $350–500 USD (2,500–3,500 RMB)(Fedasiuk and Technology 2020). Students may not leave China for more than 15 days while receiving the scholarship funds(Council 2020). The Chinese government announced its intention in 2014 to become the biggest and the top destination country in Asia for overseas education by 2020, with half a million students studying on the Chinese mainland, among whom 150,000 should be studying for higher education diplomas. According to recent data that shows China is the second top destination for international students in 2022, but in high-quality teaching is ranked as the top in Asia in 2022, while ranked third of the top in Culture and lifestyle(educations.com 2022).

Some others claimed that by 2017-2018, China had achieved the goal of being the top destination for international students in Asia(Qi 2021). The goals of the Chinese government cannot be achieved alone by promotion, increased enrollment, and more scholarships, Xiong noted. "Many universities pursue a variety of strategies, including increased scholarships, lowered entrance requirements, and test standards, to expand the so-called size of the international student body and the internationalization of local schools, but this results in students of a lower caliber." "The solution should be establishing a modern higher education

system that corresponds with global standards and gives the Chinese universities the autonomy they need to fully participate in the global competition in higher education(Guest 2014)." Xiong Kunxin, a former professor at Beijing's Minzu University of China, said “It is natural for the budget to go up as the country becomes more attractive to international students”. “Such a decent budget outlay shows the country's determination to enhance its soft power, and that will pay off in the long run”, Xiong said. "When you go back to your country after studying and living in China, you are not the same and can inspire others to come for a visit, to invest in a business or to start studying Chinese as we did before(Times and Yan 2018)", which is great for China reputation and the value of education in the Chinese universities and institutions.

Challenges and Prosperity

The Chinese government creates several scholarship programs to provide financial aid for overseas students and scholars to pursue studies and research in Chinese higher education institutions to encourage understanding and friendship between Chinese people and people from all over the world. The Chinese government is recruiting international students as a way to brighten the image of China or, in other words, education as soft power. Country image (CI) is seen as a critical component of soft power. CI is also seen as one of a country's political and economic capitals, which indicates a country's position in the world(Wang 2006). Additionally, CI could have economic, cultural, and political benefits. (Chen, Zhu et al. 2020). To promote the global reputation and facilitate active cross-cultural communication, every country has been concerned with its own international image and that’s what China is doing. To determine the success of the scholarship programs, and students’ satisfaction with the scholarship is frequently used. The Chinese government uses this indicator to analyze its scholarship program's effectiveness and make decisions. Instead, decision-makers in China will base their decisions on inaccurate or misleading information, which could result in poor choices. Understanding how international students feel about the scholarship program is crucial for this reason. Latief & Lefen China is concerned with its international image in order to enhance its global reputation and facilitate active cross-cultural communication. in their study find that, for the international students who are doing their studies in Beijing and Shanghai were satisfied with the Chinese Government Scholarship and their educational experience in China(Latief and Lefen 2018). Here, we can confirm the same results according to our findings related to the value and environment of the Chinese universities. But when talking about life in China, our findings are different from Latief & Lefen(Latief and Lefen 2018) findings why? What is the situation of those international students living in Beijing and Shanghai why? in our finding here are the questions? Maybe due to the geographical difference, we targeted different samples and students in Gansu Province.

The Chinese scholarship program encourages the development of talent that promotes the prosperity of the students' own countries. Additionally, it makes international trade, economic, scientific, and technical cooperation possible. When international students complete their studies, China will have a lot of talented graduates who either hire them in the Chinese companies and institutions or they will back their homes with plentiful knowledge. Backing their homes with abundant knowledge will bring a good reputation to China and the value of education in China and motivate others to take the same journey to China. As a result of these continuous efforts, the Chinese government has been able to attract international students, which reflects that the Chinese policy will succeed in reality and will achieve its intended objective in the near future. The Chinese government needs to comprehensively reform the education system to improve its approach, apply more reforms, and update its policy. Reforms supposed to include plans for converting a planned economy into a market economy and improvements to the educational system for international students. To get there from here, these goals and prosperity can be achieved by (1) educating the Chinese public on the value of international students, (2) learning from the experiences of other countries that offer these scholarship programs and how they take advantage of the leading models of distinguished international students and learning from the experiences of other countries that offer these scholarship programs and how they utilize them to serve their agendas. (3) Gradual increase in scholarship

program funding regarding the students' financial background to balance their financial status in China and their own home, cover daily expenses and allow international students to focus on the educational aspect and nothing else. (4) Establishing an educational system that keeps pace with international standards and includes plans for successful interaction with international students inside and outside the study hall. (5) Efforts should be made to introduce English in all professions and fields, as international students' Chinese language proficiency is insufficient for their desired academic accomplishment. Some students may become unmotivated and seek assistance from others to fulfill their academic obligations as a result.

As a result of the Chinese government's effort to globalize Chinese universities and the value of education, Chinese universities have steadily increased in worldwide university academic rankings. According to the most recent Quacquarelli Symonds (QS) rankings for 2022, Tsinghua University, one of the top universities in China, is ranked seventeenth in the world, passing Cornell University, Columbia University, and Princeton University, among others. The outstanding achievement of Tsinghua University is not unique. In fact, six mainland Chinese universities are listed among the top 100 in the world, as compared to only two mainland Chinese universities in 2010.(Symonds 2021). Moreover, international students in China play crucial roles in enabling other countries in forming an unbiased picture of China's perspective, and exchange study programs are necessary for maintaining stable and strong ties between countries for which the Chinese government works.(Zhao, You et al. 2022). The latest survey by a Chinese non-government think tank indicates that the majority of international students studying in China will pursue careers in China or work for Chinese institutions overseas after graduation. According to the survey, 62.32 % of international students studying in China are planning on working in China, and 73% are hoping to be employed by Chinese institutions and companies. Furthermore, the survey indicates that international students are interested in all types of employers, including companies, diplomatic agencies, international intergovernmental organizations, public service agencies, and non-governmental organizations(Times 2022). China needs to attract international talent in order to engage more actively in global governance. According to CCG, international education is also a market-oriented industry that can contribute to economic growth in China.

Methods

Study design:

In order to assess the attitudes of international students toward Chinese policy, we conducted a Web-based questionnaire, which was designed and spread among a large number of international students. Most participants were enrolled in universities in Gansu Province, particularly in Lanzhou city. The universities included Lanzhou University, Gansu Agricultural University, Lanzhou Jiao Tong University, Northwest University for Nationalities, Lanzhou University of Technology, Northwest Normal University, and Gansu Institute of Political Science and Law, as well as some other universities in Lanzhou city. Participants in this questionnaire ranged widely in age, nationality, education levels, and gender. Several international students were asked to fill out the survey (more than 300 students). The participants' responses were analyzed using a quantitative research design, the "GraphPad Prism 8" software, and the results were adequately represented using Microsoft Excel 365.

Questionnaire design:

The questionnaire was designed with a total of 25 direct multiple-choice questions. The questionnaire began with questions about the demographic characteristics of the participants, such as country of origin, educational level, the participants' attitude toward living and studying, Chinese policy and regulations in China, the source of study funds, and the Chinese attitude toward international students. The questions were put into six main groups; the first one was concerned with participants' initial information, including age, nationality, gender, and educational level. The second group dealt with the attitude of international students toward Chinese policies and regulations. Additionally, the third one discusses international students and labor markets. Likewise, the third

group was about the Chinese attitude toward international students. On the other hand, the fourth group discussed the attitude of international students toward living and studying in China. The questionnaire was designed using a Google forms questionnaire and spread among the participants via WeChat groups or personally as well as e-mails.

Results

The questionnaire was given to the participants, as stated earlier. The positive responses (170 responses) were collected and analyzed according to the questionnaire's initial classification as follows:

1.1. Participants' information

The first group of questions were assigned to collect the initial or demographic information of the participants including their gender, age, level of education, and origin. **Table (1)** shows the detailed information.

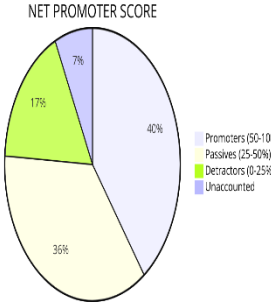
Table 1. Demographic information of surveys' participants.

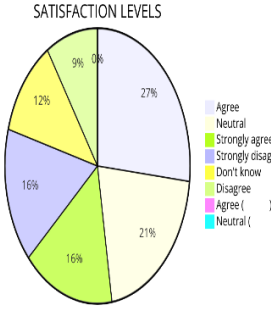
Gender	**Male**	**Female**	**Total**		
	108 (64%)	62 (36%)	170 (100%)		
Age	**18 – 24y**	**25 – 30y**	**31 – 40y**	**> 40y**	**Total**
	40 (24%)	87 (51%)	39 (23%)	4 (2%)	170 (100%)
Education	**Lang & Cult.**	**Undergraduate**	**Masters**	**Ph.D.**	**Total**
	1 (%)	83 (49%)	66 (39%)	20 (12%)	170 (100%)
Origin	**Asia**	**Africa**	**Europe**	**America**	**Total**
	117 (69%)	42 (25%)	4 (2%)	7 (4%)	170 (100%)

Variable: n (%).
Lang & Cult: Chinese Language and Culture.

1.2. The attitude of international students toward the Chinese policies and regulations

Some overseas students in China are unconcerned with the country's rules and regulations. This may lead to serious consequences, including losing a student's scholarship or residence visa. We assessed the participants' awareness of Chinese policies and regulations by asking some questions. As shown in (**Fig. 1A**), the majority of participants declared they are aware of policies and regulations in various ratios compared to (17%) who have not enough awareness. On the other hand, considering whether the laws and regulations provide sufficient freedom, 40% of participants agreed, fewer than 30% disagreed, and around 27% preferred to remain neutral. The other participants had alternative viewpoints **(Fig. 1B)**. More interestingly, when asked about the need for changing policies and regulations toward international students, almost 70% supported the concept of changing some rules, while fewer than 30% replied they didn't know **(Fig. 1C)**.





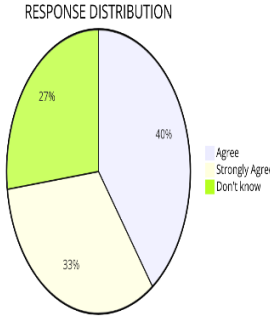


Fig.1. The attitude of international students toward the Chinese policies and regulations. (A) The percentage of knowing Chinese policies and regulations. (B) The percentage of freedom in the Chinese policies and regulations toward the international students. (C) The need for changing policies and regulations toward international students. All data were shown in the figure as a percentage (%) of the total number of participants.

Table. 2. Participants' response regarding the Chinese Policy

Category	NET PROMOTER SCORE	SATISFACTION LEVELS	RESPONSE DISTRIBUTION
Promoters	40 %	-	-
Passives	36 %	-	-
Detractors	17 %	-	-
Unaccounted	7 %	-	-
Strongly Agree	-	33 %	27 %
Agree	-	40 %	40 %
Neutral	-	27 %	-
Don't know	-		27 %
Disagree	-	9 %	-
Strongly Disagree	-	16 %	-

1.3. The attitude of international students toward living and studying in China

In order to decide the attitude of international students toward living and studying in China, we included several questions on the subject. The majority of participants were satisfied with their living and studying conditions in China; however, their happiness levels varied. Only 5% were dissatisfied and unhappy while staying in China, whereas around 20% were either neutral or had alternate opinions (**Fig.2A**). Lesser than 19% of the total participants would not suggest China as an educational affiliation, while the remaining participants stated they would absolutely recommend China to their partners, family, and friends (**Fig.2B**). In addition, among the total number of participants, as shown in (**Fig.2C**), only 14.5% found China to be the same as they had anticipated, 76.5% considered it to be not precisely the same or somehow different, and 10% of them had a different outlook. Consequently, over 50% of them believed they owed China and should repay the debt, compared to 23% who did not feel obligated to repay anything, and 17% who did not know or less than 10% with a different perspective (**Figure 2D**).

According to (**Fig.2E**), over 90% of the participants feel homesick here in China, and less than 5% never felt homesick, while the rest have other feelings. Regarding the attitude toward the Chinese Universities' environment, over 90% of the participants swung between very good and normal, while a few thoughts it was not all that nice (**Fig.2F**). Moreover, (**Fig.2G**) indicates that fewer than 40% believed they had the chance they deserved by coming to China, and 36% stayed neutral; conversely, the minority thought they did not. Additionally, as in (**Fig.2H**), nearly 60% of the participants did not regret coming to China, and some were happy with this decision, compared to 11% who felt regret or around 30% who stayed neutral. Finally, the total percentage of the participant who felt lucky by coming to China exceeded 85% as in (**Fig.2I**), and lesser than 15% felt unlucky or neutral.

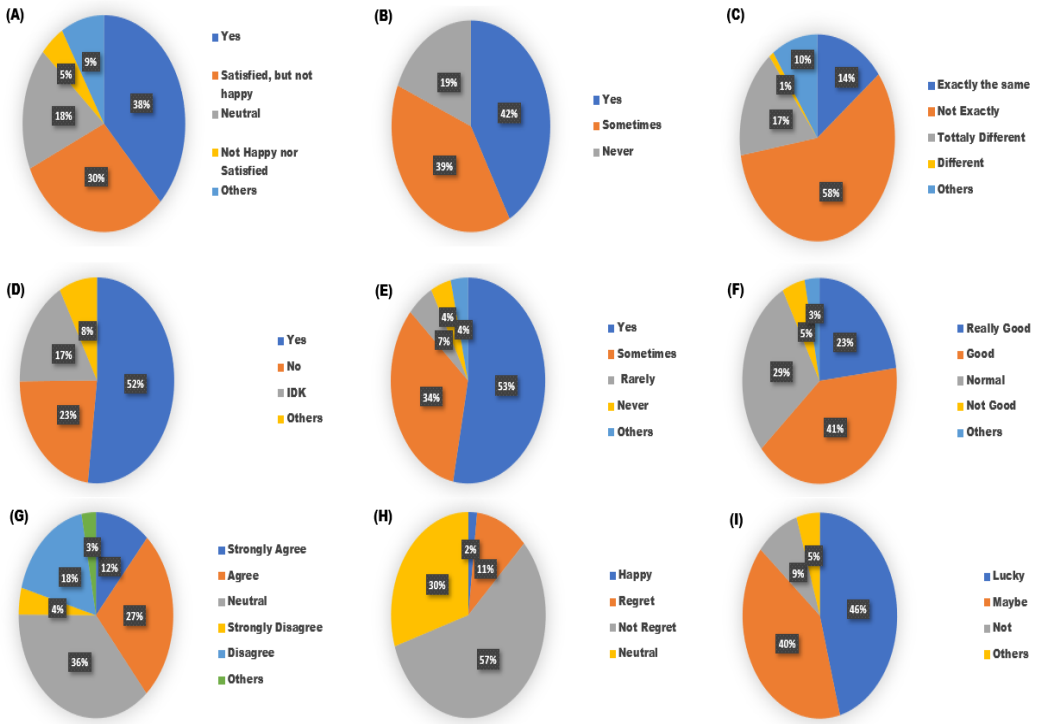


Fig.2. The attitude of international students toward living and studying in Chinese. (A) International happiness and satisfaction while living in China. (B) Recommend China as an educational affiliation for family, friends, and countrymates. (C) If China, in reality, resembled the imaginary image. (D) Feeling obligated to repay a debt. (E) Feeling Homesick while living in China. (F) The attitude toward the environment of Chinese Universities. (G) The attitude toward getting the chance they deserved. (H) Regretting the decision to travel to China. (I) Feeling lucky to be in China. All data were shown in the figure as a percentage (%) of the total number of participants.

Table. 3. Participants' Responses about their perception about life and reactions of China and China's policy regarding international students in China

Category	A	B	C	D	E	F	G	H
Yes	38%	42 %	-	52 %	53 %	-	-	-
No	-	-	-	23 %	-	-	-	-
Sometimes	-	39 %	-	-	34 %	-	-	-
Rarely	-	-	-	-	4 %	-	-	-
Never	-	19 %	-	-	4 %	-	-	-
Satisfied, but not happy	30 %	-	-	-	-	-	-	-
Neutral	18 %	-	-	-	-	-	27 %	-
Not Happy nor Satisfied	5 %	-	-	-	-	-	-	-
Strongly Agree	-	-	-	-		-	36%	-
Agree	-	-	-	-	-	-	27 %	-
Disagree	-	-	-	-	-	-	18 %	-
Strongly Disagree	-	-	-	-	-	-	12 %	-
Happy	-	-	-	-	-	-	-	57 %
Regret	-	-	-	-	-	-	-	30 %
Not Regret	-	-	-	-	-	-	-	11 %
Lucky	-	-	-	-	-	-	-	-
Maybe	-	-	-	-	-	-	-	-

Not	-	-	-	-	-	--	-	-
Exactly the same	-	-	58 %	-	-	-	-	-
Not Exactly	-	-	14 %	-	-	-	-	-
Totally Different	-	-	17 %	-	-	-	-	-
Different	-	-	10 %	-	-	-	-	-
Really Good	-	-	-	-	-	41 %	-	-
Good	-	-	-	-	-	29 %	-	-
Normal	-	-	-	-	-	23 %	-	-
Not Good	-	-	-	-	-	5 %	-	-
Others	9 %	-	1 %	8 %	5 %	3 %	4 %	2 %

Discussion

The Chinese government will continue to update its policy regarding international students and make it more accessible to attract more students and better accommodate them. This article examined China's stance toward international students and the international response to that policy. The qualitative approach was applied to find out the exact reaction of international students and their impression and response to China as a study-abroad destination. This research is comparable to earlier studies exploring international students' satisfaction in China; for example, "Cultural Adaptation as a Sense-Making Experience: International Students in China" by Shiao-Yun Chiang(Chiang and Integration 2015) studied how international students identify with the Chinese socio-cultural system. Nonetheless, this article's new findings contribute to the literature on oversea students' mobility in many significant ways. Many previous studies and researches have proved that international students are satisfied while staying here in China for many reasons. As Jiang Yuen concluded in his article, "China has created several favorable policies designed to attract international students, and Chinese universities have made considerable efforts to increase enrollments" (Jiang, Yuen et al. 2020). In addition, Ding found in his article "Exploring the Experiences of International Students in China" (Ding 2016) that 82.2% further confirmed Shanghai as their first choice of study destination and were satisfied because this study was held in Shanghai. Still, our article was held in Gansu Province, Lanzhou City, so we find that just over 50% of the international students are happy and satisfied with the Chinese policy. Therefore, we can conclude that the majority of international students in China are glad and satisfied in China for a variety of reasons, including the quality of the education in China, the high ranking of Chinese universities, and the growth of the Chinese universities' global ranking. No Chinese universities reached top 200, and only nine made the top 500(Huang and Studies 2011) , when the Academic Ranking of World Universities (ARWU) first published its global ranking in 2003. One Chinese University entered the top 50 in the most current worldwide ranking, two more into the top 100, and 51 were ranked in the top 500(Balatsky and Ekimova 2020). Still, international students in China are unsatisfied with some Chinese people ways of dealing with international students in Lanzhou city. In this context, it is noteworthy to distinguish between the experiences of individuals who have pursued their studies in Lanzhou as opposed to those who have studied in more cosmopolitan cities such as Shanghai, Chengdu, Guangzhou, Beijing, and others, which are characterized by their higher level of development and resources. It is apparent that individuals residing and studying in locations like Lanzhou or the northern regions of China, which are comparatively less developed, often encounter a more challenging set of circumstances compared to their counterparts in more affluent urban centers.

The primary concern revolves around the negative reputation associated with certain segments of the Chinese population and their interactions with international students. These interactions have left a discernibly adverse impression on the perceptions of international students, potentially influencing their overall satisfaction levels. Some overseas students have reported instances of negative encounters and discriminatory treatment in their daily lives. Furthermore, our research

findings reveal that a notable proportion, specifically 30.4%, express satisfaction with their academic pursuits but concurrently harbor dissatisfaction with their overall quality of life.

What is more, this study provides new insights; First, this paper concluded that many aspects could affect the international students' satisfaction and give a good impression on them, resulting in their reaction and satisfaction toward the Chinese policy. One of the vital aspects is the Chinese government's promises to keep updating and making the Chinese policy more open to fit more international students. Besides, in the unique environment of the Chinese universities, they are well equipped with abundant materials that would facilitate their studying and, without doubt, enhance their career. One significant aspect to mention here is that the international students in China are doing their favorite majors that will let them do their best in their favorite field. According to our findings, those doing their dream majors feel happier and more satisfied with the Chinese policy and how international students are treated. In addition, the Chinese strategy is to recruit talented students after graduation. This strategy inspired international students to study harder to get good grades, find better jobs, opportunities and live their ideal lifestyles. Specifically, students from less developed countries saw China as a great opportunity, did not want to return home, and preferred to stay here in China. Those from developed countries like the US, UK, Europe, Canada, etc., regarded China as a treasure that ought to be exploited due to the country's relatively high salary. Moreover, Ding mentioned in his article "Exploring the Experiences of International Students in China" that 59.2% indicated that they would recommend China as a place of study(Ding 2016). According to our questionnaire, 81.3% of respondents would recommend China as a study abroad destination, so We can see that after the "COVID-19" pandemic, international students started to know the actual value of China and Chinese universities. In contrast, most international students who left China in 2019 due to the pandemic are now eager to back to China as soon as possible.

On the other hand, the international students are not satisfied with many things while studying in the China, which could negatively affect their satisfaction. This reason is the main reason that pushed the writer to write this article. After the era of "COVID-19", some of the Chinese, especially those illiterate ones' way of treating foreigners has changed to be worse, and they are somehow afraid of foreigners in general, including international students, particularly those from Africa; I mean with black skin, as proven in our study. Of those who participated in our questionnaire, 64.4% said it changed to be worst, and 74.6% said they received discrimination directly or indirectly. As Chiang mentioned in his study, "international students disapprove of some discriminatory practices in China because they have anti-discrimination education at home" (Chiang and Integration 2015). This attitude made some international students rely on their foreign friends and ask for help from them rather than the Chinese or the police when facing troubles or problems. 54.5% said “they preferred to call their foreign friends; over 30% said they would contact the police or their teachers.” One significant thing we conclude based on the recent study is that a considerable number of international students just care about getting visas to extend their stay in China.

With great respect to the Chinese government and the great effort, but still, lots of work is waiting to be done to make the Chinese policy more open and give international students more freedom. One of the important that I assume most of the international students were waiting for is to let them do part-time jobs officially and grant them official permission. Beginning in 2022, the Chinese government began to permit some international students to work part-time (News 2022). We all hope to make it official to raise the international student's life satisfaction and support their careers, mainly if the part-time work is related to their studies and will help them gain experience. The Chinese government has a long way to go, but a trip of thousands of miles starts with one step. China already had gone through this way and already achieved most of her goals; I; mean if China wants to be the largest receiver of international students.

As with all studies, there are limitations; therefore, the first limitation of this research lies in the sample. The sample of the study consisted of oversea students in Gansu province’s universities. It needs to be clarified to what extent the results are generalized to other students from other universities.

The second limitation is that this study adopted self-report measures that require participants to report on themselves for data collection, which implies that there may be a bias towards the desired response that may inflate the results .However, it was possible to obtain different results if new variables and factors were introduced that could have had an effect on the perception of international students towards these variables and new factors, which would have been reflected in the general perception of Chinese policy, or if the study was conducted over a longer or shorter period of time, or if it was conducted in a different area or at a different time. Although the current research results provide new evidence of the negative impact of the Covid-19 on international students, further research is required to explore additional results and the empirical links between the Chinese Policy regarding international students the international students' satisfaction and, which has a direct impact on the academic performance and life perception of international students .Future research should seek to obtain a more representative sample of foreign students in all Chinese cities and work to cover a larger segment of foreign students with different academic levels to obtain more accurate results. Future research should also be conducted in other educational institutions to determine whether the results of this research apply to different settings and ensure community representation and the generalization of the results. In addition, future research should adopt new data collection tools that do not include self-reporting, making bias towards the desired response almost nonexistent.

Conclusion:

In summary, this study has undertaken a comprehensive exploration of the dimensions of Chinese Government Policy as perceived by a diverse group of international students enrolled in Chinese institutions. The primary objective of this research was to ascertain the general sentiment and satisfaction levels of international students studying in China, thereby shedding light on their preferences and grievances. It is imperative to acknowledge that the experiences shared here encompass both positive and negative facets, transcending the boundaries of origin. China's concerted efforts to attract international students and provide them with an enriching academic and cultural environment have been noteworthy. Both the Chinese government and universities have made substantial strides in augmenting enrollments and enhancing the quality of life for international students during their tenure in China. Of paramount significance is the role of international students' perceptions in shaping China's aspirations to establish itself as a premier global provider of higher education. As the sphere of higher education continues to expand on a global scale, the competition to attract students is intensifying. Consequently, the presence of international students in China has become pivotal to the nation's soft power strategy. The evolution of Chinese government policies, driven by the dual objectives of realizing the "Chinese Dream" and supporting economic growth, has adapted to the dynamic landscape of China's economic, political, and cultural advancement.

Throughout the history of the People's Republic of China since 1949, overseas student education policies have evolved in alignment with national strategies. While there have been shifts in policy perspectives over time, the overarching intent has consistently revolved around the promotion of education as a holistic endeavor. Notably, recent developments demonstrate a transition from closed to open policies, signifying China's significant strides in international student education. Despite this progress, various challenges persist, warranting regulatory adjustments aimed at enhancing the lives of international students in China. These efforts must include fostering diversity and improving the quality of international students. Moreover, it is imperative to sustain the competitiveness of international student education in consonance with China's economic and political influence on the global stage. Augmenting the variety and quality of degree-oriented international student education programs remains pivotal to this endeavor. In conclusion, this study offers a comprehensive perspective on Chinese government policies concerning international students and underscores the complex interplay of factors influencing their experiences. These insights are instrumental in appreciating China's ascent as a prominent host country for international students and provide valuable guidance for the future trajectory of its policies and internationalization endeavors.

References

Balatsky, E. and N. J. H. o. t. R. A. o. S. Ekimova (2020). "Global competition of universities in the mirror of international rankings." 90(4): 417-427.
Chen, H., Z. Zhu, F. Qi, Y. Ye, Z. Liu, M. Sun and J. J. I. T. o. B. D. Jin (2020). "Country image in COVID-19 pandemic: a case study of China." 7(1): 81-92.
Chiang, S.-Y. J. J. o. I. M. and Integration (2015). "Cultural adaptation as a sense-making experience: International students in China." 16(2): 397-413.
China, M. o. E. o. t. P. s. R. o. (2001). Regulations of the Department of international cooperation and exchange of the Ministry of education on the administration of Chinese government scholarships.
Council, C. S. J. D. o. (2020). "Introduction to Chinese Government Scholarships." 2.
Ding, X. J. J. o. S. i. i. E. (2016). "Exploring the experiences of international students in China." 20(4): 319-338.
Economy, E. (2018). The third revolution: Xi Jinping and the new Chinese state, Oxford University Press.
educations.com (2022). Top 10 Places in Asia to Study Abroad - 2022.
Fedasiuk, R. J. C. f. S. and E. Technology (2020). "The China Scholarship Council: An Overview."
Guest, W. (2014). International students Eye China to Expand Their Horizon! Education Trends.
Hawthorne, L. J. I. M. (2014). "Indian students and the evolution of the study-migration pathway in Australia." 52(2): 3-19.
Huang, M.-H. J. J. o. L. and I. Studies (2011). "A comparison of three major academic rankings for world universities: From a research evaluation perspective." 9(1).
Jiang, Q., M. Yuen and H. J. I. J. f. t. A. o. C. Horta (2020). "Factors influencing life satisfaction of international students in Mainland China." 42(4): 393-413.
Jiani, M. J. H. E. (2017). "Why and how international students choose Mainland China as a higher education study abroad destination." 74(4): 563-579.
Lahiri, T. (2022). "China has abandoned its foreign students over covid zero."
Latief, R. and L. J. S. Lefen (2018). "Analysis of Chinese government scholarship for international students using analytical hierarchy process (AHP)." 10(7): 2112.
Ma, J. and K. J. H. e. Zhao (2018). "International student education in China: characteristics, challenges, and future trends." 76(4): 735-751.
News, P. (2022). China rolls out limited work rights for international students. The PIE news.
Qi, J. J. T. C. (2021). "How China has been transforming international education to become a leading host of students." 12.
Qing, X. J. B. S. T. (2011). "Discussions on Current Situation of Chinese Government Scholarship Scheme for International Students and Its Monetization Reform." 3: 463-466.
Rear, S. (2022). "China Scholarships for International Students 2023 | Fully Funded | Step by Step Process."
scholarships, C. (2018). "Chinese Government Scholarship." from https://www.chinesescholarshipcouncil.com/.
Symonds, Q. (2021). QS World University Rankings.
Tan, S. S. and A. Acharya (2008). Bandung revisited: the legacy of the 1955 Asian-African conference for international order, Nus Press.
Times, G. (2022). Over 62% of international students in China intend to stay for work : survey.
Times, G. and E. L. Yan (2018). Bigger Chinese scholarships attract foreign students to boost soft power.
Verbik, L., V. J. W. E. N. Lasanowski and Reviews (2007). "International student mobility: Patterns and trends." 20(10): 1-16.
Wang, J. J. P. r. r. (2006). "Managing national reputation and international relations in the global era: Public diplomacy revisited." 32(2): 91-96.

Xiong, W., J. Yang and W. J. C. E. R. Shen (2022). "Higher education reform in China: A comprehensive review of policymaking, implementation, and outcomes since 1978." 101752.
Zhao, X., X. You and S. J. F. i. P. Lin (2022). "China's country image in the eyes of international students from central Asian countries." 13.
Questionnaire Link: https://www.iesabroad.org/study/why/amuni-survey-reslts

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com

محور الدراسات والأبحاث باللغة الاسبانية

La eficiencia del respeto a los datos personales

SAIDI Bouchra

Doctor en derecho privado

Abstracta

El mantenimiento fraudulento no supone una introducción previa irregular. La enumeración textual de los medios para cometer la infracción es lo suficientemente amplia como para abarcar todos los casos de introducción o perman encia en el domicilio ajeno mediante un procedimiento deshonesto. La infracción es intencional. Supone la conciencia de la ausencia de autorización para entrar o permanecer en el lugar privado. La infracción no será retenida cuando el ocupante no se haya opuesto a la presencia del agente o haya dado su consentimiento. La prueba del elemento moral se deduce fácilmente de los hechos en la medida en que estos suponen la realización de maniobras, actos de violencia o el uso de amenazas o coacción, no cabe duda de que al concebir el domicilio como cualquier lugar donde la persona tiene el sentimiento de estar ella sin ninguna otra condición, la jurisprudencia ha dado como finalidad a estos delitos proteger a través de este domicilio la vida privada que alberga. Pero aunque es muy importante, este objetivo no es el único que persiguen estas incriminaciones, ya que estas aseguran al mismo tiempo la defensa de los derechos de toda persona a la tranquilidad y a la seguridad

The efficiency of respect for personal data

Abstract

The legal analysis of the concept will not take us long. It is known that classical jurisprudence does not repress the violation of private life unless its author has committed an offence and his victim has suffered harm. However, today there is a consensus in jurisprudence and doctrine that the right to personal privacy is a subjective right and more precisely a right of personality.

Furthermore, Dean Carbonnier professed on the notion of private life the secret sphere from which one has the power to remove third parties, the right to be left in peace.

Introducción

El análisis jurídico del concepto no nos detendrá mucho. Se sabe que una jurisprudencia clásica no reprime la violación de la vida privada a menos que su autor haya cometido una falta y que su víctima haya sufrido un perjuicio. Sin embargo, hoy en día se coincide en la jurisprudencia y en la doctrina en reconocer en el derecho a la intimidad personal un derecho subjetivo y más precisamente un derecho de la personalidad2830. Además, el decano Carbonnier profesaba sobre la noción de la vida privada «la esfera secreta de donde tendrá el poder de apartar a los terceros, el derecho a ser dejado en paz»2831.

No es la violación de la vida privada, sino de la «intimidad» de la vida privada lo que es más restrictivo, de tal manera que se puede decir que el resultado es prácticamente el mismo. El juez exigía

2830 - J. PRADEL "Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée",. Dalloz,1971, chron. XVIII, p.111.n°6

2831 - M. le CARBONNIER « Droit civil »,. T.1. 8ème éd. 1969,n°71.

una violación intolerable. La investigación se esfuerza por privilegiar los elementos cualitativos y seguir un enfoque extenso; las prácticas a identificar deben ser apreciadas en sus aspectos a veces contradictorios, es decir, en lo que constituyen una garantía para los individuos pero también en lo que, a veces, bloquean el desarrollo. Es indiscutible que los archivos nominativos suscitan temores, y las bases de datos aún más. Sin embargo, apenas se registran quejas motivadas por violaciones de la confidencialidad y no han aumentado en absoluto desde el uso de los ordenadores. Il y a donc là une situation qu'il importe d'éclaircir2832

Sin embargo, en la mayoría de los sistemas jurídicos, los textos tradicionales que se ocupan de las escuchas telefónicas clandestinas e interceptaciones de comunicaciones de datos, solo se centran en la interceptación de las conversaciones o comunicaciones orales2833, y apenas abordan el tratamiento de los datos automatizados. En todos los países, las dificultades que suscita la aplicación de las disposiciones penales son aún más pronunciadas en el ámbito del simple acceso no autorizado a sistemas de tratamiento y almacenamiento de datos. El "simple" acceso no autorizado a un ordenador se refiere al hecho de introducirse en él sin causar a su propietario un daño distinto al de adquirir conocimiento de la información, sin un propósito específico. Es un acto comparable a reproducir una llave o entrar en la casa de otra persona sin causar ningún daño.

Por lo tanto, la delincuencia informática es particularmente difícil de reprimir, en derecho porque las infracciones tradicionales son la mayoría de las veces inadecuadas para los comportamientos informáticos, de hecho, la infracción informática es compleja, técnica, instantánea y a menudo sin rastro. Por eso, el legislador ha ideado nuevas infracciones con el objetivo de prevenir estos comportamientos que atentan contra la integridad de los bienes y las personas2834. se trata del principio ineludible de la privacidad concebido para la protección de los datos personales (I) y su alcance (II)

Yo: La protección de los datos personales como principio del respeto a la vida privada

La ley represiva innova audazmente, en beneficio de la persona física, la protección de sus datos personales. Contribuye a proteger los datos personales, la CNDP colabora con la CNIL francesa y otros organismos internacionales. Antes del tratamiento, dispone de un derecho general a la información, de un derecho a consentir y de un derecho de oposición. Durante el tratamiento, puede acceder a los datos tratados, solicitar su comunicación, rectificación y eliminación. En caso de violación de sus derechos, puede presentar denuncias, reclamaciones o peticiones y puede acudir a los tribunales judiciales. De hecho, se ha puesto en marcha todo para que el interesado pueda ejercer un control sobre los datos que le conciernen y que están siendo tratados2835. La protección asegurada por el derecho al respeto de la vida privada tiene dos vertientes2836, En primer lugar, permite no

2832 - F. GALLOUEDEC-GENUYS et Herbert MAISL « le secret des fichiers »,. Préf. Bernard CHENOT.éd.CUJAS.1976.p.6-7.

2833 - M. BRIAT « La délinquance informatique : aspects de droit comparé ». Actes du VIII° congrès de l'Association française de droit pénal organisé du 28 au 30 novembre 1985 à l'université de Grenoble., Economica 1986.p. 272.

2834 - Y. BISMUTH « Droit de l'informatique, éléments de droit à l'usage des informaticiens »,. Ed. Harmattan.1er oct.2014. p.234.n562

2835 - J. EYNARD, « Les données personnelles : quelle définition pour un régime de protection efficace ? »,.éd. Paris : Michalon. 2013. P. 195.

2836 - F. TERRE, D. FENOUILLET, « Droit civil. Les personnes, Personnalité, Incapacité. Protection », GEMEED. 2012, n° 106, p. 115 « La vie privée peut être envisagée sous deux aspects différents selon qu'il s'agit de la protection de son secret ou de la reconnaissance de son existence ». V. également B. BEIGNIER, « La protection de la vie privée in Libertés et droits fondamentaux », sous la dir. de R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, Dalloz, 15 éd. 2009, n° 316, p. 205, qui évoque l'évolution du droit au respect de la vie privée vers un droit « à l'indépendance », « à la différence »: il ne s'agirait plus seulement de prétendre vivre caché, mais de vivre différemment: P. KAYSER, « La protection de la vie privée par le droit, Protection du secret de la vie privée », Préf H. MAZEAUD, 3ème éd.. Economica, 1995, n° 182-1. p. 344: « La protection de la vie privée comporte deux aspects distincts qui sont complémentaires. Le premier est la protection du secret de la vie privée [...]. La protection de la vie privée comporte, d'autre part, la protection de sa liberté »; D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité, Etude de droit des personnes et de la famille, Thèse. Préf. F. TERRE, L.G.D.J., 2000, t. 327, n° 247, p. 221: « Le droit au respect de la vie privée est entendu, dans le

revelar información que pertenece a la vida privada de la persona y sancionar cualquier divulgación que no haya contado con el consentimiento del interesado. (A). Permite, en segundo lugar, que el individuo disfrute de cierta libertad al poder vivir como le plazca, a salvo de miradas indiscretas2837 y, por lo tanto, dictar las excepciones a la recopilación de datos personales. (B).

A- las condiciones de la recopilación de datos personales

la exigencia de lealtad de la recopilación solo puede satisfacerse si la persona afectada es informada (a), una recopilación de información realizada por los responsables del tratamiento (b) sin el conocimiento de las personas puede considerarse desleal2838

a- La exigencia del consentimiento de la persona afectada

Los detectives privados, al no disponer de poder ni de registro ni de arresto, no pueden siempre llevar la investigación hasta el final. Necesitan la colaboración de la policía, una colaboración que corre el riesgo de ser rechazada, ya que los investigadores de la policía tienden a trabajar en círculos cerrados y son reacios a la idea de colaborar con personas del sector privado.

A través de estas constataciones, los investigadores privados pueden en cualquier momento afectar, en el marco de sus misiones, la vida privada de la persona afectada2839. Además, el artículo 4 de la ley 09-082840 prevé que el tratamiento de los datos de carácter personal solo puede llevarse a cabo si la persona afectada ha dado indudablemente su consentimiento a la operación o al conjunto de las operaciones previstas. Se trata de un consentimiento indudable, lo cual se expresa a través de la revelación de la identidad del responsable del tratamiento, la destinación de los datos así como el derecho de acceso y modificación de los datos. Por falta de proteger verdaderamente a la persona afectada, el consentimiento desresponsabiliza con mayor frecuencia al responsable del tratamiento sin ofrecer las garantías de toma de conciencia buscadas2841. Si el consentimiento no permite siempre, en sí mismo, garantizar la protección de la persona afectada, tampoco ofrece al responsable del tratamiento una verdadera garantía para asegurar su tratamiento.

el consentimiento aparece como la base del tratamiento de los datos personales, el eje de la prohibición de procesar los datos personales de un asegurado sin su consentimiento. Se deduciría de manera exclusiva una decisión produciendo efectos jurídicos respecto a una persona o afectándola de manera similar o significativa2842. El consentimiento explícito de la persona afectada, el asegurado, en este caso, está estipulado además por el artículo 447-1 del código penal2843. En este sentido, es necesario señalar que se contempla aquí en última instancia, aunque no se pueda deducir ninguna jerarquía,

---

droit et la société d'aujourd'hui, comme un droit à deux facettes. [...]. Selon une conception stricte, il s'agit d'un droit de contrôle portant sur des informations personnelles ; selon une conception large, il constitue une véritable liberté »; S. ABRAVANEL-JOLLY, La protection du secret en droit des personnes et de la famille. Préf. L. MAYAUX, Defrénois, 2005, t. 10, n° 719, p. 204: « On est ainsi amené à conclure que la protection de la vie privée comporte deux aspects distincts qui sont complémentaires. Le premier est la protection du secret de la vie privée [...]. Le second est la protection de la liberté de la vie privée ». in Émilie LINGLIN « corps humain et assurances de personnes »,. Th.univ. Panthéon Assas. 2 juillet 2014.n°41.p. 47

2837 - Ibid

2838 - « voix, image et protection des données personnelles »,. Commission nationales de l'informatique et des libertés. éd. documentation française. P. 59.

2839 - Article 20 de la loi 09-08 « Lorsqu'il apparaît à la Commission nationale, à l'examen de la déclaration qui lui est fournie, que le traitement envisagé présente des dangers manifestes pour le respect et la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ces données font l'objet ou peuvent faire l'objet, elle décide de soumettre ledit traitement au régime d'autorisation préalable».

2840 - Dahir nº 1-09-15 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

2841 - « Droit des données personnelles »,. DALLOZ DÉCRYPTAGE. 2019. P. 143.

2842 - « Droit des données personnelles », op.cit. P. 151

2843 - Les dispositions des articles 447-1, 44-2 et 447-3 ont été ajoutées en vertu de l'article 5 de la loi n° 103-13, susvisée.

conforme a lo que se ha destacado anteriormente y en condiciones distintas a las requeridas para obtener un consentimiento estándar2844.

El Dahir nº 1-14-175 del 21 rejeb 1441 (16 de marzo de 2020) garantiza2845, en el territorio de cada Parte, a toda persona física, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, y en particular de su derecho a la vida privada, en relación con el tratamiento automatizado de los datos personales que le conciernen. En el ámbito de la cooperación policial y judicial, el consentimiento de la persona afectada tiende a desvanecerse completamente en favor de un control de la licitud del tratamiento de los datos casi exclusivo de la autoridad pública. La concepción subjetivista de los datos se deja de lado, pero más allá, persiste la duda sobre el mantenimiento mismo, en este ámbito, de una categoría de datos personales cuya protección sería reforzada2846 Es el derecho al respeto de la vida privada, en sentido estricto, es decir, entendido como el derecho al respeto de la intimidad que será aquí preferido2847 Cada vez que hay sensibilización de los datos tratados, el asegurado está en condiciones de exigir verdaderas restricciones, particularmente cuando se trata de datos sensibles, médicos o judiciales.

El consentimiento no puede ser «estándar»2848, dicho esto, la necesidad de garantías parece indispensable para la protección de dichos datos. Aunque en un consentimiento tradicional tal voluntad debe ser libre, específica e informada por la cual una persona acepta que los datos personales que la conciernen sean utilizados con fines de prospección directa2849 Tales requisitos pueden ser manifestados y cumplidos llenando un formulario electrónico, enviando un correo electrónico, subiendo un documento escaneado portador de la firma de la persona interesada o utilizando una firma electrónica2850. Un tratamiento de datos de carácter personal es lícito solo si, y en la medida en que, cumple al menos una condición2851, se trata en términos de la ley 09-08 de una obligación2852, suficientemente clara, estipulada por una disposición legal, ya que la contractual no podría fundamentar tal tratamiento, así como no puede aplicarse si no menciona la naturaleza y el objeto del tratamiento2853. El objetivo de esta regla es, por lo tanto, principalmente evitar que los datos sean tratados de manera arbitraria, para cualquier finalidad.

Más delicada es, en cambio, la cuestión del interés legítimo enunciado en los términos de las disposiciones del artículo el artículo 4 al 2.5°2854, el tratamiento no es legítimo a menos que contribuya a la realización de un interés legítimo, podría existir cuando «existe una relación pertinente y apropiada con la persona afectada». El interés debe distinguirse de la finalidad del tratamiento, mientras que la finalidad corresponde al objetivo o a la intención del tratamiento, el interés se entiende

2844 - Art 447-1 CP « une sanction d'emprisonnement de six mois à trois ans d'une amende de 2.000 à 20.000 dirhams, à quiconque procède, sciemment et par tout moyen, y compris les systèmes informatiques, à l'interception, à l'enregistrement, à la diffusion ou à la distribution de paroles ou d'informations émises dans un cadre privé ou confidentiel, sans le consentement de leurs auteurs ».

2845 - « Droit des données personnelles »,. op.cit,. P.152

2846 - Le Dahir nº 1-14-175 du 21 rejeb 1441 (16 mars 2020) portant publication de la Convention européenne nº 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, faite à Strasbourg le 28 janvier 1981, dont le but est de

2847 - « Protection des données personnelles et sécurité nationale, quelles garanties juridiques dans l'utilisation du numérique , à la croisée des droits »,. Cor. O. De DAVID Beauregard- Berthier et A-T KARLSSON. P.79

2848 - « Droit des données personnelles »,.op.cit,. n°921. P. 156.

2849 -Art 10 du Dahir n° 1-09-15 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel

2850 - « Droit des données personnelles »,.op.cit,. P. 156.n°921

2851 - M. VIVANT, B. WARUSFEL, N. MALLET- POUJOL« Le LAMY droit, du numérique »,. éd. 2022. P.320.n°670.

2852 - loi 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel

2853 - « Protection des données personnelles », op.cit,.P. 60.n°1955.

2854- B. DOCQUIR « Le droit de la vie privée »,op.cit. P. 112.n°204

como el desafío más amplio perseguido por el responsable del tratamiento, o el beneficio que obtiene o que la sociedad podría obtener del tratamiento. Desde este punto de vista, los datos personales2855 deben ser solicitados por el responsable del tratamiento y, si existe un interés legítimo, el responsable del tratamiento, al recopilar y almacenar los datos personales, expone a las personas afectadas a riesgos de piratería y divulgación no autorizada que pueden influir en su privacidad y causarles perjuicio2856. El consentimiento no es un derecho adquirido de la protección, en la medida en que ciertos tratamientos son o bien obligatorios o simplemente indispensables para una buena gestión. Es entonces inconcebible o difícilmente concebible condicionar su existencia al buen querer del individuo2857.

b- Las obligaciones de los responsables del tratamiento de datos personales

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estipula: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación». Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. ». Una clara estipulación de la constitución de 2011 a través2858 de su artículo 24 que enuncia: «Toda persona tiene derecho a la protección de su vida privada, el domicilio es inviolable, los registros solo pueden llevarse a cabo en las condiciones y formas previstas por la ley, las comunicaciones privadas, en cualquier forma que sean, son secretas. Solo la justicia puede autorizar, en las condiciones y según las formas previstas por la ley, el acceso a su contenido, su divulgación total o parcial o su invocación a la carga de cualquiera. Está garantizada para todos la libertad de circular y establecerse en el territorio nacional, salir de él y regresar, conforme a la ley. Además de la cuestión de si el responsable del tratamiento está obligado a cumplir con las obligaciones hacia la persona interesada, surge la cuestión de la notificación previa del tratamiento que lleva a cabo. El responsable debe notificar a la autoridad de control, antes de su implementación, cualquier tratamiento totalmente o racionalmente automatizado o cualquier conjunto de tratamiento de este tipo con una finalidad relacionada2859.

Tres condiciones deben cumplirse para que el interés de la comunicación de datos sea irresponsable, se exige estrictamente la legitimidad, la realidad, la precisión y la claridad. El artículo 3, apartado 1-b, de la ley 09-08 relativa al respeto de los datos personales estipula: «Los datos de carácter personal deben ser recogidos para finalidades determinadas, explícitas y legítimas, y no deben ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichas finalidades». Dicho esto, el interés debe ser «aceptable a la luz del derecho»2860.

Además, el artículo 3, apartado 2, establece que los datos personales solo podrían ser solicitados por el responsable y si existe un interés legítimo. Entonces, sin un interés legítimo, el responsable no está obligado a tal solicitud; sin embargo, la prevención del fraude puede ser invocada entre los requisitos del interés legítimo que otorgan al responsable el derecho a acceder a ella. El responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento ven su régimen de responsabilidad alinearse de tal manera que el segundo ya no podrá diluir su propia responsabilidad detrás del primero. Ambos serán

2855 - la section II de la loi 09-08traite la qualité des données et consentement préalable de la personne concernée et plus particulièrement l'article 3

2856- F. MATTATIA « RGPD et droit des données personnelles : enfin un manuel complet sur le nouveau cadre juridique issu du RGPD et de la loi informatique et libertés de 2018 »,op.cit. P.84.

2857- N. MALLET-POUJOL « La place de l'individu dans un monde d'informatique globalisé »., in conseil de l'Europe, conférence européenne sur « la protection des données »., Actes 19-20 novembre 2001, pp. 85 et s,. P. 93.

2858 - Constitution du 1er juillet 2011

2859 - Directive 95/46/CE, art. 18, §1; loi du 8 décembre 1992, art. 17, § 1"; al. 1. Le Dahir n° 1-14-175 du 21 rejeb 1441 (16 mars 2020) portant publication de la Convention européenne n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, faite à Strasbourg le 28 janvier 1981, n'a pas traité une telle considération.

2860 - G29, Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE. In « protection des données personnelles », dossier pratique. Ed. Francis LEFEBVRE. 20 octobre 2018. P.65

responsables en caso de violaciones de las disposiciones de la regulación de Informática y Libertades. Además, la responsabilidad penal personal del dirigente podrá ser comprometida en ciertos casos2861[40]. El responsable del tratamiento ha recopilado datos para ciertos fines, tal como se describe en la declaración o en la solicitud de autorización. Ahora que dispone de ellas, se le prohíbe utilizar posteriormente estos datos de manera incompatible con estas finalidades2862. El artículo primero de la ley 09-08 al 1 delimita el ámbito de aplicación de los datos de carácter personal, se trata de toda información, de cualquier naturaleza que sea e independientemente de su soporte, incluyendo el sonido y la imagen, que se refiera a una persona física identificada o identificable, denominada en adelante «persona interesada». El artículo 7 de la ley 09-08 establece en relación con el derecho de acceso: «La persona interesada, que justifique su identidad, tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento, a intervalos razonables, sin demora y gratuitamente:

a) la confirmación de que los datos personales que le conciernen son o no son objeto de tratamiento, así como información al menos sobre los fines del tratamiento, las categorías de datos que abarca y los destinatarios o categorías de destinatarios a los que se comunican los datos personales;

b) la comunicación, en un formato inteligible, de los datos personales objeto de los tratamientos, así como de toda información disponible sobre el origen de los datos. El responsable del tratamiento puede solicitar a la Comisión Nacional plazos de respuesta a las solicitudes de acceso legítimas y puede oponerse a las solicitudes manifiestamente abusivas, en particular, por su número y su carácter repetitivo. En caso de oposición, la carga de la prueba del carácter manifiestamente abusivo recae en el responsable del tratamiento ante el cual se han hecho estas solicitudes.

c) El conocimiento de la lógica que subyace a todo tratamiento automatizado de los datos personales que le conciernen.

B- las excepciones a la recopilación de datos personales

a- Delimitación del ámbito de la recolección

Cuando una entidad decide implementar un sistema de recopilación de datos personales, está obligada a especificar el objetivo de esta recopilación. Entre los ejemplos frecuentes, el de las cookies es bastante emblemático: se trata de la notificación en un sitio web que pide al internauta su consentimiento para recopilar información sobre su navegación, generalmente con el objetivo de ofrecerle contenidos y publicidad personalizados2863. Es en función de la finalidad del archivo que se evalúan el carácter adecuado, pertinente y no excesivo de los datos recopilados, la duración durante la cual se pueden conservar las informaciones o incluso los destinatarios de estas informaciones2864. la Comisión Nacional de Control de la Protección de Datos de Carácter Personal (CNDP) exige la noción del consentimiento en la protección de datos, El tratamiento de los datos de carácter personal solo puede llevarse a cabo si la persona afectada ha dado indudablemente su consentimiento para la operación o para el conjunto de las operaciones previstas2865 En virtud del artículo 3 al I-(b)-de la ley 09-08, los datos de carácter personal deben ser: recogidos para finalidades determinadas, explícitas y legítimas, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichas finalidades; (c) adecuados, pertinentes y no excesivos, en relación con las finalidades para las cuales son recogidos, y para las cuales son tratados posteriormente; (d) Todas las medidas razonables deben tomarse para que los datos inexactos o incompletos, en relación con los fines para los cuales se recogen y para los cuales se tratan posteriormente, sean eliminados orectificados.

Toda finalidad secreta o implícita debe ser rechazada, así como los tratamientos implementados para

2861 - G. HAAS « Guide juridique sur la protection des données personnelles »,. Data Pro. Avril 2018.p.57

2862 - Y. BISMUTH « Droit de l'informatique, éléments de droit à l'usage des informaticiens »,. éd. Harmattan.1er oct.2014.n°535. p.218

2863 - M -L. DREYFUSS « La révolution digitale dans l'assurance : big data, RGPD, objets connectés, blockchain, assurtech », op.cit. P.184.

2864 - CNIL, 19° Rapport d'activité, p.39.

2865 - Art 4 loi 09-08 relative à la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel

cualquier fin útil. La exigencia se encarna en obligaciones particulares impuestas al responsable del tratamiento, en particular aquellas de informar a la persona afectada sobre el tratamiento y de notificarlo a la autoridad de control, respondiendo a objetivos concretos. Se trata de hacer posible el control del tratamiento, ya que la finalidad se presenta efectivamente como el criterio central de la verificación del respeto de la protección instaurada, tanto el control de la legitimidad de la finalidad como el de la conformidad de los datos tratados con esta última supuesta.
El artículo primero estipula: «Cuando las finalidades y los medios del tratamiento están determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias, el responsable del tratamiento debe ser indicado en la ley de organización y funcionamiento o en el estatuto de la entidad legal o estatutariamente competente para tratar los datos de carácter personal en cuestión». la finalidad debe permitir apreciar la pertinencia de los datos tratados, su proporcionalidad, así como la de la duración de conservación, determinar los destinatarios y, de manera más general, fijar el marco legal y reglamentario aplicable, el cual no se limita a la sola aplicación de la ley de Informática y Libertades2866. Según una doctrina, «el Regulador hoy en día no se enfoca tanto en las "datos personales" en relación con la persona a la que pertenecen, sino en el uso que se les da, o para el cual se han recopilado, tratado y conservado los "datos"2867. Esta afirmación atestigua la necesidad que siente la doctrina, para comprender la evolución de los datos personales, de interesarse en la realidad de los tratamientos y no solo en la noción abstracta de dato personal2868.
El principio de finalidad es la « columna vertebral »2869 de la ley 09-08. No es posible recopilar datos por si acaso, siendo la finalidad el punto de referencia, el estándar de medida del peligro para los derechos y libertades resultantes del tratamiento de datos personales2870. Solo un control estricto de la finalidad de los tratamientos y una represión sin debilidades deben permitir evitar un uso arbitrario y sin límites de las innumerables posibilidades que la informática ofrece en materia de explotación de informaciones nominativas2871. Famosos autores han enseñado que el mismo objetivo de la protección de datos -el respeto de las libertades y derechos fundamentales del individuo- implica que una finalidad de tratamiento no puede violar sin justificación legítima esos derechos y libertades. Por eso, la finalidad perseguida debe ser útil y necesaria a la luz del objeto social de la empresa o del interés general. Tampoco puede provocar una intromisión excesiva en las libertades individuales. Conviene, en efecto, poner en balance el interés de los individuos afectados en ver preservados sus derechos y libertades, y el interés público o privado en proceder al tratamiento de los datos2872.
El responsable del tratamiento que detiene datos de carácter personal no puede desviar esta información de su finalidad durante su registro, clasificación, transmisión o cualquier otra forma de tratamiento2873
El artículo 54 de la ley relativa a la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales prevé una pena de prisión de tres meses a un año y una multa de 20.000 a 200.000

2866 - A. DEBET, J.MASSOT et N. METALLINOS « Informatique et libertés : la protection des données à caractère personnel en droit français et européen »,. Coll. A. DANIS-FATÔME et O. LESOBRE.éd. Lextenso 2015. P.323,n°697.
2867 - M-A. FRISON-ROCHE, « Penser le monde à partir de la notion de ''donnée'' »,.in M-A. ROCHE (dir), « internet, espace d'interrégulation »,.Paris, Dalloz, 2016,p.8
2868 - V. SUZANNE, « L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel »,. Bruxelles, éd.Bruylant,2022. P. 218.n°263.
2869 - J. FRAYSSINET, « Informatique, fichiers et libertés »,. Litec, 1992,n°172 535.
2870 - J. Frayssinet, op.cit.n°168 « Le danger pour les droit et libertés des individus dépend essentiellement de la finalité de l'utilisation des données nominatives et de celles des traitements automatisés »
2871 - R. Gassin, Rép. pén. Dalloz, « Informatique et libertés », 1987, n°336
2872 - M-H. BOULANGER, C. de TERWANGNE, Th. LÉONARD, Y. POULLET, S. LOUVEAUX et D. MOREAU « la protection des données à caractère personnel en droit communautaire »,. J.T.D.E. SEP. 1997.N°41. 5ème année. éd. LARCIER.
2873 - Y. BISMUTH « Droit de l'informatique, éléments de droit à l'usage des informaticiens »,.op.cit,. p.218.n

DH o una de estas dos penas. solamente quien implemente un tratamiento con fines distintos a los declarados o autorizados o someta los datos mencionados a un tratamiento posterior incompatible con los fines declarados o autorizados. Así, la conservación excesiva de los datos personales, el desvío de finalidad son tantas infracciones penales que no pueden ser legitimadas por el consentimiento de la persona afectada. Si el consentimiento de la víctima tiende cada vez más a ser tenido en cuenta en la constitución de las infracciones penales2874, ocupa un lugar reducido entre las incriminaciones penales que buscan garantizar el respeto de la normativa sobre el uso de datos personales. El consentimiento no permite hacer lícitas estas infracciones al oponerse a su constitución o al ser una condición de su justificación. Estas sanciones penales destinadas a garantizar el cumplimiento de la normativa sobre el uso de datos personales constituyen así disposiciones de orden público2875.

b- La prohibición del registro de datos sensibles

Está claro que la informática está alterando en profundidad algunos mecanismos jurídicos tradicionales desde ahora. Esto es particularmente claro cuando cualquier operación tiene como soporte un instrumento escrito2876. Se observa que, en virtud de su derecho de acceso a los datos, el asegurado puede, en particular, solicitar ser informado sobre la lógica que subyace a cualquier tratamiento automatizado de toma de decisiones. El objetivo es aumentar la efectividad de la protección contra las decisiones automatizadas. Según algunos autores, el responsable también debería informar al interesado sobre la lógica subyacente a las decisiones mixtas (parcialmente automatizadas), para que la prescripción legal no se vea vaciada de su sustancia y la persona afectada tenga efectivamente la posibilidad de ejercer sus derechos. La prohibición de tomar una decisión únicamente basada en un tratamiento automatizado se levanta ya sea cuando esta decisión se toma en el marco de un contrato entre el responsable y la persona afectada, ya sea cuando se basa en una disposición legal. El uso de la informática en una investigación penal supone una estandarización particularmente fuerte de la que hay que sopesar, cada vez, las ventajas y desventajas, las ganancias y pérdidas2877. Para los investigadores, la explotación del material informático, ya sean ordenadores o soportes de almacenamiento, constituye una etapa esencial hacia la manifestación de la verdad. Sin embargo, el principal obstáculo en esta operación radica en la explotación del soporte informático por una persona ajena a la investigación. De hecho, dentro de la gran cantidad de información recopilada, es indispensable saber qué datos son susceptibles de facilitar la administración de la prueba de la comisión de la infracción2878.

También es difícil determinar el alcance de la prohibición del registro de la información nominativa relativa a las infracciones y condenas penales, así como a la seguridad pública. El Estado está obligado a proteger para cada individuo el libre desarrollo de su actividad física e intelectual. Debe garantizar a cada uno la libertad individual, mediante medidas preventivas y represivas, medidas que son en sí mismas una restricción de la libertad individual, pero que son legítimas si son las mismas para todos y si no tienen otro propósito y límites que la necesidad de proteger la libertad individual de todos. Toda legislación positiva debe organizar un sistema que garantice poderosamente la libertad individual2879.

Sin embargo, ningún texto de ley marroquí logra regular el tratamiento automatizado de información nominativa relativa a las infracciones, las condenas o las medidas de seguridad. Las disposiciones de

2874 - P. SALVAGE « le consentement en droit pénal »,. RSC. 1991. pp. 699 et s

2875- J. LE CLAINCHE, « Consentement et traitement de données à caractère personnel », préc, sp p. 138; v. aussi plus généralement P. SALVAGE, Le consentement en droit pénal », préc.

2876 - « Informatique et le droit pénal »,. P. CATALÀ .Trv. inst. Sc .crim. Poitiers. vol.I V. éd. CUJAS. 15 nov.1980. p.4

2877 - T. LEONARD. et Y. POULLET., « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution», J.T., 1999, n° 52, note 144.

2878 - « Informatique et le droit pénal »,. Ph. ROBERT, Trav.inst.sc.crim.Poitiers.vol.IV. éd. CUJAS. 15 nov.1980. p. 127.

2879 - Ed. GRAD « Inviolabilité du domicile ».th.univ. Paris. 1905. P.23

la ley 07-03 que complementa el código penal en lo que respecta a las infracciones relativas a los sistemas de tratamiento automatizado de datos proceden a una interpretación amplia de dichos datos.nacidas. « El hecho de acceder, fraudulentamente, en todo o en parte de un sistema de tratamiento automatizadoé »2880.

Sin embargo, una serie de leyes que regulan la materia han sido bien elaboradas por el legislador ffrancés. Además, se han adoptado sucesivamente dos textos de ley con el mismo fin, se trata del artículo 31, apartado 1, de la ley del 6 de enero de 19782881 que dispone: «Salvo disposiciones legislativas contrarias, las jurisdicciones y autoridades públicas que actúan en el marco de sus atribuciones legales, así como, con el dictamen conforme de la comisión nacional, las personas jurídicas que gestionan un servicio público, pueden proceder únicamente al tratamiento automatizado de la información nominativa correspondiente infracciones, condenas o medidas de seguridad » así como el artículo 6 de la ley 80-2 del 4 de enero de 1980 2882que extiende la aplicación de la regla establecida por la primera ley, estipulando « Ningún archivo o recopilación de datos nominativos poseído por cualquier persona o por un servicio del Estado que no dependa del ministerio de justicia podrá mencionar, fuera de los casos y en las condiciones previstos por la ley, juicios o sentencias de condena ».

El acceso se considera una infracción siempre que se realice de manera fraudulenta, es decir, sin derecho, el simple hecho de haber eludido un sistema de seguridad existente constituye un acceso fraudulento. Sin embargo, la ley no impone la implementación de un dispositivo de seguridad para sancionar tal comportamiento2883.

La Corte de París no dice otra cosa2884 « El acceso fraudulento, en el sentido de la ley, abarca todos los modos de penetración irregulares de un sistema, ya sea que el accedente trabaje en la misma máquina pero en otro sistema, que lo haga a distancia o que se conecte a una línea de telecomunicaciones». El simple hecho de entrar es incriminable, como recordó nuevamente la Corte de Apelación de Toulouse2885.

« El acceso a un sistema informatizado de datos cae bajo la ley penal siempre que sea realizado por una persona que no tiene derecho a acceder a él, siendo importante y real que se otorgue a los ciudadanos para que puedan ser capaces de controlar ellos mismos el uso de la información que se recopila de ellos, discutirla y controlar su uso. »

La nueva ley ofrece un marco de protección para las libertades individuales, pero sería necesario que los individuos sean conscientes de que tienen libertades y derechos que proteger y hacer valer, y que se les proporcionen los medios para ejercer realmente este control2886. El ejercicio de este derecho implica, de hecho, que los resultados de un tratamiento automatizado se oponen a una persona, sea cual sea el objeto de dicho tratamiento. Esta persona tiene en este caso el derecho de conocer y de impugnar, tanto la información como los razonamientos utilizados por el tratamiento. Este derecho no está limitado, por lo tanto, a la información nominativa, pero solo puede ejercerse en relación con los tratamientos automatizados2887.

La interpretación de los textos de ley implica excepciones a la prohibición del registro de la información nominativa relativa a las infracciones, condenas y medidas de seguridad. El derecho a la

2880 - Article 607-3 du code pénal

2881 - Loi 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

2882 - Loi 4 janvier 1980 relative à l'automatisation du casier judiciaire.

2883 - A. BENSOUSSAN « informatique, télécoms,internet : réglementation, contrats, fiscalité, assurance, santé, fraude, communications électroniques, intelligence artificielle et robotique ».,op.cit. P. 10:30.°50:30.

2884 - CA, 11 ch 5 avr. 1994, JCP E 1995, I, n° 461, obs VIVANT et Le STANC, LPA 1995, n° 80, p. 13, obs. Alvarez.

2885 - CA, 3 ch. 21 janv. 1999, Juris-Data, n° 1999-040054

2886 - « Commission dirigée par MM. Hérissé et Pintrand, avocats à la Cour ». Gaz. Pal. du 24 mars 1973, n° 82-83.

2887 - Art 27 constitution Maroc.

información solo puede ser limitado por la ley, con el fin de asegurar la protección de todo lo que concierne a la defensa nacional, la seguridad interior y exterior del Estado, así como la vida privada de las personas, y de prevenir la violación de los derechos y libertades enunciados en la presente Constitución2888.

II- el alcance de la protección de los datos personales

La extensión de la protección no siempre es la misma porque depende de su propósito, puede tener como fin, y esta es la situación más frecuente, proteger el secreto de la vida privada de las personas2889 contra investigaciones (A) y, por el contrario, la divulgación de algunos de estos datos. (B).

A- La protección contra las investigaciones de datos personales

a- El registro de las palabras y la imagen

La jurisprudencia, perpetuamente, protege a las personas contra la explotación de su personalidad, es decir, contra el uso con fines lucrativos, sin su autorización, de un elemento de su personalidad, nombre, imagen, voz, evento de la vida privada. El espionaje de la palabra o de la imagen de otros solo es reprochable si se cumplen varias condiciones. Los actos deben, de hecho, tener lugar en un lugar privado y su autor debe haber tenido la intención de violar la intimidad de la persona espiada. Muy lógicamente, además, los hechos deben haber sido cometidos sin su consentimiento2890, tal como lo establece el artículo 447-1 del código penal2891. El consentimiento de la víctima, en cambio, hace desaparecer la infracción. Se trata de una excepción al principio aplicable en derecho penal según el cual el acuerdo de la víctima no constituye un hecho justificativo, salvo para las infracciones para las cuales la ausencia de consentimiento constituye un elemento de la infracción (lo que no abarca necesariamente los casos de delitos privados para los cuales el carácter privado condiciona el proceso a una denuncia de la víctima, pero no la existencia de la infracción, por ejemplo, la difamación)2892 Se trata, por lo tanto, de un delito que atenta contra la intimidad de la vida privada, que se extiende cada vez que el autor del acto se creía a salvo de la mirada de terceros; esta intimidad se ve vulnerada cuando la imagen de una persona ha sido tomada sin su consentimiento o a su insu2893. La exigencia de una prueba de consentimiento es difícilmente aplicable en la práctica porque supone que antes de cada toma de fotografía o antes de una grabación se dé una autorización por escrito dada por la persona interesada2894.

Una precisión nos parece necesaria que concierne tanto a los dispositivos relacionados con el sonido como a los relacionados con la imagen; ni siquiera es necesario que sean utilizados con el fin de sorprender la intimidad de la vida privada2895.

Con el fin de asegurar la protección de intereses legítimos y, en particular, «la protección de la reputación y los derechos de los demás», no obstante, la libertad sigue siendo la regla y la restricción la excepción2896 Así, algunos autores consideran que es necesario hacer una distinción y prefieren considerar que el derecho a la imagen es independiente del derecho al respeto de la vida privada. Es cierto que a veces una afectación a la imagen de una persona no necesariamente conllevará una

2888 - P. KAYSER « la protection de la vie privée : protection du secret de la vie »,. op.cit,.P. 106.n°86.

2889 - P. KAYSER « La protection de la vie privée : protection du secret de la vie »,. op.cit, P. 102.n°84

2890 - J. PRADEL « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée »,.op.cit, p.114 n°23

2891 - I. LOLIES « La protection pénale de la vie privée »,. Préf. R. GASSIN.éd. presse-universitaires d'AIX-MARSEILLE-PUAM.1999.n°69.p.73.

2892 - Albert CHAVANNE « Les atteintes à l'intimité de la vie privée au sens de l'article 368 du code pénal »,. In le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication ».op.cit,.p. 27

2893 - A. BERTRAND « Droit à la vie privée et droit à l'image »,. Préf. X. LINANT DE BELLEFONDS. éd. Litec 1999.n°.274 et s. p. 130 et s

2894 - I. LOLIES « La protection pénal de la vie privée »,.op.cit,.n°70.p.73 et s

2895 -A. CHAVANNE « La protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970 ». Rev. Sc.crim.dr.pén.p.611

2896 - R. PINTO « La liberté d'information et d'opinion en droit international » ECONOMICA 1984. P.104

afectación a la vida privada2897 Varios fundamentos han sido propuestos para justificar la protección del derecho a la imagen: la propiedad, el respeto a la vida privada y la protección de la personalidad. Pero, en el análisis que hoy se considera clásico, se prefiere fundamentar directamente el derecho a la imagen en los únicos derechos de la personalidad2898. La afectación al sujeto de la imagen va acompañada, de hecho, de una violación manifiesta del derecho a la información y de una verdadera traición a la confianza del público2899.

Sin duda, debemos aplicar el principio «noli me tangere» no solo al cuerpo humano, sino también a su espiritualización: la individualidad del sujeto; de igual manera, hay que «establecer como principio el derecho, para el interesado, de hacer reconocer su personalidad y desarrollarla, de reivindicar los caracteres que lo individualizan, de no querer dejar alterar su personalidad contra su voluntad»2900.

La alteración de una personalidad al representar de manera tangible la imagen de una persona debe definirse como cualquier modificación de sus rasgos físicos, intelectuales, morales, que traiciona la realidad de su ser concreto2901.

J. PRADEL en una conclusión de una sentencia de la corte de casación admitía que si una investigación está abierta, la escucha telefónica es lícita. La jurisprudencia lo admite tanto respecto a una persona formalmente acusada2902 como respecto a los testigos; y esta jurisprudencia nos parece justificada. Si una información no está abierta, no hay jurisprudencia y la licitud de la escucha sigue siendo dudosa2903. La salvaguarda del secreto, se observa, establece una condición de confianza entre los ciudadanos y, por paradójico que parezca, facilita la comunicación de la verdad al eliminar la necesidad de la ocultación2904.

En resumen, podríamos inspirarnos en el modelo alemán2905, «la escucha solo puede ser ordenada por un juez (o en caso de urgencia por el fiscal de la República, quien debe presentar el caso al juez en un plazo de tres días); y solo puede ser decidida en ciertos casos como las amenazas a la seguridad del Estado, los actos de terrorismo, los secuestros, los asesinatos, los robos a mano armada. Tenemos cada vez más interés en consultar las legislaciones extranjeras2906.

b – El derecho a la inviolabilidad del domicilio

No podemos, aquí, dar una enumeración limitativa de las hipótesis en las que el legislador ha otorgado a ciertos funcionarios poderes de control e investigación que les permiten penetrar en el domicilio de los particulares, incluso contra su voluntad. No pueden, en ningún caso, penetrar allí (salvo en estado de necesidad para prestar eventual auxilio) que en los casos relacionados con la comisión, real o eventual, de una infracción y en las condiciones precisadas por la ley2907

El derecho a la inviolabilidad del domicilio está consagrado por el artículo 441 c.p. La inviolabilidad, por su simple acepción gramatical, evoca, en el lenguaje común, la idea de un acto negativo. Lo mismo ocurre en el lenguaje jurídico, donde consiste en la defensa de no atentar contra la libertad humana,

2897 - X. AGOSTINELLI « Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée »,. Préf. Ch. DEBBASCH. Librairie de l'université.1994. p.111.n°175

2898 - Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Droit civil: Les personnes », Cujas 1992, p. 122

2899 - J. JAVANA « La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image »., préf. Pierre KAYSER. LGDJ. 1978.p. 32.n°14.

2900 - G. LEVASSEUR, « Rapport aux Journées de Madrid de l'Association Henri Capitant, Travaux de l'Association Henri Capitant », T. XIII, p. 187

2901 - J. JAVANA « La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image »., préf. P KAYSER. LGDJ. 1978.p. 29. n°12.

2902 - Crim. 9 oct. 1980

2903 - Crim. cass. 9 octobre 1980, D. 1981.I. 334.

2904 - J. FOLLIET « L'information moderne et le droit à l'information »., chr. Soc. Fr.1969.p.230.

2905 - Selon le paragr. 100 c. pr. pén. allemand de 1877, modifié par les lois des 25 juin 1969 et 31 mai 1978,

2906 - Crim.cass. 9 octobre 1980, D. 1981.I. 334.

2907- J. MALHERBE « la vie privée et droit moderne »., préf. P. Antoine PERROD. éd. Comment faire. Légi. Jurisp. doct. p.88.

defensa que se dirige tanto a la autoridad como a los particulares y que se resuelve en el reconocimiento de dos libertades: libertad de la persona física, libertad del domicilio2908. Todas las veces que se ha establecido efectivamente alguna relación entre una persona y un lugar, este último participa de la calidad inviolable que se le atribuye a la persona. No importa que la relación en cuestión sea esencialmente efímera mientras sea real, el domicilio no estará plenamente protegido a menos que la jurisprudencia comprenda suficientemente esta noción de violencia2909. En absoluto, un simple caso penal podría generar una miríada de investigaciones de fuentes diferentes. Sin embargo, ningún sistema penal de cultura jerárquica se adhiere a tal creencia. Dentro de un sistema así, es únicamente a la autoridad pública a quien le corresponde buscar la verdad porque, a diferencia de los particulares, solo ella es responsable de esta misión: buscar el interés general2910. El delito de violación de domicilio cometido por un particular figura en la sección «de las agresiones cometidas por particulares a la libertad individual, de la toma de rehenes y de la inviolabilidad del domicilio del código penal»2911.

Una violación de domicilio puede muy bien tener lugar sin que haya ninguna violación de la vida privada. Esto no significa en absoluto que la protección de la vida privada sea, por ello, perseguida como algo secundario. Esta finalidad es tan importante como las otras, si no más a veces2912. La violación de domicilio exige el hecho de que la introducción haya tenido lugar contra la voluntad, es decir, sin el consentimiento del habitante. Además, dado que la introducción de un agente de la autoridad en el domicilio de un ciudadano constituye el delito de violación de domicilio sin que sea necesario ocuparse de los medios empleados por dicho agente para lograrlo, la introducción de un simple particular en el domicilio de otro particular solo es punible como violación de domicilio cuando ha ocurrido «con ayuda de amenazas o violencias»2913.

La jurisprudencia interpreta estos términos de manera bastante amplia y sanciona así cualquier procedimiento que permita introducirse en un domicilio contra la voluntad o sin el consentimiento de su ocupante2914.

A pesar de las apariencias, la propiedad ajena sigue siendo un valor protegido, pero con una protección sujeta a la estricta aplicación del derecho2915 ¿Cuál es entonces el sentido exacto interpelado por la ley represiva en virtud de su artículo 441 que pone en cuestión la responsabilidad de los investigadores privados respecto al individuo profano? Las expresiones «fraude», «amenazas» o «violencias», delimitan los elementos que pueden comprometer la responsabilidad de los autores de la infracción. P. CASSAGNE ha establecido ampliamente un significado de « amenazas » y « violencias » en la medida en que el legislador se ha limitado a las dos expresiones. La significación de la palabra « amenazas » nunca ha dado lugar a ninguna discusión. Este término designa, evidentemente, cualquier

2908 - « Quiconque par fraude ou à l'aide de menaces ou de violences contre les personnes ou les choses s'introduit ou tente de s'introduire dans le domicile d'autrui est puni de l'emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 200 à 250 dirhams. Si la violation du domicile a été commise soit la nuit, soit à l'aide d'une escalade ou d'effraction, soit par plusieurs personnes, soit avec port d'arme apparente ou cachée par l'un ou plusieurs des auteurs, l'emprisonnement est de six mois à trois ans et l'amende de 200 à 500 dirhams ».

2909 - R. LE BOURDELLES, « De l'inviolabilité de la personne et du domicile en droit français et comparé »,. Th.univ. RENNES. 1924. P.1

2910 - B. FIORINI « L'enquête pénale privée : étude comparée des droits français et américains », éd.LGDJ. 4ème trimestre. 2018,n°146. p.103

2911 -] - Intitulé de section modifié et complété par l'article premier du dahir portant loi n° 1-74- 232 du 28 rebia II 1394 (21 mai 1974) modifiant et complétant la section IV du chapitre VII et le chapitre IX du titre premier du livre III du code pénal, Bulletin Officiel n° 3214 du 14 joumada I 1394 (5 juin 1974), p. 927.

2912- I. LOLIES « La protection pénale de la vie privée »,. op.cit.n°223.p.166.

2913 - P.CASSAGNE « La notion du domicile et ses effets principaux en droit pénal »., th.univ. NANCY. 1937. P. 221.

2914 - M. VÉRON « Droit pénal spécial »., 17ème éd. D. 2019. P. 244.n°360.

2915 - Y. MAYAUD « Infractions contre les personnes : droit au logement et respect de la propriété d'autrui illustration associative d'une violation du domicile ».,op.cit. 264.

medio de intimidación empleado sobre la persona del habitante para obligarlo a abrir las puertas de su vivienda. El uso de este medio supone, por lo tanto, que en el momento en que se comete el delito, el habitante está efectivamente presente en su domicilio. La palabra «violencias» ha dado lugar, al contrario, a una dificultad de interpretación2916.
El mantenimiento fraudulento no supone una introducción previa irregular. La enumeración textual de los medios para cometer la infracción es lo suficientemente amplia como para abarcar todos los casos de introducción o permanencia en el domicilio ajeno mediante un procedimiento deshonesto2917.
La infracción es intencional. Supone la conciencia de la ausencia de autorización para entrar o permanecer en el lugar privado. La infracción no será retenida cuando el ocupante no se haya opuesto a la presencia del agente o haya dado su consentimiento. La prueba del elemento moral se deduce fácilmente de los hechos en la medida en que estos suponen la realización de maniobras, actos de violencia o el uso de amenazas o coacción2918, no cabe duda de que al concebir el domicilio como cualquier lugar donde la persona tiene el sentimiento de estar ella sin ninguna otra condición, la jurisprudencia ha dado como finalidad a estos delitos proteger a través de este domicilio la vida privada que alberga. Pero aunque es muy importante, este objetivo no es el único que persiguen estas incriminaciones, ya que estas aseguran al mismo tiempo la defensa de los derechos de toda persona a la tranquilidad y a la seguridad2919.

Lista de referencias

1. J. PRADEL "Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée",. Dalloz,1971, chron. XVIII, p.111.n°6
2. M. le CARBONNIER « Droit civil »,. T.1. 8ème éd. 1969,n°71.
3. R. LINDON « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée »,. JCP.1970.I. doctrine, n°2357.
4. F. GALLOUEDEC-GENUYS et Herbert MAISL « le secret des fichiers »,. Préf. Bernard CHENOT.éd.CUJAS.1976.
5. B. DOCQUIR « Le droit de la vie privée », préf. Yves POULLET. Groupe de Boeck 2008.n°552
6. M. BRIAT « La délinquance informatique : aspects de droit comparé ». Actes du VIII° congrès de l'Association française de droit pénal organisé du 28 au 30 novembre 1985 à l'université de Grenoble., Economica 1986.
7. Y.BISMUTH «Droitdel'informatique, éléments de droit à l'usage des informaticiens ».Ed. Harmattan.1er oct.2014.n562.
8. J. EYNARD, « Les données personnelles : quelle définition pour un régime de protection efficace ? »,.éd. Paris : Michalon. 2013.195.
9. F. TERRE, D. FENOUILLET, « Droit civil. Les personnes, Personnalité, Incapacité. Protection », GEMEED. 2012, n° 106,
10. BEIGNIER, « La protection de la vie privée in Libertés et droits fondamentaux » R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, Dalloz, 15 éd. 2009, n° 316,qui évoque l'évolution du
11. « voix, image et protection des données personnelles »,. Commission nationales de l'informatique et des libertés. éd. documentation française.

2916 - Art 441 du code pénal « Quiconque par fraude ou à l'aide de menaces ou de violences contre les personnes ou les choses s'introduit ou tente de s'introduire dans le domicile d'autrui est puni de l'emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 200 à 250 dirham «

2917 - Pierre CASSAGNE, op.cit. P. 221

2918 - M- D. FAUVEAU « Droit pénal spécial : livres 2 et 3 du code pénal : infractions contre les personnes et les biens 2010». Préf. Jacques Henri ROBERT. Collection. Essais. P.385.n°485.

2919 - I. LOLIES « la protection pénal de la vie privée »,op.cit,.p.167, n°226

12. M. CUSSON et G.LOUIS « L'art de l'enquête criminelle, à la recherche de la vérité, de la sécurité et de la justice » préf. Jean Marc BLOCH.éd 2019 (Canada), 2020 en Europe.
13. Article 20 de la loi 09-08
14. Dahir nº 1-09-15 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi n° 09-08
15. « Droit des données personnelles »,. DALLOZ DÉCRYPTAGE. 2019.
16. article 447-1, 44-2 et 447-3 et l'article 5 de la loi n° 103-13.
17. Art 447-1 CP
18. P. KAYSER « la protection de la vie privée : protection du secret de la vie »
19. Préf. Henri MAZEAUD. éd. ECONOMICA. . T. I. 1984 n°279.
20. Ed. GRAD « Inviolabilité du domicile ».th.univ. Paris. 1905.
21. Article 607-3 du code pénal
22. Loi 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
23. Loi 4 janvier 1980 relative à l'automatisation du casier judiciaire.
A. BENSOUSSAN « informatique, télécoms, internet : réglementation, contrats, fiscalité, assurance, santé, fraude,communications électroniques, intelligence artificielle et robotique ».,n°50:30.
24. CA, 11 ch 5 avr. 1994, JCP E 1995, I, n° 461, obs VIVANT et Le STANC, LPA 1995, n° 80, p. 13, obs. Alvarez.
25. CA, 3 ch. 21 janv. 1999, Juris-Data, n° 1999-040054
26. « Commission dirigée par MM. Hérissé et Pintrand, avocats à la Cour ». Gaz. Pal. du 24 mars 1973, n° 82-83.
27. P. KAYSER « La protection de la vie privée : protection du secret de la vie »n°289-1.
28. Art 27 constitution Maroc.
29. P. KAYSER « la protection de la vie privée : protection du secret de la vie ».n°86.
30. P. KAYSER « La protection de la vie privée : protection du secret de la vie ».n°84.
31. J. PRADEL « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée »,.op.cit, p.114 n°23
32. Art 447-1 du code pénal
33. LOLIES « La protection pénale de la vie privée »,. Préf. R. GASSIN.éd. presse-universitairesd'AIX-MARSEILLE PUAM.1999.n°69.
34. Albert CHAVANNE « Les atteintes à l'intimité de la vie privée au sens de l'article 368 du code pénal ».
A. BERTRAND « Droit à la vie privée et droit à l'image »,. Préf. X. LINANT DE BELLEFONDS. éd. Litec 1999.n°.274.
35. LOLIES « La protection pénal de la vie privée ».n°70.
A. CHAVANNE « La protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970 ». Rev. Sc.crim.dr.pén.
36. R. PINTO « La liberté d'information et d'opinion en droit international » ECONOMICA 1984.
37. X. AGOSTINELLI « Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée » Préf. Ch. DEBBASCH. Librairie de l'université.1994.n°175
38. [81] Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, « Droit civil: Les personnes », Cujas 1992, p. 122
39. [82] J. JAVANA « La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image »., préf. Pierre KAYSER. LGDJ. 1978.p. 32.n°14.
40. [83] G. LEVASSEUR, « Rapport aux Journées de Madrid de l'Association Henri Capitant, Travaux de l'Association Henri Capitant », T. XIII, p. 187
41. J. JAVANA « La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image »., préf. P KAYSER. LGDJ. 29. n°12.
42. Crim. 9 oct. 1980
43. Poitiers, 7 janv. 1960, et Trib. corr. Seine, 30 oct. 1964.
44. Crim. cass. 9 octobre 1980, D. 1981.I. 334.

45. J. FOLLIET « L'information moderne et le droit à l'information »., chr. Soc. Fr.1969.
46. Selon le paragr. 100 c. pr. pén. allemand de 1877, modifié par les lois des 25 juin 1969 et 31 mai 1978,
47. Crim.cass. 9 octobre 1980, D. 1981.I. 334.
J. MALHERBE « la vie privée et droit moderne » P.Antoine PERROD. éd. Comment faire. Légi. Jurisp. doct.

Al-Ándalus: una seña de identidad marroquí en la Literatura Marroquí en Lengua Española (LMLE)

Abdellah Aghzaf,

FLCH Ain Chok- Casablanca,Universidad Hassan II

Resumen

El artículo versa sobre la representación de Al-Ándalus mediante La literatura Marroquí en Lengua Española (LMLE). En primer lugar, se pone de relieve la realidad histórica que anida en varias obras tanto de marroquíes como españoles y otros interesados por la temática, que hacen de Al-Ándalus un espacio cultural y geográfico que une ambas orillas del Mediterráneo. El Al-Ándalus es una seña de identidad que corrobora, sin duda, la genealogía de un tópico muy extendido sobre Marruecos, un trasfondo que muchas obras conllevan entre sus páginas. No es solo una realidad histórica sino una invención moderna que surgió del encuentro colonial entre España y Marruecos.

Palabras clave

Al-Ándalus – la realidad histórica – la literatura marroquí en lengua española – la identidad histórica – Marruecos – España

Al-Andalus: a sign of Moroccan identity in Moroccan Literature in Spanish Language (MlSL)

Abstract

This article deals with the representation of Al-Andalus through Moroccan literature in Spanish language. First of all, it highlights the historical reality that nests in several works by Moroccans, Spaniards and others interested in the subject, which make Al-Andalus a cultural and geographical space that unites both shores of the Mediterranean. Al-Andalus is a sign of identity that undoubtedly corroborates the genealogy of a widespread cliché about Morocco, a background that many works carry in their pages. It is a modern invention that emerged from the colonial encounter between Spain and Morocco.

Key words

Al-Andalus - historical reality - Moroccan literature in Spanish language - historical identity - Morocco - Spain.

Introducción

La Literatura Marroquí en Lengua Española (LMLE) es una de las literaturas que conforman el actual paisaje de las letras hispánicas. Viene trazando sus huellas y construyendo su canon literario a lo largo de la historia literaria marroquí. Varios son los factores históricos, sobre todo AlÁndalus, el protectorado hispano-francés (1912-1956) y el factor geográfico, que hicieron de Marruecos un crisol de lenguas y culturas. Éstos forjaron, sobre todo a mediados de la década de los años noventa el camino, asentaron las bases de un hispanismo marroquí con sus propias señas de identidad. En la época colonial, cada vez más, fueron notables las obras escritas por marroquíes y de origen marroquí en lengua española. Por tanto, La realidad literaria marroquí no se puede concebir, por lo tanto, sin el marco mediterráneo que favorece el intercambio humano y cultural arraigado a lo largo de los siglos, especialmente Al-Ándalus. España, el vecino norteño del Mediterráneo, forma parte de manera inequívoca de este proceso de la construcción de la identidad histórica marroquí.

En dicha literatura Al-Ándalus es representado como una constante en líneas narrativas y discursivas muy distintas, se revela como la otredad fundante del concepto mismo de *marroquineidad*. A lo largo

de la historia La LMLE, en sus inicios, viene anclada en la tradición literaria como herencia de la literatura y la cultura arábigo-musulmana. Con una gran influencia panárabe, muchos fueron los hispanistas que escriben tanto en árabe como en español y a veces en francés. Cabe mencionar a Mohamed Chakor, Mohamed Sibari, Abdellatif Khatib, Mohamed Sebbagh, Mohamed Ibn Azuuz Hakim, Abderrahman El Fathi, entre otros. Los escritores marroquíes en español llegan a identificarse literariamente, de ahí el término de la identidad narrativa. Dicho grupo de autores recuperan, a través de la memoria, el pasado de Al-Ándalus que ha sido alardeado en otras literaturas, particularmente la española. Es un patrimonio cultural que se ha venido sustentando sobre un pasado glorioso, desempolvando una historia común que entra en juego para configurar la identidad marroquí.

Tratar la cuestión andalusí en la literatura ha sido unos de los temas peregrinos en las obras de muchos escritores marroquíes. La cultura andalusí, o "el paraíso andalusí", es un hito histórico ha marcado la historia común hispano-marroquí, donde el mestizaje de ambas culturas confiere al tema un ambiente intercultural. Fue un elemento significativo tanto en la historiografía como en la literatura de muchos escritores tanto de Marruecos como de la otra orilla. En palabras de Gil Grimau, (2002:14) "*La circunstancia de las mezclas son las que configuran a Al-Ándalus*".

En la misma línea, hablar de Al-Ándalus y Marruecos no se trata de una herencia directa de la Edad Media. Es un fenómeno que tiene raíces desde la época del protectorado español, especialmente a principios del siglo XX. Es una historia que, básicamente, reúne a un grupo de hispanistas que dedicaron y siguen dedicando una parte considerable de sus obras a la cuestión de Al-Ándalus frente a otros historiadores y narradores de la otra orilla. Todos ellos apuestan por una literatura donde reina la convivencia entre ambas culturas.

Desde siempre, la realidad y el mito han sido los componentes entrelazados que subyacen en las distintas posturas que han generado las conceptuadas versiones por los hispanistas marroquíes. El enfoque del artículo se centra principalmente en las representaciones de Al-Ándalus como temática que varios hispanistas marroquíes abordan en su poesía y prosa desde la riqueza histórica y mítica. Desde siempre, la realidad y el mito han sido los componentes entrelazados que subyacen en las distintas posturas que han generado las conceptuadas por los hispanistas marroquíes, tanto quienes escriben en árabe como los que lo hacen en español. Son muchos los puntos que convergen a veces, sin embargo, otros rasgos distintivos que aparecen claramente en varias obras narrativas de la otra orilla. Ambos elementos afloran, claramente en la simbiosis: florecimiento-decadencia de una historia compartida, intercultural, bien tratada desde dos orillas y con trasfondos variables. En total, es una mirada contemplada desde la retrospectiva del tiempo, enfocada diacrónicamente en una temporada. Según Calderword (2018: 126), "*La continuidad histórica andalusí y la fusión andaluza-magrebí se revelan fértiles argumentos, que desbordan el plano estético para cobrar tintes sociológicos*". Dichas políticas solidifican y hacen real la performativa idea de la hermandad hispano-marroquí, a través de "*una narrativa de transmisión cultural [que une] la Granada medieval al Marruecos moderno y en particular a Tetuán.*" (Calderwood, 2018: 211).

La metodología que se adopta se enfoca en el análisis crítico de la representación de al-Ándalus a través de los reproducciones ficcionales e históricos de un grupo de hispanistas marroquíes. El objetivo radica en destacar los mecanismos y los trasfondos que anidan en las obras literarias, poner en tela de juicio la subjetividad de dichos escritores que hacen de la historia es seña de identidad marroquí.

En la primera parte, se examina la realidad histórica de dicho avatar que marcó la historia común de ambas orillas, se propone echar luz sobre acotaciones históricas, indagando en las referencias espaciotemporales, resaltar el trasfondo que anida en sus obras literarias y que cuestiona los límites de la historia medieval. El tema de Al-Ándalus ha sido debidamente tratado por muchos historiadores tanto marroquíes como españoles, de entre los cuales citamos a Calderwood, Houssein Bouzineb, Mohamed Abrighach, Gil Grimau Benumeya, Fathi, Sebbagh, Mohamed Sibari, Mohamed Chakor que lo enfatizan desde dos ópticas: la historia y la literatura. Su abordaje pro Goloboff (1973: pp. 7-29) que procuró estudiar dos conceptos básicos: el sueño y la memoria.

En la segunda se propone un estudio un estudio temático de la representación de Al-Ándalus, los elementos generativos de la narración de un grupo nutrido de hispanistas marroquíes. El enfoque examina su teoría que radica en la interpretación literaria sea a través de la poesía o la literatura marroquí en lengua española y discernir entre la realidad histórica y la ficción literaria.

La elección del tema se debe a explorar y poner en tela de juicio la fusión de la literatura y la historia y moldearlo en un escrito universal e intercultural que une ambas orillas a través del pasado. Los datos históricos insertados en las obras literarias no buscan solo construir y reconstruir una imagen sobre al-Ándalus, sino para recrear literariamente un pasado armonioso y refuerza la teoría de Calderwood al respecto, la historia como literatura y la identidad histórica marroquí. A este respecto, ¿Hasta qué punto la literatura marroquí en español refleja la historia de Marruecos? ¿Qué relación tienen estas obras narrativas con la memoria y la historia? ¿Qué papel desempeña la herencia árabo-andalusí en estos textos? ¿Cuáles son los temas o aspectos identitarios más importantes que subyacen en esta literatura marroquí en español, y qué relación entablan entre historia y literatura?

1. Al-Ándalus en la LMLE: acotaciones históricas

La cultura andalusí, o "el paraíso andalusí", es un hito histórico que ha marcado la historia común hispano-marroquí, donde el mestizaje de ambas culturas confiere al tema un ambiente intercultural. En efecto, fue un elemento significativo tanto en la historia como en la literatura de muchos escritores de la otra orilla. En palabras de Gil Grimau, 2002:14: "*La circunstancia de las mezclas son las que configuran a Al-Ándalus*". Es una perspectiva intercultural que une ambas orillas. Dicha visión viene amasada como unidad integradora de las dos culturas en cruce durante un promedio comprendido desde la entrada de los árabes la Península Ibérica en 711 y la salida en 1492.

Abogando por la construcción de la identidad marroquí, los hispanistas marroquíes contribuyeron al forjamiento de la idea de Al-Ándalus como componente elemental del conjunto de la identidad histórica y cultural marroquí. Para ellos el Al-Ándalus es una seña de identidad, a menudo se pone en el marco intercultural más amplio de una particular relación de España con lo árabe e islámico en general, en base a la cual (Fernández Parrilla y Cañete: 112) justifica que *"[se] asume un entendimiento recurrente o circular de la historia compartida (…) Al hacerlo, episodios de naturaleza muy diferente"*

la cuestión del Al-Ándalus corrobora, sin duda, la genealogía de un tópico muy extendido sobre Marruecos, un trasfondo que muchas obras conllevan entre sus páginas. Esta identidad no es un legado medieval, refiriéndose a la etapa del Ándalus, más bien es una invención moderna que surgió del encuentro colonial entre España y Marruecos, como afirma Eric Calderwood (2019: 25): "*el heredero directo del legado cultural de al-Ándalus*".

La memoria de Al-Ándalus en las obras de los escritores marroquíes conlleva en sus entrañas perspectivas de prosperidad y superioridad cultural de un hito histórico de florecimiento que marcó el medievo peninsular, perdió elasticidad y visibilidad durante los siglos XVI y XVII. Sin embargo, alcanzó su máximo apogeo durante los periodos del califato y de los reyes taifas. Muchos fueron los poetas, ulemas e historiadores que siguen siendo el tema de varios trabajos ensayísticos por un grupo de hispanistas marroquíes. Al-Ándalus viene a ser un nuevo canon con más ímpetu en el siglo XIX donde reinaba el exotismo pregonado por los viajeros europeos decimonónicos y, por tanto, desatar la tarea de los arabistas, quienes se dedicaron a la cuestión histórica de Al-Ándalus, que muchos de ellos consideraban el patrimonio andalusí como punto de mira de sus trabajos.

Ambas visiones del Al-Ándalus van unidas y a caballo, ya que reflejan, objetiva y subjetivamente el espíritu intelectual andalusí que ha marcado la historia cultural de ambas culturas. En las obras de nuestros escritores marroquíes cobran forma las ciudades, huellas de un patrimonio islámico andalusí, los personajes emblemáticos que juegan un papel enorme en la narración. Estos factores que están determinados por el pasado y, traspasando las barreras del tiempo, permanecen vivos en la memoria histórica y el acervo cultural de la otra orilla; cobran vida al proyectarse sobre Andalucía en esta mirada desde el minarete de la distancia. Cabe matizar, sin embargo, que la cercanía y distancia geográficas presentan el Magreb y Oriente Medio y, por último, Marruecos y determinan algunos de

los rasgos comunes y diferenciadores que definen la visión real o estereotipada en estas culturas que entran permanente cohabitación.

Según Bouzineb y Mohamed Abrigach, a partir del año 1492, el español se mantuvo de igual forma por los musulmanes judíos y los moriscos que fueron expulsados de la Península en el reinado de los reyes católicos. Los testimonios de Germain Moüette de 1683 son relevantes al respecto y hacen constar que no pocos de los habitantes de Rabat, Fez y Marrakech tenían conocimiento de la lengua española y se comunicaban con el mismo con los extranjeros.

2. Al-Ándalus en cruce

En la línea de la interculturalidad, *Marruecos andaluz*, obra maestra de Gil Grimau Benumeya, publicada en 1941, constituye un campo fértil para tratar la cuestión de Al-Ándalus y, en particular, de los omeyas de Córdoba, como lo indica su apellido. Al Ándalus o "la comunidad imaginada" opera la aporía imaginativa. En palabras de Rodríguez (2020: 27): "*Al Ándalus constituye una de las aporías fundamentales de la historia de España: una contradicción que revela, cada vez, su carácter insoluble, pero a la vez, y por ello, su enorme potencial creativo*". Sin embargo, desde una perspectiva marroquí, Al Ándalus viene a constituir una herencia cultural que une las dos orillas, siendo en términos de García Fernández (2021:56) *"un debate poscolonial"*.

El proceso colonial español se ha apuntalado, sobre todo, en los mitos que permitían mantener una retórica de proximidad entre dos culturas. En el fondo al mito de Al-Ándalus y el de la marroquización de dicha etapa histórica, como señala Calderwood (2018, 75): "*Al-Ándalus no es solo un lugar en la historia, sino también un lugar en el discurso*". En efecto, se ha convertido en un *topo literario* en el que se condensan pasado, presente y futuro, pero también para España, que ha jugado papeles contrapuestos y siempre polémicos dentro de la literatura de los autores marroquíes en lengua cervantina.

Al-Ándalus representa una memoria, un rastro de resentimiento de autores marroquíes que escriben en español, siendo un hito histórico de gran calibre que selló la especial relación entre España y Marruecos. Resucitan y recrean la memoria de Al-Ándalus y a pesar del evidente potencial de conflicto y divergencias, que marcó algunas ocasiones, enfatizan sus inquietudes; soltando las riendas a sus imaginaciones literarias en moldes literarios y poner el foco sobre sus sentimientos melancólicos.

Con razón para Abrigach y El Gamoun, escribir, narrar y pensar en español se había convertido para los marroquíes en una forma de recuperar su identidad andalusí y pese a las hostilidades literarias que enfatizan algunos de los escritores españoles, no consiguieron influir sobre los trabajos de nuestros hispanistas marroquíes ni pudieron dejar cicatrices y lagunas en la memoria colectiva de los marroquíes. Desde un ángulo literario, Al-Ándalus ha devenido, en muchas ocasiones, un tiempo mítico árabe donde Al-Ándalus es concebido como "el paraíso perdido", un espacio donde la cultura árabe conoció un florecimiento en todos los dominios, esencialmente a escala cultural. En efecto, en la transmisión del ideal de Al-Ándalus, se fueron implantando fundamentalmente en Marruecos, desarrollando un ideario que, por su carácter humanista, albergó fácilmente el concepto de convivencia y el legado mítico de las dos culturas.

Sin embargo, muchos nacionalistas marroquíes, incluidos Abdeslam Bennuna y Abdeljalak Torres, llegaron a estar muy cerca de estos círculos, en los que "*la retórica de la hermandad y las nuevas nociones en torno a la identidad española, reconfigurada por el redescubrimiento del pasado andalusí, se traslucirían en las palabras elegidas en todos los textos para conformar y legitimar el ideal masónico en Marruecos*" (45), paradójicamente coincidente con el canon africanista[2920]. De otras palabras, Al-Ándalus es una aportación de gran índole al hispanismo marroquí y a la historia

[2920] Muchos fueron los españoles que se han interesado en dicha temática. En *En busca de un nuevo Al-Ándalus. El legado documental de la masonería hispano-marroquí*, Aguiar Bobet ofrece una amplia selección de textos en los que intenta rastrear esta visión particular que deriva de la misma retórica tratando al-Ándalus como hito histórico digno de ser estudiado.

que une Marruecos y España. Es una aportación sólida, dado al conjunto de trabajos de un grupo de historiadores, escritores y académicos que escriben tanto en español como en francés y árabe.

El lugar de Al-Ándalus en el marco interpretativo hispano-marroquí pone el foco sobre algunos de los caminos por los que el mito andalusí se ha insertado en la cambiante narración histórica de Marruecos y España. Al-Ándalus, sin dudas, ha aportado y sigue aportando a la interpretación histórica un cierto nivel de convergencias y divergencias. posiciona a los historiadores e incluso a hispanistas marroquíes que novelan, poetizan y relatan en sus esbozos literarios, tanto a favor como en contra del papel jugado en la historia cultural que reúne los dos países. Es una polaridad que da lugar a un subjetivismo y objetivismo de la particularidad del legado cultural andalusí.

De todo ello emanan los tópicos y trasfondos. El tema del Al-Ándalus ha sido un terreno fértil para algunos incluso escritores franceses y francófonos marroquíes. Théophile Gautier (1845) señala en su novela *Voyage en Espagne*, que se tradujo al español *Viaje a España*, las huellas de los árabes en España y describe los fascinantes aromas mahometanos e inefables huellas orientales. Varios son los relatos que se combinaban de forma subjetiva y singular en la fantasía romántica y orientalista a la hora de novelar y las alusiones históricas a una España musulmana culturalmente sublime. Juan Goytisolo (1998: 28) señala que "*Al-Ándalus no era solamente un fugaz erial histórico*" y, así, coincide con las ideas que plantea el escritor marroquí Abdelkabir Khatibí, quien califica Al Ándalus como "un fenómeno".

Al-Ándalus es uno de los avatares controvertidos tanto por hispanistas marroquíes como por otros interesados en la otra orilla. Se produce, de hecho, un solapamiento deliberado de las categorías de lo andalusí, marroquí, árabe y musulmán como seña de identidad que caracteriza lo marroquí.

3. El Marruecos andalusí

El recuerdo de Al-Ándalus representa una de las huellas imborrables en la memoria colectiva marroquí, ya que sigue vivo y perpetuo en varias ciudades marroquíes, especialmente Tetuán, que representa un nido de la historia de la España musulmana tras la caída de la ciudad de Granada, así como el caso de otras ciudades marroquíes como Rabat, Salé y Fez, donde los moriscos encontraron refugio tras su expulsión. Gracias a su proximidad geográfica del Estrecho, Tetuán es, en muchos casos, un símbolo de la herencia andalusí. En varios trabajos, tanto poéticos como narrativos de nuestros hispanistas marroquíes, es personificada y descrita como una "mujer", "una amante". Se utilizan muchas palabras como el "paraíso perdido", a veces es relatada como "hija de Granada": la última capital de Al-Ándalus, que es el símbolo de la cultura musulmana en España sobre todo en los poemas de Mohamed Chakor y Mohammed Sebbagh.

La voz poética de Abderrahman El Fathi es una de las que recrean dicha etapa histórica marcada por la historia. Otros novelistas y ensayistas marroquíes la ponen en tela de juicio, como es el caso de Ahmed El Gamoun (2021), quien la retrata como "erial abandonado". Comparte su melancolía por haber dejado su ciudad "corazón", que es un intento de Mohamed Chakor al enfatizar y exteriorizar su amor por su ciudad natal. Es una personificación y una feminización de Al-Ándalus, se describe como "una sultana", es una de las técnicas chakorianas con objetivo de expresar su atracción y sentimientos amorosos hacia Tetuán como símbolo que acarrea lo andalusí. Muy reflejado es el amor eterno que siente la voz poética hacia su ciudad con más simbolismo, que pone de manifiesto el vínculo entre Tetuán y Al-Ándalus. En sus palabras (1992: 23):

Tetuán, crisol de Marruecos.
Aquí la vida nace a borbotones
Y el homicida tiempo desfallece.
En los anales de su vivir anidan
Ramilletes azules de glorias y gestas.
Y en las pupilas de sus niños
Se anuncia, majestuosa, la alborada.
Jazmines con alas de paloma
A sus huéspedes, ofrenda dadivosa

A lo largo del poema, es destacable el parentesco que el poeta hace entre las dos ciudades: Tetuán, la contemporánea y la antigua Granada, capital de Al-Ándalus. Su caída ha provocado y dado a la luz la Tetuán de ahora, por tanto la califica como su "hija". Es una connotación de la paz, de una nueva ciudad creada como tierra de refugio y por tanto una seña de la identidad histórica marroquí. Las emociones chakorianas siguen enfatizando lo espiritual y de pinta religiosa, que plasman la identidad marroquí en su faceta religiosa, poniendo de relieve el islam como pilar del pensamiento identitario: el sufismo, "mihrab de ulemas", "En mezquitas, *madrasas* y templos", entre otros que recrean el florecimiento de una etapa donde tanto musulmanes como judíos y cristianos convivían armoniosamente. Estas referencias nos hacen presente el apogeo de la religión islámica en la España andalusí. Por ende, Chakor hace de Tetuán una identidad histórica y cultural. Es palpable el eco de una aspiración en la metáfora de la que se sirve para relatar esa relación alámbrica entre Tetuán y Granada, "la madre" y "la hija, Tetuán". Sus mitificaciones son clarísimas al crear una vez más una memoria colectiva en la que Al-Ándalus es eterno y su memoria marca, hasta hoy en día, la identidad cultural marroquí. Así, describe a Tetuán (1992: 26):

Tetuán: de la garganta y el pecho de tus hijos
Brota la sed de justicia, llamaradas de amor.
Poemas encendidos, rojos como amapolas,
Se vierten del dolor de los que sufren.
¡Ay, Tetuán, cinco veces centenaria!
Te añoran quienes en tu tierno regazo
Su corazón ardiente se reclinó.
Y todos aquellos que, a tu sombrío,
Profirieron el primer vagido
Y enhebraron las alas de su imaginación,
jamás olvidaran su ayer feliz,
Aguardando que tu esplendor recobres.
Anhelamos que tú seas
divina sultana del tiempo,
Radiante querubín del paraíso,
Luz de beldades que postrado adoro.
¡Ay, tú, mi dulce Tetuán

En los versos chakorianos, el hispanista trasluce la melancolía que siente, que resuena una vez más el sentimiento de un periodo adorable y dorado. Es un verdadero homenaje narrativo a la ciudad de Granada, que nos traslada a la identidad en la época andalusí. Intuimos el dolor de la voz poética con el uso de sus "Ay Tetuán". Es una voz poética que destaca la gloria, pero sus lamentos y lastimas, el llanto son notable por la pérdida del "paraíso andalusí". Se revive de la memoria de Al-Ándalus, con balance, haciendo un análisis de un legado que forma parte de la identidad morisca, islámica y por tanto marroquí.

En su poema *Danza al aire*[2921], Abderrahman El Fathi resalta su amor incondicional como hijo de al-Ándalus, así, pone de relieve que:

III
Soy hijo del Al-Andalus, esclavo de tus suspiros,
inmortal para tus deseos y guardián de tus latidos.
IV
Me sigue emocionando un verso, una palabra…
V
Mi clavel se muere en un vaso de agua,

2921 Abderrahman El Fathi, Danzadelaire (2012) Enrique Lomas López (ed.) Biblioteca Africana – Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Junio de 2012. Pueden consultar: file:///C:/Users/pc/Desktop/danzadelaire-seleccion-de-poemas.pdf

y sigue oliendo a clavel.
VI
Declaro la poesía al mundo.
VII
Déjame, susurrarte al ombligo, arrimarte a mis deseos,
penetrarte en tus enigmas.
VIII
Quien no se ha visto apuntalando su alma.
Quien no ha visto la mar y no le ha lanzado una piedra.
IX
El pasado se llevó como rehén todos mis amores,
a cambio recibió como recompensa todos mis fracasos.

En la misma línea, Mohamed Ibn Azzue hakim, en 1949 había publicado su primer libro en español *Rihla por Andalucía*, con un ejemplar del mismo año en los fondos de la biblioteca Islámica donde figura una dedicatoria manuscrita del historiador a Fernando Valderrama. El hispanista marroquí ha podido enriquecer el patrimonio documental marroquí, en concreto la historiografía marroquí que desemboca en las relaciones hispano-marroquíes. *Rihla por Andalucía* es una obra que trata su viaje por Andalucía con un grupo de sus colegas; se considera como una obra de viaje, ni siquiera con un criterio laxo como hay que encuadrar en tal género de diarios o literatura de viaje. Son memorias donde se narran los acontecimientos de su viaje al sur de España durante el periodo del protectorado español en Marruecos, recrea al-Ándalus como Andalucía de hoy.

Conclusiones

A través de un análisis temático al tema de al-Ándalus se destaca la maestría de los hispanistas marroquíes, que proponemos, en la construcción simbólica y su capacidad para tejer una intrincada red de significados que desafía la distinción entre la realidad histórica y la narrativa. A través de elementos de la historia y la cultura árabe.

Partiendo de la teoría de la excepcionalidad del colonialismo española en África se ha apuntalado en los referentes que permiten mantener una retórica de proximidad entre las dos orillas. El concepto de la hermandad hispano-musulmán sigue ganando terreno en las obras de los hispanistas marroquíes como señala Calderwood (2018, 75) «*Al-Ándalus no es solo un lugar en la historia, sino también un lugar en el discurso*». Sin embargo, la imagen de al-Ándalus en las obras de historiadores e interesados españoles por el temático en la literatura se representa como un hito histórico donde las convergencias y divergencias eran muy relevantes.

La convivencia es una noción principal que conforma el pasado andalusí. Es un lugar excepcional tolerante, en el que los musulmanes, judíos y cristianos convivieron armoniosamente, manteniendo un fluido contacto intercultural. A este respecto, Bruna Soravia 2009), ha apuntado que el «cronotopo andalusí» se hizo popular no solo dentro de la historiografía española, sino también la árabe, a través de una "*imagen idealizada que va a la par del desconocimiento en un multiculturalismo"* que se vería reforzado además en tiempos recientes por la relevancia de los conceptos de la convivencia y la interculturalidad.

Es de señalar que se dedicaron innumerables poemas, ensayos y obras narrativas a Al-Ándalus como puente entre un pasado común glorioso y un presente agridulce. En muchas ocasiones, la constante referencia a Al-Ándalus contribuyó, en efecto, a su reencarnación en forma de Protectorado: una región en la que ambas poblaciones volvieron a convivir en paz. El carácter ilusorio de esta convivencia armoniosa y pacífica es evidente en las obras de varios poetas y prosistas españoles contemporáneos y orientalistas. Sus trabajos y contribuciones literarias recrean y enfatizan las convergencias que nos unen a lo largo de la historia, despejando los altibajos que tuvimos en algún

momento dado en la historia compartida. No obstante, ponen el foco sobre la legitimidad de nuestros hispanistas que han optado por el español como lengua para tejer los hilos de dicho avatar histórico.

A este respecto, cabe mencionar que Al-Ándalus es una reescritura de un pasado glorioso, de entramado intertextual y paradigmático. Su desarrollo ha marcado la literatura marroqui tanto en árabe como en francés y español. Es un binomio entre oriente y occidente. No es solo un estudio de la historia sino es una seña de la identidad arabo-musulmana al que pertenecen la mayoría de los escritores marroquíes. Al-Ándalus es una de las nociones principales que conforman el mito de *convivencia* entre dos civulizaciones, base de una visión de la historia de la Edad Media en la Península Ibérica como un lugar excepcionalmente tolerante, en el que musulmanes, cristianos y judíos habrían coexistido en una paz sostenida, manteniendo además un fluido contacto intercultural, se trata de un concepto que se ha instalado en el imaginario colectivo marroquí, que defienden un grupo nutrido de hispanistas marroquies.

Nos encontramos a esta búsqueda con cómo al-Ándalus es más mítico que histórico se transforma en una de las bisagras que pivota nuestra identidad como marroquíes, tal como la concebimos a día de hoy. Nos hemos detenido para analizar las obras narrativas de varios hispanistas como el caso de Mohamed Chakor, Abderrahman El Fathi, Mohamed Ibn Azuuz Hakim, Mohamed Sebbagh, Sibari, entre otros que han tematizado al-Ándalus en sus obras tanto en prosa en poesía. Hemos detectado cómo los discursos narrativos y poéticos están asociados con una seña de identidad, atraviesan y permean la historia de ambos países del Estrecho.

Es relevante destacar que, en la exploración de la LMLE entre la historia y la literatura, los hispanistas marroquíes no pretenden disolver la distinción entre ambas, sino explorar sus convergencias y divergencias que han coexistido en armonía durante la época de al-Ándalus. Nos ofrece un cuestionamiento acerca de la identidad histórica y cultural de Marruecos y nos invita a poner en tela de juicio la mismidad y la otredad como dos configuradores de la identidad. La LMLE es un espejo de la realidad hispano-marroquí a través de la historia.

Es destacable el papel de la memoria en la interpretación de la historia en la LMLE. Por tanto, no se trata solo de recordar hechos históricos, sino resalta el poder de reinterpretar la historia de al-Ándalus y descontextualizarla en la narrativa y la poesía de los hispanistas marroquíes. Asimismo, es relevante la subjetividad de varios escritores en la construcción de la memoria colectiva. Tejen sus historias y profundizan sus imágenes a través de elementos de la historia. La LMLE abarca las dos dimensiones, que venimos señalando: la realidad histórica y la ficción literaria, que anidan en las obras. Sin embargo, el elemento de la ficción se convierte, sin duda, en una herramienta para allanar el camino a futuros estudios sobre el caso y complementar los vacíos y descubrir las oquedades de la historia. En suma la LMLE es una literatura que ha discernido entre ambos elementos, sigue reservando al-Ándalus como una seña de identidad marroquí.

IBLIOGRAFIA

Abderrahman El Fathi, Danzadelaire (2012) Enrique Lomas López (ed.) Biblioteca Africana – Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Junio de 2012: file:///C:/Users/pc/Desktop/danzadelaire-seleccion-de-poemas.pdf

AGUIAR BOBET, Valeria (2019). *En busca de un nuevo Al-Ándalus. El legado documental de la masonería hispano-marroquí.* Santa Cruz de Tenerife: Ediciones Idea.

ARIGITA, Elena (2009). «Spain — The Al-Andalus legacy». En *The Borders of Islam. Exploring Samuel Huntington's Faultlines, From Al-Andalus to the Virtual Ummah,* editado por Stig Jarle Hansen, Atle Mesøy y Tuncay Karadas: 224-234. Londres: Hurst Publishers.

--- 2018. «Narratives on the margins of history: memory and the commemoration of the Moriscos». *The Journal of North African Studies* 24 (1): 134-151. (Numeración según el pdf disponible en https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13629387.2018.1459267 Consultado 10/11/2020. 1-19).

BRAMON, Dolors (2009), «Alandalús y la historiografía de Cataluña», pp. 147-16. En MARÍN Manuela (dir.), Al-Ándalus/ España. Historiografías en contraste: Siglos xvii-xxi, Madrid, Casa de Velázquez

CALDERWOOD, Eric (2014). «The invention of al-Andalus: discovering the past and creating the present in Granada's Islamic tourism sites». *The journal of North African Studies*, 29 (1): 27-55.

CHAKOR, Mohamed (1997), *La llave y Latidos del Sur*, Editorial Cálamo.

GARCÍA SANJUÁN, Alejandro (2017), "Al-Andalus en la historiografía nacionalcatólica española: Claudio Sánchez Albornoz", en Humanista: Journal of Iberian Studies, n°37, pp. 305-328.

GIL BENUMEYA GRIMAU, Rodolfo (1994). «Análisis y fuentes de la escritura marroquí en lengua española». En *Escritura marroquí en lengua española. Actas del coloquio internacional*, editado por Abdelmouneim Bounou: 11-26. Fez: Universidad Mohamed Ben Abdalah.

--- 2002. *La frontera sur de Al-Andalus.* Tetuán: Tetuán Asmir.

PARADELA ALONSO, Nieves (2006), "El viaje y la historia: el mito de al-Ándalus en los modernos viajeros árabes a España", en Revista de Filología Románica, anejo IV, pp. 245- 265.

MGARA, Ahmed Mohamed (2007). «Sueños andalusíes». En *Entre 2 orillas. Literatura marroquí en lengua española*, editado por Carmelo Pérez Beltrán: 229-240. Granada: Fundación Euroárabe.

SORAVIA, Bruna (2009). «Al-Andalus au miroir du multiculturalisme. Le mythe de la *convivencia* dans quelques essais nord-américains récents». Marín, Manuela (dir.) *Al-Andalus/España. Historiografías en contraste : Siglos xvii-xxi*. Madrid : Casa de Velázquez, 2009. 351-365. Disponible en https://books.openedition.org/cvz/1404. Consultado 02/11/2024.

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
مختبر البحث: قانون الأعمال
Labo de Recherche: Droit des Affaires
جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1er
www.Droitetentreprise.com

محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

ISSN:2509-0291

الإصـــــــدار رقم 55

دجنبر 2024

LE PARTICULARISME DE LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES

Pr. Mohamed EL MADANI

FSJP, Université Ibn Tofail, Kénitra

Résumé. Affirmer l'existence d'une entité morale distincte de ses membres constitue déjà un défi en soi, mais imaginer cette entité morale sanctionnée pénalement représente une difficulté encore plus grande. Il est indéniable que la responsabilité pénale des personnes morales est un sujet complexe et délicat, suscitant de nombreux débats et controverses. Cependant, l'évolution des normes sociales et juridiques, ainsi que la nécessité de lutter contre la délinquance économique et environnementale, ont conduit à une reconnaissance accrue de cette responsabilité.

Le législateur a donc choisi d'étendre la responsabilité pénale aux personnes morales dans le but de prévenir les comportements répréhensibles, de dissuader les infractions et de protéger l'intérêt public. Cette décision pragmatique s'appuie sur des considérations telles que la prévention de la délinquance économique, la préservation de la confiance dans le système juridique et la nécessité de sanctionner les entités morales responsables de comportements répréhensibles.

Néanmoins, il convient de souligner que ce sujet suscite encore de nombreuses questions, principalement en raison de l'insuffisance de la loi actuelle. En effet, l'article 127 du Code pénal, en tant que seule base légale et unique référence en matière de responsabilité pénale des personnes morales, ne peut à lui seul fournir un cadre juridique complet et satisfaisant. Des réformes sont nécessaires pour remédier à ces lacunes et renforcer le régime de responsabilité pénale des personnes morales.

Mots clés **:** La responsabilité pénale des personnes morales- La mise en cause de la responsabilité pénale- Nécessité de la représentation- La qualité d'organe- La qualité de représentant- Nécessité d'une infraction commise pour le compte de la personne morale- Jurisprudence.

THE SPECIFICITY OF THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES

Summary. Asserting the existence of a legal entity distinct from its members is already a challenge in itself, but imagining this legal entity punished criminally represents an even greater difficulty. It is undeniable that the criminal liability of legal persons is a complex and delicate subject, giving rise to much debate and controversy. However, the evolution of social and legal norms, as well as the need to combat economic and environmental delinquency, have led to an increased recognition of this liability.

The legislator has therefore chosen to extend criminal liability to legal persons in order to prevent reprehensible conduct, deter offences and protect the public interest. This pragmatic decision is based on considerations such as the prevention of economic crime, the preservation of confidence in the legal system and the need to sanction legal entities responsible for illicit conduct.

However, it should be stressed that this topic still raises many questions, mainly due to the inadequacy of the current law. Indeed, Article 127 of the Criminal Code, as the only legal basis and sole reference in matters of criminal liability of legal persons, cannot by itself provide a complete and satisfactory legal framework. Reforms are necessary to address these shortcomings and strengthen the regime of criminal liability of legal persons.

Keywords **:** Criminal liability of legal persons - The imposition of criminal liability - Necessity of representation - The status of body - The status of representative - Necessity of an offence committed on behalf of the legal person - Jurisprudence.

Affirmer l'existence d'une entité morale distincte de ses membres constitue déjà un défi en soi, mais imaginer cette entité morale sanctionnée pénalement représente une difficulté encore plus grande. Toutefois, dans une société en constante évolution, les entreprises et les organisations jouent un rôle central dans l'économie et la vie sociale. Avec leur influence croissante, les risques d'infractions et de comportements répréhensibles se multiplient. Ainsi, il est primordial de comprendre comment le droit pénal encadre ces entités juridiques et comment il les tient responsables de leurs actes ?

« Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale ». A cet aphorisme attribué à Léon Duguit répondait le professeur Jean-Claude Soyer « *Moi non plus, mais je l'ai souvent vu payer l'addition* ». Ces deux citations font référence à la nature paradoxale de la personne morale dans le contexte social et juridique. La première citation, attribuée au juriste Léon Duguit, souligne la notion selon laquelle une personne morale est une entité abstraite qui ne peut pas prendre part à des interactions sociales directes, cependant, la seconde citation, attribuée au professeur Jean-Claude Soyer, apporte un autre point de vue intéressant. Elle souligne que même si la personne morale ne peut pas agir physiquement, elle peut néanmoins être tenue responsable pénalement.

Actuellement, cette problématique ne se pose plus. Si le droit contemporain reconnait qu'une personne morale peut être poursuivie sur le fondement du droit pénal, c'est parce que sa réalité est désormais bien reconnue. Le professeur Emmanuel DREYER a, à juste titre, résumé cette responsabilité : « *Les personnes morales n'ont ni chair, ni sang, pourtant elles ont des organes. Elles n'ont pas des sentiments, pourtant, elles ont une volonté. Elles sont invisibles, pourtant, elles agissent et peuvent même se voir reprocher leur inaction. Elles n'ont pas de domicile, pourtant, elles ont un siège…* ». Cette simple assertion d'Emmanuel Dreyer met en évidence la controverse entourant la responsabilité pénale des personnes morales. En effet, quel que soit l'ancienneté du débat, le droit pénal n'a jamais été très compatible avec l'idée d'un délinquant dépourvu de chair et de sang[1].

Il n'est pas douteux que l'Etat possède, à l'encontre des personnes morales, des raisons légitimes d'intervenir. En effet, chacun s'accordait à reconnaitre que les personnes morales, par les moyens dont elles disposent, sont souvent à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement ou encore à la législation sociale. Cependant l'acceptation de la responsabilité pénale des personnes morales a fait l'objet de plusieurs discussions théoriques en faveur de non reconnaissance de cette responsabilité2922.

En effet, l'acceptation de ce nouveau principe a soulevé de sérieux obstacles notamment en raison de la difficile perception, par beaucoup d'auteurs, de ce que représente réellement cette responsabilité. Deux sortes d'arguments ont été principalement invoquées contre une reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales tenant les uns à une notion de personnalité morale et les autres au droit pénal. Ces arguments ont évolué en fonction de la conception qu'on s'est faite de la personne morale2923.

Au XIXe siècle, on avançait un argument basé sur la fiction de la personnalité morale, considérant cette dernière comme une création artificielle, une abstraction juridique dépourvue de volonté propre, où les individus qui la composent agissent en son nom. Cependant, aujourd'hui, personne ne soutient plus cette théorie de la fiction, même si cette idée persiste dans l'esprit de nombreuses personnes, de manière plus ou moins consciente.

Cependant, si la personnalité morale est une réalité incontestable, elle n'en est pas moins un domaine d'activité réduit. C'est d'ailleurs, ce que soutiennent les partisans de la théorie de la spécialité de la personne morale. Selon cette théorie, la personnalité morale ne donne pas une capacité illimitée mais seulement la capacité juridique susceptible de s'exprimer dans le cadre de son objet social. Or, la commission d'une infraction pénale est nécessairement hors de la limite de l'objet sociale et la personne morale ne peut donc avoir la capacité pénale2924. Ainsi, ce principe a été contourné. La

2922 Emmanuel DREYER, Droit pénal général, LexisNexis,2012, p.711.
2923 Kaoutar BALBOUL et Youssef LAHJOUJI, *droit pénal général marocain,* Dar el Afak 1ere édition, 2019, p 125.
2924 Kaoutar BALBOUL et Youssef LAHJOUJI, op. cit., p 126-127.

personnalité morale peut en effet, fournir un cadre juridique propice à la commission d'infractions sous couvert du respect de l'objet social2925.
Quant aux arguments tenant au droit pénal, Ils reposent principalement sur le principe de la personnalité des peines. En effet, l'idée avancée est que l'engagement de la personne morale va revenir à faire supporter au groupement tout entier les conséquences des agissements d'un ou plusieurs individus. Dans le même sens, les sanctions prévues dans le code pénal correspondent aux seules personnes physiques et s'avèrent inadaptées aux personnes morales, car il est absurde de penser qu'on pourra, par l'application d'une peine, châtier, amender, ou intimider une personne morale2926. Les personnes morales sont devenues dans la société moderne une composante majeure et quotidienne, de façon qu'elles constituent notre environnement économique, industriel et social.

Ces questions fondamentales par essence, exigent des réflexions approfondies. Ce constat nous conduit à examiner l'objet sur lequel porte les critiques afin de mesurer l'adaptation du droit pénal envers les personnes morales **(I)** pour ensuite, examiner le particularisme du régime juridique et la singularité des sanctions applicables aux personnes morales **(II)**.

I. L'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales

La montée en puissance de la personne morale dans la société a automatiquement eu pour conséquence d'être engagée sur la voie criminelle, tout à fait comme les personnes physiques. Vu leur rôle de plus en plus dominant dans la vie quotidienne, Il est grand temps, de reconnaitre que les personnes morales constituent en droit pénal, aussi bien que les personnes physiques, une réalité criminologique2927. Le Maroc, à travers son article 127 du Code pénal admet la responsabilité pénale des personnes morales. Toutefois, on peut constater à travers ce même article que le législateur a omis de préciser les personnes pénalement irresponsables, contrairement à son homologue français qui a pris soin d'écarter l'Etat à travers l'article 121-2 al 1 du Code pénal français. « « *Ce principe […] a été posé sans être véritablement pensé, et établi sans se voir vraiment discuté […]* »7 ou encore, « *L'inégalité de traitement instituée entre l'Etat et les collectivités territoriales se justifient difficilement* », il s'agit, sans conteste, de quelques critiques hautement louables au sujet de l'exclusion de l'Etat du champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales.

A : Les contours du champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales

« Les personnes morales ne peuvent être condamnées qu'à des peines pécuniaires et aux peines accessoires prévues sous les numéros 5, 6 et 7 de l'article 36. Elles peuvent également être soumises aux mesures de sûreté réelles de l'article 62 »2928. La reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales fut l'élément novateur du code pénal de 1962 à travers cet article. Toutefois, il est important de souligner qu'il existe deux grands axes du droit, à savoir le droit public et le droit privé, il est donc évident de faire une distinction entre les personnes morales de droit privé et les personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale peut être engagée.
La reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales en droit privé s'avère pertinente. Car, il existe en droit privé une multitude de groupements répondant à certaines exigences auxquels la loi reconnait la personnalité morale, mais ces exigences diffèrent selon la nature du groupement. En revanche, il semble difficile d'affirmer que la souveraineté de l'Etat puisse expliquer son irresponsabilité pénale. En effet, comment expliquer que l'Etat ne soit pas pénalement responsable

2925 Fabrice GARTNER, L'extension de la répression pénale aux personnes publiques, Revue française de droit administratif, Dalloz 1994, p. 126.
2926 Julien JORDA, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière de la jurisprudence, Gazette du Palais, 11 février 2001, p. 4.
2927 Etienne PICARD, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : Fondements et champs d'application, *Revue des sociétés*, 1993, p. 261.
2928 Jean Claude PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Edition l'Harmattan, 2003, p.39.

pour ses activités où toute idée de souveraineté est écartée ? En quoi la souveraineté de l'Etat l'empêche d'être condamné pour homicide involontaire si un de ses agents trouve la mort au cours d'un accident de service dû au non-respect des règlements relatifs à la sécurité du travail ?2929
Devant l'insuffisance évidente de solidité de l'argument issu de la souveraineté, les auteurs désireux de soutenir le bien-fondé de l'irresponsabilité pénale de l'Etat se sont vus contraints de rechercher une autre justification dans le monopole étatique de répression. Selon les tenants de cette théorie, « *l'Etat est exclu parce qu'il a le monopole de la puissance publique et donc de la répression* »2930. Selon eux, l'Etat étant celui qui édicte les règles de droit pénal et assure leur respect par la répression, il ne peut y être soumis. En approfondissant cette analyse, ces auteurs affirment que reconnaitre la responsabilité pénale de l'Etat ; aurait conduit à ce que celui-ci aurait fixé l'incrimination, aurait enfreint cette loi, aurait été poursuivi par le ministère public qui dépend de lui, aurait été jugé par les juridictions pénales, et enfin aurait versé une amende à son trésor public2931.
Ainsi, la sanction n'en n'est plus une, dès lors que l'appauvrissement n'existe pas et ces auteurs en concluent que « *la soumission de l'Etat au droit pénal aurait eu des conséquences pratiques ridicules »2932 ou encore qu'il serait « déraisonnable que l'Etat soit responsable devant lui-même* »2933. Face à cette situation, la question qui se pose alors est celle de savoir comment doit-on interpréter un tel mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard de la personne morale ? Plusieurs auteurs ont affirmé que cette responsabilité était en effet une responsabilité du fait d'autrui. En principe, le droit pénal admet largement la responsabilité du fait personnel corollaire du principe de la personnalité des peines conformément à la règle **:** *« nul n'est responsable que de son propre fait ».* Toutefois, dans certains cas, la responsabilité de l'auteur de l'infraction peut être engagée pénalement par le fait d'un tiers. Le droit pénal contemporain est de plus en plus confronté à la question d'une responsabilité pénale du fait d'autrui. En théorie, il s'agirait ici d'imputer la responsabilité des faits délictueux à une autre personne qui n'aurait, logiquement, aucun rapport avec la commission de l'infraction.

La responsabilité du fait d'autrui s'entend concrètement de la condamnation d'une personne à une peine en raison d'un acte commis par une autre personne. Si l'on raisonne par référence au droit civil, pour être en présence d'une véritable responsabilité pénale pour autrui, il faudrait que le « responsable » n'ait commis aucune faute et qu'il n'ait, d'aucune manière, participé matériellement à l'acte incriminé à l'origine du dommage. En droit civil, le responsable est un garant **:** comme il s'agit d'une question d'indemnisation, le poids de la réparation pèsera sur celui qui est censé être le plus fortuné. En droit pénal, le raisonnement est différent **:** l'objet de la poursuite est une condamnation, la responsabilité ne peut donc s'abattre que sur un fautif2934.
Il n'existe pas de responsabilité pénale du fait d'autrui en droit marocain, ceci dit, la personne morale ne peut être considérée pénalement responsable du fait de ses dirigeants ou de ses préposés, tel était le constat de la Cour de cassation qui a rejeté le principe de la responsabilité pénale des personnes morales à travers plusieurs arrêts. Citons à titre d'exemple l'arrêt du 13 décembre 1962 de la Cour de cassation qui a cassé et annulé un jugement du tribunal de première instance de Marrakech du 8 mars 1962 sous prétexte que la responsabilité pénale de la personne morale ne respecte pas le principe de la personnalité des peines2935. Ce n'est 1985 que cette position verra un changement à travers un arrêt émanant de la Cour d'appel de Tétouan qui pose expressément le principe d'une responsabilité pénales des personnes morales exclusive de la responsabilité pénale des personnes physiques2936.

2929 Pierre COUVRAT, La responsabilité pénale des personnes morales, un principe nouveau, Petites affiches, 6 octobre 1993, n°120, p. 13.
2930 Jean Claude PLANQUE, op. cit., p. 96.
2931 Fabrice GARTNER, op. cit., p. 126.
2932 Hubert SEILLAN, Le nouveau code pénal et la santé/sécurité du travail, Actualité législative Dalloz 1995, p.209.
2933 Idem.
2934 Etienne PICARD, op. cit., p. 261.
2935 Emmanuel DREYER, Droit pénal général, LexisNexis, 2012, op cit.
2936 Idem.

La responsabilité pénale des personnes morales ne se substitue donc pas à la responsabilité pénale des personnes physiques, auteurs matériels ou complices de l'infraction, celles-ci demeurent tenues de leurs actions ou de leurs omissions, et notamment les dirigeants des sociétés civiles ou commerciales demeurent pénalement responsables à raison des obligations inhérentes aux fonctions directoriales ou présidentielles qu'ils assument. Actuellement, cette problématique ne se pose plus, elle est dépassée. Si le droit contemporain reconnait qu'une personne morale peut être poursuivie sur le fondement du droit pénal ; c'est parce que sa réalité est désormais bien reconnue. Le professeur Emmanuel Dreyer a, à juste titre, résumé cette responsabilité **:** *« Les personnes morales n'ont ni chair, ni sang ; pourtant elles ont des organes. Elles n'ont pas des sentiments, pourtant, elles ont une volonté. Elles sont invisibles, pourtant, elles agissent et peuvent même se voir reprocher leur inaction. Elles n'ont pas de domicile, pourtant, elles ont un siège ».14*

L'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales au Maroc fut en 1962 à travers l'article 127 du Code pénal qui aux termes duquel « *Les personnes morales ne peuvent être condamnées qu'à des peines pécuniaires et aux peines accessoires prévues sous les numéros 5, 6 et 7 de l'article 36. Elles peuvent également être soumises aux mesures de sûreté réelles de l'article 62* ».15 La loi pénale marocaine a désormais expressément reconnu les personnes morales comme auteurs d'infractions au même titre que les personnes physiques. Si le législateur marocain a fini par introduire la responsabilité pénale des personnes morales dans le droit positif. Ces personnes morales peuvent être sanctionnées aussi bien pour des infractions du droit commun que celles relevant du droit des affaires. En effet, les personnes morales de droit privé sont susceptibles de se voir leur responsabilité pénale engagée. Il peut s'agir de toute société, commerciale ou civile, d'associations à but non lucratif, de partis politique, de syndicat, etc. Peu importe la nationalité de la personne morale puisque la loi pénale marocaine s'applique pour les infractions commises sur le territoire marocain.

N'étant pas responsable des infractions pénales d'autrui, elle doit donc être regardée au plan pénal comme personnellement responsable des faits de l'homme lorsque ceux-ci sont réalisés dans le cadre de son activité. Il faut, en effet, admettre qu'elle a une volonté collective propre, distincte de celle de ses membres. Sans la reconnaissance de cette volonté il ne saurait y avoir d'imputabilité, or cette imputabilité est implicitement admise par l'article 127 du Code pénal2937.

Toutefois, cette reconnaissance a été entachée d'ambigüité. En effet, le législateur marocain reconnait cette responsabilité à travers son article 127 ; mais plusieurs articles refusent de retenir la personne morale responsable pénalement au même titre que la personne physique. On cite à titre d'exemple l'article premier du code pénal qui dispose « *La loi pénale détermine et constitue en infractions les faits de l'homme qui, à raison du trouble social qu'ils provoquent, justifient l'application à leur auteur de peines ou de mesures de sûreté* ». Le législateur vise à travers cet article l'être humain constitué de chair et de sang. La même position a été adoptée par l'article 132 à travers duquel : « *Toute personne saine d'esprit et capable de discernement est personnellement responsable…* » et l'article 126 : « Les peines et mesures de sûreté édictées par le présent code sont applicables aux personnes physiques ». Ces articles montrent que la personne physique est seule visée par le législateur.

La doctrine a donc été divisée en deux courants. Le premier considère que la responsabilité pénale des personnes morales est seulement une exception de la responsabilité pénale en général. Tandis que le deuxième considère que le législateur marocain a explicitement reconnu les personnes morales responsables pénalement au même titre que les personnes physiques.

Les partisans du premier courant soutiennent que le législateur reconnait la responsabilité pénale des personnes morales ; mais seulement dans des cas spécifiques qui font exception au principe général prôné par les dispositions des articles susmentionnés, visant la personne physique dotée de l'intelligence, la volonté et la capacité. Le dernier alinéa de l'article 132 du Code pénal dispose que « *Il n'est dérogé à ce principe que lorsque la loi en dispose autrement* », ce qui signifie que la règle

2937 François-Paul BLANC, Le droit marocain des fraudes sur les marchandises et son adaptation aux marchés extérieurs, *Séminaire et Colloque*, n°14, 1995, p. 365.

générale est celle d'engager la responsabilité pénale des personnes physiques et que ce principe admet une exception qu'est la responsabilité pénale des personnes morales lorsque le législateur le prévoit expressément.

Tandis que le deuxième courant considère que le législateur a explicitement reconnu que les personnes morales sont pénalement responsables à travers son article 127. Ce même raisonnement est soutenu par le professeur François Paul blanc qui considère que les articles 126 et 127 du Code pénal sont implicitement similaires, que ce soit au niveau de la criminalisation ou de la responsabilité pénale des personnes physiques comme des personnes morales ; tout en prenant en considération la nature incorporelle de ces dernières.

Pendant un certain temps après son adoption en 1962, la Cour suprême entretenait une position incertaine à l'égard du principe de la responsabilité pénale des personnes morales et ne le reconnaissait pas du tout, comme en témoignent plusieurs arrêts. En effet, dans un arrêt rendu le 13 décembre 1962, elle a jugé que le principe de la responsabilité pénale des personnes morales est incompatible avec le principe de la personnalité des peines. A cet égard, elle estimait que « *les peines sont strictement personnelles. Elles ne peuvent frapper quiconque, ni être prononcées contre les personnes morales en dehors des cas expressément prévus par la loi. Méconnaître le principe de la responsabilité des peines, encourt en conséquence, la cassation, la décision qui prononce une peine contre le directeur d'une société à la charge duquel elle n'a retenu aucune faute personnelle et le condamne - es qualité - dans l'intention d'infliger une sanction pénale à la société qu'il représente, dans une matière où la responsabilité des personnes morales n'est pas prévue par la loi* »2938. La remarque et la constatation qui peut être tirée de cet arrêt est que la Cour suprême reconnaît que l'imputation de la faute à une personne morale peut entraîner automatiquement l'exonération de la responsabilité pénale de la personne physique, auteur principal de l'infraction.

La position de la Cour suprême concernant le nouveau principe énoncé par l'article 127 du Code pénal n'a été remise en question qu'en 1985, avec l'arrêt numéro 1498 du 1er juillet 1985 de la Cour d'appel de Tétouan2939. Cet arrêt a introduit le principe de la responsabilité pénale exclusive des personnes morales, en écartant la responsabilité pénale des personnes physiques. Après avoir constaté que « *l'infraction qui a provoqué les poursuites (…) a été commise par une personne morale et non par une personne physiques* », la chambre infirme le jugement de première instance qui avait prononcé la condamnation de la personne physique, car « *le tribunal qui a rendu la décision entreprise, aurait dû, s'il était convaincu de la culpabilité, condamner la personne morale et non la personne physique* »2940. De ce fait, la Cour d'appel de Tétouan, par le présent arrêt vient d'admettre le principe de la responsabilité pénale des personnes morales pour la première fois, depuis la promulgation du code de 1962, ce qui fait de ce principe un principe pleinement consacré et accepté en droit marocain.

L'importance et l'intérêt du ce sujet comme sujet d'actualité, n'est pas à démontrer, en effet, le sujet en lui-même tient son importance du fait que certains pénalistes considèrent, qu'en premier lieu, il existe un considérable potentiel criminologique chez les être collectifs, en deuxième lieu, les personnes morales sont beaucoup plus solvables que les personnes physiques, de sorte que leur responsabilité pénale représentait un avantage au profit des victimes. Finalement, les pénalistes ont aussi soulevé en raison de certaines contradictions inhérentes, que le sujet de la responsabilité pénale des personnes morales soulève encore de nombreuses questions et débats2941.

Néanmoins, la nature contradictoire et paradoxale du sujet nous conduit à nous poser une panoplie de questions : comment un être moral incapable de tenir physiquement une arme pourrait désormais

2938 François Paul BLANC, La détermination de l'auteur de l'infraction dans le droit marocain des fraudes : la responsabilité des personnes morales est-elle exclusive de la personnalité pénale des personnes physiques, Revue marocaine d'économie et de droit comparé, n° 20, 1993, p. 69.

2939 François-Paul BLANC, Le droit marocain des fraudes sur les marchandises et son adaptation aux marchés extérieurs, Séminaire et Colloque, n°14, 1995, p. 364.

2940 Idem.

2941 Tracy Joseph REINALDET DOS SANTOS, *La responsabilité pénale des personnes morales : étude comparée franco-brésilienne*, Thèse soutenue le 28 septembre 2017 à l'Université de Toulouse 1 p. 39.

donner la mort à autrui ? Comment pourrait-on appliquer des théories et concepts conçus pour les personnes physiques à des êtres qui ne sont pas humains ? Qui sont ces personnes morales concernées ? De quelle manière serait-il possible d'identifier et de caractériser l'infraction chez les êtres collectifs ? La responsabilité des êtres collectifs pourrait-elle être perçue comme une responsabilité personnelle ou du fait d'autrui ? Quelles sont les transgressions pouvant être attribuées à une personne morale en matière de responsabilité pénale ? Comment les peines sont-elles adaptées à la condamnation pénale des personnes morales ?

B- Les conditions de recevabilité d'une action pénale à l'encontre d'une personne morale

Le juge, pour imputer un acte à une personne morale, devra toujours faire un bond de la personne physique vers cette personne morale2942, avant de prouver que l'infraction est commise pour le compte de la personne morale. Pour appréhender la responsabilité pénale des personnes morales, il faut au préalable définir la personne morale. La personnalité morale n'est pas définie par la loi. Une personne morale est un **:** *« groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète »*. Les personnes morales sont responsables pénalement, l'article 127 du Code pénal prévoit que les personnes morales peuvent être condamnées qu'à des peines pécuniaires et accessoires. Les personnes morales sont des groupements ayant la personnalité juridique, susceptibles d'être titulaires de droits et obligations. La question est de savoir si une infraction matériellement commise par une personne physique peut engager la responsabilité de la personne morale elle-même ? Le Code pénal marocain ne détermine pas les conditions pour engager la responsabilité pénale d'une personne morale. En se référant au droit comparé et plus précisément les législations qui admettent la responsabilité des personnes morales, on peut soulever la particularité d'être à la fois indirecte et personnelle. Sa responsabilité est une responsabilité subséquente ou par ricochet dans la mesure où elle ne peut être mise en cause que par les actes de ses dirigeants. En d'autres termes, si la faute est commise par une personne qui n'est ni un organe, ni un représentant, la responsabilité pénale de celle-ci ne peut pas être engagée. La responsabilité pénale des personnes morales suppose la commission d'une infraction par un organe ou un représentant. La personne morale ne peut matériellement agir d'elle-même, la mise en cause de sa responsabilité nécessite la présence d'un « « substratum humain ». Ainsi, la responsabilité des personnes morales est une responsabilité par représentation, une personne physique va agir matériellement pour la personne morale. Il existe donc toujours une personne physique qui va agir pour la personne morale. Cependant, pour que la responsabilité de la personne morale puisse être engagée, la personne physique doit avoir la qualité d'organe ou de représentant.

1- La nécessité de la représentation des personnes morales

Pour que la responsabilité de la personne morale puisse être engagée, la personne physique doit avoir la qualité d'organe ou de représentant. Un organe est une ou plusieurs personnes (il peut s'agir d'un organe collectif) investies légalement ou par les statuts d'un pouvoir de direction et de gestion. Néanmoins, il faut ajouter aux représentants ceux qui se comportent comme s'ils avaient le pouvoir de représenter la personne morale (notamment les dirigeants de fait). C'est pourquoi, il était admis que pour engager la responsabilité pénale des personnes morales ; il fallait identifier la personne physique pour vérifier qu'elle a la qualité d'organe ou de représentant.

Retenir la responsabilité pénale de la personne morale par représentation suppose déjà que l'infraction n'est pas le fait de celle-ci. Elle a dû être commise par une personne physique agissant en lieu et place de la personne morale, mais la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle de cette personne physique auteur ou complice des mêmes faits. Parmi ces dernières personnes figurent évidemment les organes ou représentants qui ont réalisé matériellement l'infraction. De même, le

2942 S. GEEROMS, « La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative », Revue, internationale de droit comparé., Juillet-septembre 1996, Vol. 48 n°3, p. 539.

texte autorise un cumul de responsabilités de la personne physique et de l'être moral, mais ne l'impose pas.

Le législateur français vise expressément et limitativement les organes et les représentants. Le dirigeant de fait est assimilé complètement au dirigeant de droit et par conséquent le dirigeant de fait engagera la responsabilité de la personne morale. Par contre, le simple salarié est incapable à engager la responsabilité pénale de la société qui l'emploie s'il ne dispose pas d'une délégation de pouvoirs dans le domaine dans lequel l'infraction est commise2943. La cour de cassation n'a pas condamné un office de tourisme comme chef de discrimination raciale pour les faits d'une salariée qui a rédigé de documents comportant une liste d'établissements dans lesquels l'accueil de clients ayant des noms à consonance maghrébine n'était pas souhaité, pour motif que ce fait est de sa propre initiative sans aucune décision d'assigner la salariée de cette tâche. Elle n'avait donc commis l'infraction ni comme organe ou représentant ni pour le compte de l'office du tourisme. Cass. 29 janv. 2008, Juris-Data n° 2008-042903.

Cette règle du cumul de responsabilités entre une personne morale et les personnes physiques qui la représentent ou composent ses organes posera également de nombreux problèmes en ce qui concerne les conflits qui naîtront des défenses respectives. Il est évident que le dirigeant poursuivi tentera de faire supporter et renvoyer sur la personne morale, la responsabilité qu'on lui impute2944. Ainsi, l'article 706-43 du Code de la procédure pénale français a permis de résoudre ces conflits en prévoyant la nomination d'un mandataire ad hoc par le président du tribunal de grande instance compétent dans les cas où la personne morale et son représentant légal seraient poursuivis pour les mêmes faits.

Cette particularité de la criminalité a reçu l'appellation de responsabilité du fait personnel par représentation, adoptée par suite dans la jurisprudence. L'originalité de ce type de responsabilité est expliquée par le fait que celle-ci est le résultat d'une imputation de l'infraction d'un être autre que la personne morale. Les actes purement matériels ne peuvent pas être accomplis par la personne morale elle-même. Le droit français a instauré le principe de généralité ; selon ce principe la responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée pour toutes les infractions. En revanche, le législateur marocain laisse le choix au juge de décider quelle infraction peut être imputée à la personne morale. Tout comme une personne physique, lorsque la personne morale commet une infraction sa responsabilité pénale est mise en cause entrainant ainsi sa condamnation. Mais, il convient de noter qu'il existe des circonstances où la personne morale peut être déclarée irresponsable pénalement.

Dans le cadre de droit pénal des affaires, concernant le droit marocain des fraudes sur les marchandises par la personne morale ; cette application judiciaire va cependant interpeller certaines juridictions. En effet, certaines décisions vont nuancer la jurisprudence de Tétouan, tout en sanctionnant la seule personne morale, elles rejettent nettement le principe selon lequel la responsabilité de cette dernière serait exclusive de celle de ses dirigeants, affirmant que si la participation personnelle à la fraude d'un dirigeant de société est établi, il importe bien évidemment de le condamner, telle était la position de la Cour d'appel d'El Jadida en 19862945, d'autres juridictions iront plus loin, consacrant nettement ce que l'on peut appeler la nécessaire existence d'une pluralité d'auteurs. C'est notamment le cas de la Cour d'appel de Beni Mellal dans un arrêt du 7 janvier 19922946 qui prononce la condamnation de la société « Centrale laitière » de Tadla en la personne de son représentant juridique, du chauffeur du camion sur lequel ont été prélevés les produits

2943 La cour de cassation n'a pas condamné un office de tourisme comme chef de discrimination raciale pour les faits d'une salariée qui a rédigé de documents comportant une liste d'établissements dans lesquels l'accueil de clients ayant des noms à consonance maghrébine n'était pas souhaité, pour motif que ce fait est de sa propre initiative sans aucune décision d'assigner la salariée de cette tâche. Elle n'avait donc commis l'infraction ni comme organe ou représentant ni pour le compte de l'office du tourisme. Cassation. 29 janv. 2008, Juris-Data n° 2008-042903.

2944 J.-P. ANTONA, Ph. COLIN et F. LENGLART, La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires, Dalloz, 1996, p. 30.

2945 Cour d'appel d'El Jadida, Arrêt n°1484-86 du 6 Juin 1986.

2946 Cour d'appel de Beni Mellal, Arrêt n°8-92 du 7 janvier 1987.

analysés et du gérant de la société. Dès 1989, le Tribunal de première instance de Beni-Mellal pratiquera la double répression, estimant qu'il y'a nécessairement toujours deux coupables **:** la personne morale et la personne physique. On peut citer en ce sens le jugement n°942-89 dossier n°3615-85 de mars 1989, et le jugement n°227- 91, dossier n°1857-90 du 11 juin 1991 qui concerne la fraude sur le sucre.

Dans ces conditions, il importe de s'interroger sur l'intérêt pratique de cette consécration de la responsabilité pénale des personnes morales par l'article 127 du code pénal de 1962 ? Pourquoi poursuivre une personne morale pour une infraction commise dans le cadre de son activité puisque la ou les personnes physiques, auteurs, coauteurs ou complice de ladite infraction doivent également en répondre ?

Deux raisons peuvent être invoquées, d'abord, la mise en cause de la personne morale, sur le fondement de sa responsabilité personnelle, est susceptible de faciliter la réparation intégrale du préjudice subi par la victime, les personnes morales présentent généralement des garanties de solvabilité supérieures à celles des personnes physiques. Elles ne peuvent opposer aucun cas d'irresponsabilité ou de responsabilité partielle. La seconde raison, est que la responsabilité pénale des personnes morales permet une aggravation de la sanction pénale puisque « *La loi pénale détermine et constitue en infractions les faits de l'homme* » (article 1 du Code pénal). Ces « *faits de l'homme* » peuvent être sanctionnés à deux niveaux, celui de la personne morale et celui de la personne physique2947.

Dans le même ordre d'idée, on ne peut pas dire qu'il y a une identité entre le représentant qui a accompli l'infraction à la place du groupement et le groupement lui-même. Ce sont deux personnes différentes2948, lesquelles ne peuvent dont être appréhendées par le droit pénal comme un seul individu. Pour cette raison, la responsabilité pénale de la personne morale serait une responsabilité du fait d'autrui, puisque d'un côté, on a une personne physique qui va accomplir l'élément matériel de l'infraction et, d'un autre côté, on a une personne morale responsable du fait répréhensible. L'être collectif serait alors responsable pénalement non pas à cause de sa propre infraction, mais en raison de l'infraction d'autrui2949. Ainsi, comme la responsabilité pénale du groupement est fondée sur le fait d'une personne physique qui *« aurait matériellement commis l'infraction »,* elle constituerait nécessairement une infraction pénale indirecte, car la personne qui a accompli l'élément matériel de l'infraction n'est pas le groupement2950. Suivant ce raisonnement, l'action ou l'omission accomplie par le représentant ou l'organe de la personne morale serait un acte propre de la personne physique2951.

Par conséquent, rendre le groupement responsable d'un tel comportement signifie le rendre responsable du fait d'une personne qui, certes est liée à la personne morale, mais qui ne l'incarne pas. *L'effort d'adaptation du droit pénal à l'égard des groupements engendre un problème lié au caractère personnel de la responsabilité pénale des personnes morales, car en raison d'une telle adaptation cette responsabilité aurait une nature indirecte et ne serait pas une responsabilité personnelle.*

2- La nécessité d'une infraction commise pour le compte de la personne morale

Pour qu'une infraction soit retenue à la charge d'une personne morale, il faut qu'elle soit commise pour son compte. Un dirigeant n'agissant que dans son seul intérêt n'engage que sa responsabilité personnelle. Cependant, la définition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale

2947 François-Paul BLANC, op. cit., p. 366.
2948 Paul DURAND, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, in Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Paris : Libraire générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 155.
2949 Jean-Yves MARÉCHAL, op. cit., p. 20.
2950 Tracy Joseph REINALDET DOS SANTOS, op.cit., p. 79.
2951 Tracy Joseph REINALDET DOS SANTOS, op.cit., p. 80.

est particulièrement imprécise, faut-il entendre que la personne morale doit simplement avoir bénéficié de l'infraction ou que la personne morale doit avoir participé à la prise de décision, au travers de ses organes. Cette définition laissera au juge une grande liberté d'appréciation. Il semble possible de donner à cette expression d'abord une signification étroite correspondant à l'idée d'un intérêt que retire la personne morale de l'infraction commise et une telle conception peut être adaptée aux infractions intentionnelles reprochées aux personnes morales. Mais, elle peut s'entendre également, plus largement, à des infractions qui sont accomplies dans le cadre des structures juridiques de la personne morale ou encore des infractions qui apparaissent comme la conséquence de l'organisation de la personne morale, comme l'ont montré certains auteurs2952.

Pour que la responsabilité pénale de la personne morale soit engagée ; ça suppose que l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale par ses organes de direction. Autrement dit, l'infraction doit avoir été commise par le dirigeant pour son propre compte ou dans son seul intérêt même si le dirigeant a agi dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Il en est de même lorsque le représentant a agi en dehors de ses attributions. Cependant, il est important de tracer les limites de cette responsabilité. Les sociétés en formation ou en cours de constitution et les personnes morales de droit public sont en principe irresponsables pénalement comme l'Etat.

Certains professeurs considèrent que l'infraction est réalisée pour le compte de la personne morale, lorsqu'elle lui procure un gain ou une source d'économies2953. Toutefois, une entreprise a été poursuivie pénalement lorsqu'elle avait décidé le choix d'un procédé plus économique, mais plus risqué pour la sécurité, car le procédé choisi avait blessé gravement deux salariés2954. Egalement, la responsabilité pénale de la personne morale pourra être engagée lorsque les actes répréhensibles de l'organe ou du représentant auront été commis dans l'exercice d'activités ayant pour objet d'assurer l'organisation et le fonctionnement de la personne morale.

Une appréciation extensive de cette notion de « pour le compte » permet ainsi d'engager la responsabilité de la personne morale non seulement pour des infractions volontaires à but non lucratif comme l'infraction de discrimination dans l'embauche2955. Mais aussi, pour des infractions d'imprudence ou de négligence.

3- Le cumul de responsabilité pénale des représentants de la personne morale et celle de la personne morale

Le législateur a, cependant, introduit la règle de cumul de responsabilités des représentants de la personne morale et la personne morale pour éviter une complète absorption de la responsabilité pénale des personnes physiques par les personnes morales. Ce cumul des poursuites aurait mérité des précisions, mais le législateur a laissé le soin aux tribunaux de se déterminer selon les circonstances d'espèce. Par ailleurs, il faut souligner que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.

De ce fait, en matière de la banqueroute, la responsabilité pénale de la personne morale est prévue. Le législateur a souhaité que la personne morale puisse être poursuivie pénalement pour complicité de banqueroute. Cependant, le Code pénal marocain2956 ne répondait qu'à la question de l'imputabilité pénale de la personne morale, sans toutefois aborder les mesures d'application et

2952 J.-C. PLANQUE, La détermination de la personne morale pénalement punissable, Le Harmattan, 2003, p. 285 et s.
2953 S. BASILE, « La responsabilité pénale de la personne morale », Rev. Travail et sécurité, 2009.
2954 Cass.Crim, 30 octobre 2001, installation d'un tirefort mécanique au lieu d'un treuil mécanique.
2955 Code pénal Français, art 225-1 et 225-2.
2956 La responsabilité pénale des personnes morales a été prévue par le Code pénal marocain depuis 1962. Art. 127 : « Les personnes morales ne peuvent être condamnées qu'à des peines pécuniaires et aux peines accessoires prévues sous les numéros 5, 6 et 7 de l'article 36. Elles peuvent également être soumises aux mesures de sûreté réelles de l'article 62 ».

d'imputabilité. Ainsi, la Cour de cassation marocaine a jugé, dans un arrêt rendu le 02 juin 19602957, que la responsabilité pénale des personnes morales ne pouvait être déclarée que sur la base d'un texte explicite de la loi avant de revenir ultérieurement sur cette décision2958.

Par contre, le législateur français qui ne prit soin de mettre en place la responsabilité pénale des personnes morales qu'en 1992 par l'article 121-2 du Code pénal a précisé depuis cette date qu'une personne physique qui commet un crime, un délit ou une contravention pour le compte de la personne morale en qualité d'organe ou de représentant engage la responsabilité pénale de cette dernière. Le législateur avec cette réforme reconnait une responsabilité pleine et entière de la personne morale, dans tous ses éléments, matériels et moraux.

Par ailleurs, pour que la responsabilité pénale de la personne morale soit engagée, les juges doivent caractériser « la volonté infractionnelle » en la personne des organes ou représentants de la personne morale2959. Il est nécessaire que la double responsabilité soit caractérisée au titre des mêmes faits, ce qui, dans la majeure partie des cas, ne soulève aucune difficulté2960. En effet, la Cour de cassation marocaine a caractérisé la double responsabilité en précisant que « *tant qu'il n'existe aucune disposition dans la loi qui exempte un dirigeant d'une société en tant que représentant de la personne morale de cette responsabilité, chaque fois qu'il est prouvé que les actes commis, même au nom de la société qu'il représente ou avec une autorisation de celle-ci, sont pénalement interdits* »2961.
De même, dans un arrêt du 3 octobre 20072962, la chambre criminelle française a soutenu les juges du fond qui avaient condamné une banque et son directeur général pour complicité de banqueroute. Dans cette affaire, le dirigeant des sociétés et associations de gestion et d'exploitation d'un club de football, placées en liquidation judiciaire, a été poursuivi du chef de banqueroute par emploi de moyens ruineux. L'administrateur de ce club, ainsi qu'un établissement bancaire et son directeur général, ont été poursuivis en qualité de complices, *« le caractère ruineux des moyens de financement octroyés de 1994 à 1997 par le Crédit agricole mutuel sud méditerranée qui résultent d'un taux d'endettement excessif générant des frais trop importants au regard des possibilités du club de football* ».
En tout cas, la responsabilité de la personne morale serait reposée sur une intervention humaine2963. Selon l'alinéa 1 de l'article 121-2 précité, elle ne peut en tout état de cause être engagée que si les infractions ont été commises par un organe ou un représentant de la personne morale et pour son compte.

II : Le particularisme du régime juridique et la singularité des sanctions applicables aux personnes morales

La peine est la sanction attachée par un texte pénal à la définition d'une infraction et qui est la conséquence de la commission de cette infraction2964. Lorsqu'une personne morale commet une infraction, il est donc crucial de déterminer les sanctions qui lui sont applicables (**A**). De même, il

2957 Arrêt de la Cour suprême n° 659, 02 juin 1960. Cité par M. AMZAZI ; « La responsabilité pénale des sociétés en droit marocain », Revue. Marocaine de droit et d'économie du développement, n° 37, 1996, p. 16.
2958 Arrêt de la Cour suprême n°1266, du 13 décembre 1962, dossier n° 10.762, Recueil des arrêts de la Cour suprême, chambre criminelle, année judiciaire, 1962-1965, éd. La porte, Rabat, p. 41-42.
2959 Cassation criminelle. 29 avril 2003, n° 02-85353, Bull. Criminel, n° 91, D 2004, p 167, note J-C. SAINT-PAU.
2960 H. MATSOPOULOU, « Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », Dr. et pat., juin 2006, n° 149, p 51 et 52.
2961 Arrêt de la Cour suprême n° 7/2263, 01 novembre 1998, dossier n°98/8774, Recueil des arrêts de la cour suprême, n° 55, 2000, p. 399.
2962 Cassation criminelle. 3 octobre 2007, n° 06-89.194 Jurisdata n° 2007-041310.
2963 J.-Y. MARECHAL, « L'exigence variable de l'identification de la personne physique » Acte de Colloque : Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales, Collection CEPRISCA, 2009, p. 51.
2964 Kaoutar BALBOUL et Youssef LAHJOUJI, Droit pénal général marocain, Dar el Afak 1ere édition, 2019, p. 182.

existe des circonstances dans lesquelles une personne morale peut être exonérée de toute responsabilité pénale (**B**).

A : Le régime des peines des personnes morales

En consacrant la responsabilité des personnes morales, le Code pénal a édicté des peines spécifiques Le devoir de punir représente avant tout l'obligation morale de l'Etat de s'ériger en arbitre pour rendre une justice impartiale et rassurer les citoyens dans leur conviction que l'Etat est en mesure d'appliquer un droit équitable et de faire respecter les lois. Le régime actuel prévoit déjà, outre l'amende qui est la peine principale commune à toutes les infractions commises par les personnes morales, d'autres peines appelées « peines accessoires ». En réalité, le principe de la personnalité des peines interdit que les peines pécuniaires prononcées à l'encontre des personnes morales puissent être exécutées sur le patrimoine propre de ses membres (associés, actionnaires). Il convient de distinguer la peine principale applicable aux personnes morales des peines accessoires prévues par l'article 36 du Code pénal. Sur le champ des peines, les personnes morales ne pouvant pas faire l'objet de peines d'enfermement que ce soit la réclusion ou l'emprisonnement, elles sont exposées à des sanctions spécifiques, patrimoniales ou restrictives, voire privatives des droits. L'article 127 du Code pénal dispose que les personnes morales ne peuvent être condamnées qu'à des sanctions pécuniaires (**1**) et aux peines accessoires déterminées par l'article 36 et aux mesures de suretés réelles (**2**).

1 : La peine principale de nature pécuniaire

Les peines pécuniaires sont les réponses pénales les plus adaptées aux personnes morales de droit privé. L'article 127 du Code pénal dispose **:** *« Les personnes morales ne peuvent être condamnées qu'à des peines pécuniaires et aux peines accessoires prévues sous les numéros 5, 6 et 7 de l'article 36… ».* Il appartient au juge de moduler le montant de l'amende en fonction des capacités financières de la personne morale concernée.

L'application des taux maximums peut être justifiée pour sanctionner des entreprises qui, en raison de leurs moyens financiers, seraient totalement insensibles à des amendes plus modestes. Du fait de la particularité des personnes morales, de la fonction différente des peines pour ces personnes, et de l'impossibilité de leur faire exécuter une peine privative de liberté, le législateur devrait mettre en place un arsenal législatif adapté à leur situation. Aussi bien en matière criminelle, correctionnelle, que contraventionnelle, le taux de l'amende devrait être augmenté en comparaison des personnes physiques. Le choix de la majoration des peines pécuniaires paraîtrait logique dans la mesure où la personne morale acquiert une personne juridique distincte de celle des membres de ce dernier. La logique impliquerait donc d'adapter le montant de l'amende en fonction de l'intensité du patrimoine. Toutefois, le fait de considérer l'amende comme peine principale de la personne morale suscite de nombreux critiques. En effet, elle est considérée comme inefficace pour dissuader les personnes morales de commettre des infractions. Dans certains cas, les dirigeants d'entreprises peuvent être disposés à prendre des risques s'ils pensent que les bénéfices potentiels l'emportent sur les coûts des amendes.

Le législateur français quant à lui, fait la différence entre l'amende applicable à la personne physique et celle applicable à la personne morale. En effet le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime les infractions d'après les dispositions de l'article 131-38 du Code pénal français, et dans le cas où il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, les personnes morales pourront s'exposer à une amende de 1 000 000 €2965.

On constate alors que dans ces hypothèses, la nature de la peine est identique, quelle que soit la gravité de l'infraction. En réalité, la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, opérée par la loi du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolution s de la criminalité, n'a emporté que la généralisation de la peine d'amende, en excluant les autres peines visées à l'article 131-

2965 Hartini MATSOPOULOU, Responsabilité pénale des personnes morales, Dalloz, 2019, p. 62.

39 du Code pénal français pouvant être adaptées à la nature et à la gravité des infractions retenues. Dans ces conditions, le principe de l'individualisation des peines, applicable, aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, est loin d'être respecté. On pourra toutefois faire observer que la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 relative à la simplification du droit, a partiellement remédié à cet inconvénient, en comblant la lacune dans de nombreux domaines.

Face aux insuffisances de la loi marocaine en ce qui concerne la répression des infractions commises par les personnes morales, c'est évidemment à la jurisprudence qu'il appartiendra d'organiser d'une manière progressive cette répression. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que l'article 127 a exclu l'application des peines privatives de liberté, ce n'est pas parce que le législateur a voulu les en dispenser ; afin de les traiter plus favorablement que les personnes physiques, mais uniquement parce que de telles peines ne pouvant être matériellement exécutées par les êtres incorporels que sont les personnes morales. Il en résulte que l'exonération des peines privatives de liberté dictée par une simple impossibilité matérielle ne doit avoir pour effet de dispenser en outre les personnes morales des peines pécuniaires d'amende.
Lorsqu'une société commet une infraction régie par un article de loi qui prévoit à la fois une peine d'emprisonnement et une peine d'amende, tel que l'article 72 de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence, la société peut faire l'objet de poursuites judiciaires. Si reconnue coupable, la personne morale peut se voir infliger une amende ainsi que les frais du procès. Cependant, la peine d'emprisonnement ne peut être appliquée à la société. Dans ce contexte, la sanction se limite au paiement de l'amende et aux dépenses liées au procès2966.

2 : La diversité des peines accessoires et mesures de suretés réelles

D'après l'article 14 du Code pénal **:** *« les peines sont accessoires quand elles ne peuvent être infligées séparément ou qu'elles sont les conséquences d'une peine principale »*. Il ressort de cet article que ces peines doivent être prononcées cumulativement avec une peine principale. En principe, ce sont des peines qui résultent automatiquement de la condamnation sans que le juge n'ait besoin de les prononcer expressément et sans qu'il ait la possibilité d'en disposer l'inculpé, sauf lorsque la loi en dispose autrement2967.
L'article 127 du Code pénal énonce à son tour de manière claire que « les personnes morales ne peuvent être condamnées qu'à des peines pécuniaires et aux peines accessoires prévues sous les numéros 5,6 et 7 de l'article 36 », ces peines sont la confiscation partielle des biens, la dissolution, et la publication de la décision de la condamnation.

Le législateur prévoit la confiscation comme peine accessoire de l'article 42 à l'article 46 du Code pénal. Il la définit dans son article 42 : « *La confiscation consiste dans l'attribution à l'Etat d'une fraction des biens du condamné ou de certains de ses biens spécialement désignés* ». Elle peut être sous forme partielle, comme totale.
La confiscation partielle consiste dans l'attribution à l'Etat seulement une partie des biens du condamné. Celle-ci reste accessoire au jugement, en ce sens, un arrêt de la Cour suprême dispose que la confiscation est un ordre qui prononce le transfert de propriété de certains objets ou fonds à l'Etat, celle-ci est une peine accessoire. Elle peut être une mesure de sureté réelle lorsque les objets saisis sont ceux qui ont été utilisés lors de la commission de l'infraction et qui appartiennent au condamné, et lorsque la confiscation est une mesure de sureté réelle elle s'applique nécessairement sur les objets ayant un rapport avec l'infraction ou des objets nuisibles ou dangereux ou dont la possession est illicite2968.

2966 Adolf RUOLT, op. cit., p. 118.
2967 Kaoutar BALBOUL et Youssef LAHJOUJI, op. cit., p. 193.
2968 Chambre pénale de la Cour suprême, Arrêt n° 2728/2 du 22/10/2000, Dossier correctionnel n°26651/99.

L'article 44 du Code pénal prévoit l'étendu de cette confiscation en cas de délits et contravention et dispose ainsi que le juge peut ordonner la confiscation que dans les cas prévus par la loi. La confiscation totale est l'attribution à l'Etat, sous réserve des droits des tiers, des objets et choses qui ont servi ou devraient servir à l'infraction, ou qui en sont les produits, ainsi que des dons ou autres avantages qui ont servi ou devraient servir à récompenser l'auteur de l'infraction.
La confiscation totale est une peine accessoire lorsqu'il s'agit de crime, de ce fait le tribunal peut prononcer la confiscation totale pour tout crime sans qu'elle soit prévue par la loi, par contre, lorsqu'il s'agit de délits et contraventions la confiscation totale ne peut être prononcée que quand un texte de loi la prévoit comme c'est le cas, par exemple, pour les articles 44 et 610 du Code pénal. Pour certaines catégories d'infractions, le juge pénal doit prendre la décision de confiscation comme c'est le cas pour les articles 350, 578, 610, etc.
La dissolution de la personne juridique est la peine la plus grave encourue par cette dernière, elle équivaut à la peine de mort pour les personnes physiques. L'article 47 dispose que « La dissolution d'une personne juridique consiste dans l'interdiction de continuer l'activité sociale, même sous un autre nom et avec d'autres directeurs, administrateurs ou gérants. Elle entraîne la liquidation des biens de la personne juridique. Elle ne peut être prononcée que dans les cas prévus par la loi et en vertu d'une disposition expresse de la décision de condamnation ».

Cette peine répond à un double but, d'une part frapper le délinquant dans son patrimoine en le privant d'une partie de ses revenus et d'autre part, prévenir des infractions dont la personne morale avait permis la réalisation2969. C'est pourquoi elle est réservée aux infractions les plus graves, et est encadrée par des règles très strictes. Si toutes les peines ont un aspect déshonorant, il peut y avoir qui n'aient pour but que ce déshonneur2970. C'est en effet le cas de la publication de la décision de condamnation qui vise l'atteinte à la réputation du condamné par affichage ou diffusion de tout ou de partie de la décision.
La publication de la décision de condamnation est prévue par l'article 48 du Code pénal, celui-ci dispose que « dans les cas déterminés par la loi, la juridiction de jugement peut ordonner que sa décision de condamnation sera publiée intégralement ou par extraits dans un ou plusieurs journaux qu'elle désigne ou sera affichée dans les lieux qu'elle indique, le tout au frais du condamné, sans toutefois que les frais de publication puissent dépasser la somme fixée à cet effet par la décision de condamnation, ni que la durée de l'affichage puisse excéder un mois ».
Il ressort de cet article, que la publication est une peine accessoire complémentaire, elle n'est prononcée que dans les cas prévus par la loi, toutefois, elle peut être prononcer contre les personnes physiques et les personnes morales. Le tribunal dispose de la liberté de choisir les journaux et lieux où la décision de condamnation sera publiée à condition que les frais de publication ne dépassent pas la somme fixée et que la durée ne dépasse pas un mois ; Le législateur a également prévu que les frais seront à la charge du condamné et que la juridiction de décision peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits. Les personnes morales peuvent également être soumises aux mesures de suretés réelles prévues dans l'article 62 du Code pénal qui dénombre la confiscation des objets ayant un rapport avec l'infraction ou des objets nuisibles ou dangereux, ou dans la possession est illicite et la fermeture de l'établissement qui a servi de commettre l'infraction.
La première mesure n'est pas une répétition de la confiscation déjà prévue comme peine accessoire, mais d'une véritable mesure de sureté réelle qui frappe un objet déterminé même si son propriétaire n'a commis aucune infraction. Elle atteint le patrimoine de la personne en lui causant une perte pécuniaire sensible. L'article 89 du Code pénal dispose **:** *« est ordonné comme mesure de sureté, la confiscation des objets et choses dont la fabrication, l'usage, le port, la détention ou la vente constituent une infraction, même s'ils appartiennent à un tiers et même si aucune condamnation n'est prononcée.* » Respectivement, et à titre d'exemple, la loi prohibe la fabrication et l'usage de certains

2969 Kaoutar BALBOUL et Youssef LAHJOUJI, op. cit., p. 199.
2970 Jean LARGUIER, Droit pénal général, Dalloz, 18ème édition, 2001, p. 166.

biens comme la monnaie ou tout faux, le port illégal de certains uniformes ou décorations, l'usage des stupéfiants, la détention d'armes et la vente de tous ces produits et autres2971.
La confiscation est donc considérée comme une mesure de sureté réelle lorsqu'elle porte sur des objets en rapport avec l'infraction, des objets illicites ou dangereux (engins prohibés, substances venimeuses ou stupéfiants, etc.) dont l'utilisation ou la commercialisation est prohibée par la loi. La confiscation de ces objets et obligatoire même s'ils appartiennent à un tiers et même si aucune condamnation n'est prononcée. Ce caractère de la confiscation comme mesure de sureté est nettement marqué par la jurisprudence qui prononce cette mesure malgré l'acquittement du condamné et uniquement à raison du danger présenté par l'objet en question. C'est d'ailleurs, ce qui a été confirmé par une décision de la Cour suprême du 23 mai 19782972. Comparée à la confiscation comme peine accessoire, on peut relever que celle-ci ne touche que les biens du condamné, elle exige une condamnation et s'applique en matière criminelle, délictuelle, contraventionnelle2973.
La deuxième mesure de sureté réelle concerne la fermeture de l'établissement. C'est l'interdiction faite à une entreprise de poursuivre son exploitation. Elle répond à un double but, frapper le délinquant dans son patrimoine en le privant d'une partie de ses revenus et prévenir les infractions dont l'établissement avait permis la réalisation. L'article 90 du Code pénal en fait une mesure temporaire ou définitive qui s'applique aux établissements commerciaux ou industriels et à tout établissement. La fermeture provisoire s'applique, par exemple, en cas de violations des prescriptions législatives ou réglementaires que la procédure de mise en demeure soit ou non applicable. Le tribunal peut sur la base de l'article 300 du Code du travail **:** *« prononcer une condamnation assortie de la fermeture temporaire de l'établissement. Cette fermeture ne peut être inférieure à dix jours ni supérieure à six mois »*. La fermeture définitive, quant à elle, ne peut être prononcée qu'en cas de récidive. En tant que sanction elle doit être prononcée conformément aux dispositions de l'article 90 du Code pénal **:** *« La fermeture, dans les cas prévus par la loi, d'un établissement, entraîne l'interdiction d'exercer dans le même local la même profession ou la même activité, soit par le condamné, soit par un membre de sa famille, soit par un tiers auquel le condamné l'aurait vendu, cédé ou donné à bail, soit par la personne morale ou l'organisation à laquelle il appartenait au moment du délit ou pour le compte de laquelle il travaillait »*.

B : Les causes d'irresponsabilité pénale des personnes morales

Si la responsabilité pénale est l'obligation de répondre de ses actes délictueux en subissant une sanction pénale dans les conditions et selon les formes prescrites par la loi, le législateur exclut dans certaines hypothèses la mise en œuvre de la responsabilité pénale. On est alors en présence de causes d'irresponsabilité pénale. La personne morale est déclarée irresponsable lors de l'extinction de l'action publique **(1)** ou lors de sa disparition **(2).**

1 : L'extinction de l'action publique

Il arrive que l'action publique ne puisse plus être exercée, à ce titre l'article 4 du Code de procédure pénale énumère les cas où les poursuites prennent fin *« …la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose irrévocablement jugée. Elle peut, en outre s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément, il en est de même en cas de retrait de plainte lorsque celle-ci est une condition nécessaire de la poursuite »*.
La prescription est le laps de temps à l'expiration duquel l'action publique ne peut plus être intentée, elle s'applique de manière générale à l'ensemble des infractions pénales quelles que soit leur gravité, sa durée est par contre variable, en effet l'article 5 du Code de procédure pénale mentionne les délais de 15 ans pour les crimes, 4 ans pour les délits et un an pour les contraventions, en dehors de ces délais de droit commun, il y'a des délais spéciaux prévus pour des infractions particulières. Le départ

2971 Mourad BOUSSETTA, Eléments de droit pénal général marocain, cours de droit pénal général, 2016-2017, p. 183.
2972 Chambre criminelle de la Cour suprême, Arrêt du 23 mai 1978, publié dans la Revue «العلى المجلس قضاء»، n°28, p. 203.
2973 Idem.

de la prescription pour les infractions instantanées le délai commence à partir du jour où l'infraction a été réalisée, c'est-à-dire lorsque tous les éléments constitutifs ont été réunis. Pour les infractions continues, c'est-à-dire celles qui se prolongent dans le temps le point de départ du délai est le jour ou l'état délictueux a pris fin dans ses actes et dans ses effets. Pour les infractions d'habitudes, c'est-à-dire celles qui sont constituées par la réalisation de plusieurs actes dont la seule répétition est punie par la loi, le point de départ du délai de prescription est fixé au jour du dernier acte constitutif de l'habitude.

Toutefois, le délai de prescription peut être interrompu ou suspendu pour diverses raisons. D'un côté la prescription peut être interrompue **:** *« ...par tout acte de poursuite, d'instruction ou de jugement accompli par l'autorité judiciaire ou ordonné par elle et par tout acte considéré par la loi comme interrompant la prescription… »* aux termes de l'article 6 du Code de procédure pénale. L'interruption s'applique également aux personnes non visées dans une procédure tels que les auteurs, coauteurs ou complices. Les actes de poursuites ou d'instruction et aussi de jugement englobent le réquisitoire introductif d'instance, l'audition des témoins, le mandat d'arrêt, etc. En d'autres termes, tout acte ordonné ou effectué par le pouvoir judiciaire rentre dans les causes d'interruption. Dans ce cas, un nouveau délai commence à courir à partir du dernier acte effectué.

Dans une décision de la Cour suprême du 19 juillet 1962, la notion d'interruption a été précisée en ces termes : « par actes d'instruction ou de poursuite interruptifs de la prescription, il faut entendre ceux qui ont pour objet de constater l'infraction, d'en découvrir ou d'en convaincre les autres. Ne présentent pas ce caractère, ni un procès-verbal résumant et appréciant les faits déjà consignés dans les procès-verbaux de police qui constatent l'infraction et ne relatent aucune investigation supplémentaire, ni un avertissement aux fins de transaction notifié par les administrations des eaux et forêts aux délinquants »2974. Cette décision fait la différence entre les actes d'instruction ou de poursuites et les procès-verbaux qui sont généralement des rapports, de même un avertissement fait par une action n'est pas un acte de poursuite ou d'instruction.

D'un autre côté, la suspension concerne les cas dans lesquels, il est juridiquement impossible d'exercer l'action publique comme par exemple la survenance d'une catastrophe ou d'un événement qui a provoqué le fonctionnement anormal des services de la justice. Elle ne produit pas de conséquences aussi importantes que celles de l'interruption puisque le temps déjà écoulé n'est pas effacé, il reste acquis. Seulement, la prescription ne recommence à courir que lorsque l'obstacle ayant motivé la suspension est effectivement levé. Lorsque la prescription est acquise, elle a pour effet d'éteindre définitivement l'action publique, cette prescription est considérée comme étant d'ordre public.

Une autre cause d'extinction de l'action publique est l'amnistie quant à elle, fait disparaitre l'infraction dans la mesure où elle efface rétroactivement le caractère délictueux de certains faits. Ces faits sont censés n'avoir jamais été incriminés par la loi. C'est l'élément légal de l'infraction qui disparait. Elle est régie par les articles 51 et 95 du Code pénal. Cette dernière ne peut être accordée que pour des infractions déterminées.

L'autorité de la chose jugée est également un mode d'extinction de l'action publique par l'effet d'une décision définitive rendue par une juridiction répressive relativement à cette action239, elle impose de tenir pour acquis ce qui a été jugé. On ne peut le remettre en cause que par l'exercice des voies de recours dans la mesure où elles sont ouvertes.

En matière répressive, lorsque les voies de recours ne sont plus possibles, soit parce que leur délai d'exercice est expiré, soit parce qu'elles ont été exercées et jugées, une décision acquiert définitivement l'autorité de la chose jugée et généralement en même temps la force exécutoire, c'est-à-dire la possibilité d'exécution par voie de contrainte. En vertu de l'autorité de la chose jugée, la

2974 Chambre pénale de la Cour suprême, Arrêt n° P1195 du 19 juillet 1962, Dossier n° 10098 et 10098 bis.

décision répressive est considérée comme l'expression de la vérité par l'effet d'une présomption irréfragable de la loi. Il en résulte tout d'abord qu'il n'est plus possible de poursuivre, pour les faits délictueux déjà jugés, la même personne que celle qui est l'objet de cette décision, la chose jugée éteint donc l'action publique, c'est l'aspect négatif de la chose jugée qui se manifeste dans les rapports des juridictions répressives2975.

La mort du prévenu correspond à la dissolution de la personne morale qui sera développée ultérieurement. S'ajoutent à ces causes générales d'extinction de l'action publique, des causes particulières qui ont un caractère exceptionnel qui tient à la nature de l'infraction concernée. Il s'agit de la transaction contractée par certaines administrations publiques.

La transaction pénale, comme cause d'extinction de l'action publique, n'est pas possible en principe car l'action publique est d'ordre public. Néanmoins, le législateur peut la prévoir dans certains cas notamment des infractions douanières. Pour ce genre d'infractions, la poursuite selon les procédures judiciaires habituelles est, soit trop longue, soit trop onéreuse comparée aux résultats qui peuvent en être attendus. C'est pour cette raison que les agents auxquels la loi reconnaît un pouvoir de pouvoir de police en cette matière se voient également reconnaître le droit de transiger et donc mettre un terme aux poursuites.

La jurisprudence confronte d'ailleurs ces règles exceptionnelles notamment en ce qui concerne le contentieux douanier. C'est ainsi que dans arrêt du 15 février 1962, la Cour suprême avait jugé que la transaction conclue entre l'administration des douanes et un fraudeur n'a d'effet qu'à l'égard de la seule infraction qui en est l'objet. Dès lors, un prévenu ne saurait se prévaloir comme moyen de défense de la transaction dont il a bénéficié antérieurement à la réalisation de l'infraction pour laquelle il est poursuivi2976.

2 : La disparition de la personne morale

La disparition d'une personne morale est déterminée dans les cas prévus par la loi, et aussi pour le cas de la liquidation judiciaire. Toutefois, la situation est différente dans le cas d'une disparition par fusion absorption ou lorsque l'une des deux sociétés disparaît et son patrimoine est dévolu à la société absorbante ou à une société nouvelle.

Pour ce qui est des causes de dissolution prévue par la loi, le législateur est clair à ce niveau-là. L'article 1051 du Dahir formant Code des obligations et contrats en expose certaines d'entre elles et qui peuvent être classées en deux catégories à savoir les causes contractuelles et les causes judiciaires. Les causes contractuelles et comme le démontre leur appellation sont souvent liées au contrat, et surviennent à cause de l'épuisement de celui-ci. A titre d'exemple, l'arrivé du terme, la réalisation ou l'extinction de son objet. Ou bien, par l'application du contrat même de la société, c'est-à-dire une dissolution conventionnelle anticipée ou une cause statuaire de dissolution prévue par les statuts. Quant à la dissolution judiciaire, elle peut être soit imputable à la société, le cas des procédures collectives, soit imputables aux associés, c'est à dire une dissolution pour juste motifs2977.

Toutefois, la personnalité morale de la société ne disparait pas avec sa dissolution, elle survit pour les besoins de sa liquidation. Cette règle est consacrée par l'article 362 alinéa 2 de la loi n°17-95 applicables à toutes les sociétés commerciales qui dispose que la personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci. La société conserve la personne morale reste donc pénalement responsable.

On entend par liquidation l'ensemble des opérations qui consistent à terminer les affaires en cours dans lesquelles la société s'était engagée avant sa dissolution, à réaliser l'actif pour le rendre liquide en procédant au recouvrement des créances de la société et à la cession totale ou partielle des éléments

2975 Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, 28ème édition Dalloz, 2021, p. 1189.
2976 Chambre pénale de la Cour suprême, Arrêt n° P1032 du 15 février 1962, Dossier n°8259.
2977 Dominique VIDAL, Droit des sociétés, 4ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 159.

d'actifs, à acquitter le passif en payant des dettes de la société et en remboursant aux associés le montant de leur apports2978.
La dissolution entraine la liquidation de la société. La société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution, il s'ensuit que la liquidation est la conséquence inéluctable de la dissolution. Cette liquidation est toujours nécessaire pour arrêter d'une manière précise et définitive la situation de la société tant à l'égard de tiers que dans les rapports des associés entre eux. Elle est régie par les articles 361 à 372 de la loi n°17-95 relatives aux sociétés anonymes et par les dispositions du Dahir formant code des obligations et contrats (article 1064 à 1082), dans la mesure où ils ne sont pas contraires aux dispositions impératives de la loi n°17-95 sur la liquidation des sociétés commerciales2979.
La survie de la personnalité morale dure jusqu'à la clôture de la liquidation, celle-ci intervient à la date de la réunion des associés appelés par le liquidateur à statuer sur les comptes de la liquidation et reste strictement limitée aux seuls besoins de la liquidation. La décision de liquidation est irrévocable. Elle ne peut être remise en cause, même à l'unanimité des associés, et même si le procès-verbal de l'assemblée générale n'a pas été publié. Cette irrévocabilité se justifie par le fait que la dissolution entraine de plein droit la perte définitive de la personnalité morale, sauf pour les besoins stricts de la liquidation2980.

Bibliographie :

I- Ouvrages

- Ouvrages généraux :

- BALBOUL Kaoutar et LAHJOUJI Youssef, Droit pénal général marocain, Dar El afak 1ere édition, 2019.
- BENILLOUCHE Mikael, Leçon de droit pénal général, 2ème édition Ellipses, 2012.
- BOUSSETTA Mourad, Eléments de droit pénal général marocain, cours de droit pénal général, 2016-2017.
- DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, Droit pénal général : le nouveau droit pénal, Economica, 6ème édition, n°538, 2000.
- DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, Le nouveau droit pénal, 11éme édition Economica, n° 612.
- DREYER Emmanuel, Droit pénal général, LexisNexis, 2012.
- PIN Xavier, Droit pénal général, Dalloz, 2012.
- PRADEL Jean, Droit pénal général, Cujas, n° 533, 2000-2003
- RASSAT Michèle-Laure, Droit pénal général, Ellipses, 2017.
- RUOLT Adolf, Code pénal annoté, Institut National d'études judicaires, Dar Nachr al Maarifa, 1990.
- LARGUIER Jean, Droit pénal général, Dalloz, 18ème édition, 2001.
- LEROY Jacques, Droit pénal général 9ème Edition, L.G.D.J Lextenso, Septembre 2022.
- LOMBOIS Claude, droit pénal général, Hachette, 1995.
- MAYAUD Yves, Droit pénal général, Presse universitaire de France, 2007.

- Ouvrages spéciaux :

- BASECQZ Nathalie Colette, La responsabilité pénale des personnes morales, Anthemis, 2011.
- BLANC François-Paul, Code pénal annoté, librairie-papeterie des Ecoles, 1977.

2978 Mohamed EL MERNISSI, Traité marocain de droit des sociétés, Lexis Nexis, 2019, p. 142.
2979 Mohamed EL MERNISSI, op. cit., p. 141.
2980 Mohamed EL MERNISSI, op. cit., p. 142.

- BOUHARROU Ahmed, Le droit pénal du travail et de la sécurité sociale, Impression El Maarif, 2012.
- BOULOC Bernard, Droit pénal des affaires : la responsabilité pénale du fait d'autrui, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2002.
- BOULOC Bernard, Procédure pénale, 28ème édition Dalloz, 2021.
- CORNU Gérard, Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, Presse universitaire de France, 2018.
- DALMASSO Thierry, La responsabilité pénale des personnes morales, LITEC, 1996.
- DALMASSO Thierry, La responsabilité pénale des personnes morales, LITEC, 1996.
- EL MERNISSI Mohamed, Traité marocain de droit des sociétés, Lexis Nexis, 2019.
- HYEST Jean-Jacques, Le nouveau code pénal : enjeux et perspectives, Edition Dalloz, 1994.
- MATSOPOULOU Hartini, Responsabilité pénale des personnes morales, Dalloz, 2019.
- MICHOUD Léon, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1906.
- MISSONE Antoine, le concours de responsabilité : La responsabilité pénale des personnes morales, Bruxelles, La charte, 2005.
- MORAVN Patrick, La personne morale maltraitée par le droit pénal, Dalloz, 2010.
- PLANQUE Jean Claude, La détermination de la personne morale pénalement responsable, Edition l'Harmattan, 2003.
- TAHORI Mourad et KARROUMY Karima, Les relations individuelles du travail, Imprimerie Pariscom Al jadida, Décembre 2020.
- VIDAL Dominique, Droit des sociétés, 4ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.

II- Travaux Universitaires : Thèses et mémoires

- AFCHAIN Marie-Agnès, la responsabilité de la société, Thèse soutenue en 2006 à l'Université de Tours d'économie et des sciences sociales.
- COULOMBEL Pierre, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Thèse soutenue le 2 Juillet 1949 à l'Université de Lorraine.
- EL SAYED Kamal Eldin Mohamed, Le problème de la responsabilité pénale des personnes morales, Thèse soutenue en 1988 à l'Université Paris I.
- MASSET Adrien, La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée, Juris tourisme, 1999.
- MASTAGLI Julien, La responsabilité pénale de l'employeur, Thèse soutenue à l'Université de Lorraine le 11 décembre 2019.
- MESTRE Achille, Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, Thèse soutenue à l'Université de Paris en 1989.
- MKHALFI Fahd, Le principe d'égalité devant les charges publiques, mémoire soutenu en 2013 à l'Université Sidi Mohamed Ben Abdellah de Fès.
- MONDOU Christophe, Responsabilité pénale des collectivités territoriales, Actualité juridique de droit administratif 1993.
- NGASSA-PETIILLON Uguette, La responsabilité pénale de l'entreprise multinationale, Thèse soutenue à l'Université de La Rochelle le 23 octobre 2020.
- OUASSINI SAHLI Meriem, La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales, Thèse soutenue le 19 décembre 2014 à l'Université de Paris-Dauphine.
- REINALDET DOS SANTOS Tracy Joseph, La responsabilité pénale des personnes morales : étude comparée franco-brésilienne, Thèse soutenue le 28 septembre 2017 à l'Université de Toulouse 1.

ISSN:2509-0291

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

LE CRIME D'EMPOISONNEMENT EN DROIT MAROCAIN : ENTRE SON « PASSE » ET SON AVENIR

Pr ASMAA BENMOUSSA,

Enseignante chercheur à la Faculté Polydisciplinaire de Taroudant

Resumé

L'empoisonnement est, selon le criminaliste Daniel Jousse, « une espèce d'homicide plus criminel que celui qui se commet par le fer ; parce qu'on peut ordinairement se garantir de celui-ci, au lieu que l'autre renferme toujours une trahison » .Cette définition met en évidence le caractère perfide et atroce de l'infraction et explique sa réglementation spécifique.

L'empoisonnement est en effet une incrimination autonome au sein de la catégorie des atteintes volontaires à la vie ; incrimination qui se distingue notamment par une « spécificité irréductible ». En effet, d'une part, l'empoisonnement qui constitue, d'une certaine manière, le paradigme des infractions formelles, est matériellement caractérisé dès l'acte d'administration des substances mortifères, indépendamment du préjudice subi par la victime. D'autre part, l'empoisonnement étant une infraction extrêmement évolutive, son incrimination constitue une réponse juridique adéquate et indispensable à bon nombre de situations criminelles. Cette incrimination formelle permet en effet d'englober des comportements qui ne rentrent pas dans l'incrimination de meurtre ; d'où son intérêt.

The crime of poisoning between its past and its future

Abstract

According to the criminal lawyer Daniel Jousse, poisoning is « a more criminal type of homicide than that committed by iron, because it can usually be guaranteed, whereas the other always involves treason ». This definition highlights the perfidious and atrocious nature of the offence and explains its specific regulation.

Poisoning is in fact an autonomous offence within the category of wilful attacks on life; an offence which is distinguished in particular by an « irreducible specificity ». On the one hand, poisoning, which in a way constitutes the paradigm of formal offences, is materially characterised by the act of administering the lethal substances, irrespective of the harm suffered by the victim. On the other hand, as poisoning is an extremely progressive offence, its criminalisation constitutes an appropriate and indispensable legal response to a large number of criminal situations. This formal incrimination makes it possible to encompass behaviour that is not covered by the offence of murder, which is why it is so useful.

Mots-clés :

Empoisonnement, crime familial, crime féminin, éléments constitutifs, crime rare, crime évolutif, régime juridique, expertise médico-légale et toxicologique.

Plan

L'autonomie de l'incrimination d'empoisonnement

Le particularisme de l'incrimination

Le particularisme de la répression

Une autonomie menacée

L'empoisonnement, un crime « inexistant » !

L'empoisonnement, un crime secret et impuni

Texte intégral

L'empoisonnement est incriminé à l'article 398 du CP, qui le définit comme *le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner plus au moins promptement la mort*. Gérard CORNU le définit comme étant *un « attentat à la vie d'une personne par l'emploi ou l'administration de substances propres à entraîner sa mort, quelles qu'en aient été les suites... »*[2981].

Il s'agit d'une infraction dont la qualification particulière s'impose en raison de la différence de nature qui existe avec le meurtre ordinaire.

Le crime d'empoisonnement se distingue ainsi du meurtre par plusieurs aspects : L'empoisonnement est une infraction formelle : le comportement de l'agent est accusé indépendamment de la réalisation d'un préjudice, qui ne sera pas examiné comme un élément constitutif. L'empoisonnement est constitué dès l'administration des substances mortelles, peu importe que le décès de la victime survienne ou non (attentat à la vie). La simple volonté d'administrer une substance de nature à entrainer la mort suffit à révéler l'élément moral de l'infraction, ce qui est chose rare et spécifique à cette infraction. Les autres infractions intentionnelles contre la vie ou l'intégrité physique sont des infractions matérielles, c'est-à-dire qu'elles se consomment au moment où le résultat prévu par le texte discriminateur se réalise. Ainsi, le meurtre nécessite que la mort d'autrui soit effectivement survenue pour être consommé (atteinte à la vie). Ce caractère formel a d'ailleurs toujours singularisé l'empoisonnement.

L'empoisonnement est un crime spécial qui se différencie également du meurtre du point de vue de la préméditation, du moyen utilisé et du point de vue de la peine. Au niveau des peines : l'incrimination de l'empoisonnement fait l'objet d'une incrimination distincte du meurtre ; le meurtre simple est puni de la réclusion perpétuelle (article 392 CP), l'empoisonnement est puni de la peine capitale (398 CP). Du point de vue de la préméditation, et selon la loi, il ne peut exister de crime d'empoisonnement non prémédité. Si l'administration de substances a été faite par erreur, alors il ne s'agit plus d'empoisonnement, mais d'un homicide involontaire. La préméditation est incluse dans la définition du crime. Enfin, et à la différence du meurtre qui peut être commis par tous moyens, le crime d'empoisonnement repose sur un comportement spécial et unique consistant dans l'administration d'une substance mortelle.

De tous les temps, l'empoisonnement a été considéré comme le plus odieux et le plus atroce des crimes. Il fait partie des crimes les plus redoutés passibles de la peine capitale. Il y a à cela deux raisons : La première est qu'il s'agit d'une infraction facile à commettre et particulièrement déloyale et sournoise puisque se manifestant sans engagement physique de l'auteur, accompagné de la préméditation et commis le plus souvent par des gens proches de la victime, un crime qui est à la portée de tous[2982] : Il suffit de se procurer une substance vénéneuse et de l'administrer à la victime, d'où l'on conclut que le caractère franchement lâche de l'opération justifie moralement une répression sévère. La seconde raison est qu'il s'agit d'une infraction difficile à découvrir, et que même en cas de découverte, le coupable risque de ne pas être identifié ou sanctionné par manque de preuves. Ces remarques induisant donc l'idée qu'il faut du point de vue de la politique criminelle punir sévèrement les rares délinquants qui se font prendre.

Le crime d'empoisonnement est par ailleurs dans l'imaginaire collectif un crime largement considéré comme étant une spécialité féminine *« la main qui verse le poison est presque toujours féminine »*[2983]. Ces propos ne reposent assurément pas sur des faits statistiques, à une époque où les poursuites pour

2981 CORNU. G., Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2004, p. 348.
2982 Callemein. G, « Un crime secret : la difficulté de la preuve de l'empoisonnement à travers la jurisprudence du parlement de Paris (1682-1789) », Droit et cultures, 2022.
2983 Bodiou. L, Chauvaud. F, Soria. M, Les Vénéneuses : figures d'empoisonneuses de l'Antiquité à nos jours, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015.

empoisonnement sont devenues tellement rares que les chiffres, guère significatifs, défient toute conclusion ferme sur la répartition entre les sexes. C'est dire la force de cette conviction, qui n'a pas besoin de chiffres pour peser !

Au fondement de cette construction archaïque, est la rencontre entre les représentations du crime d'empoisonnement et les représentations de la femme qui relèvent du préjugé partagé, et qui sont validées par la suite par la criminologie du XIX[e] siècle[2984], à partir des affirmations des premières statistiques criminelles mettant en évidence une recrudescence de ce crime chez la gent féminine[2985]. Pensé comme l'arme des faibles, des lâches, des hypocrites, le poison est supposé s'accorder à la psychologie féminine[2986], à sa physiologie également. Ainsi, dans le contexte d'une criminologie naturalisante qui tend à arrimer les transgressions féminines au biologique, les courbes de l'empoisonnement sont analysées au filtre de la physiologie féminine : l'abondance des empoisonnements commis ainsi en été s'expliquerait par le fait que la femme subit davantage que l'homme l'influence de la chaleur. Les empoisonnements seraient commis « *sous la dépendance de l'instinct génésique*»[2987]. Sous l'impulsion de la littérature et des médias, l'empoisonnement est rapidement considéré comme l'arme privilégiée des femmes *« pour un empoisonneur, cent empoisonneuses »*, *« la plupart des femmes criminelles sont des empoisonneuses »*[2988].

À la fin du siècle, le discours scientifique se renouvelle quelque peu. Certains auteurs minimisent l'explication par la nature féminine au bénéfice de celui du « milieu », évoquant ainsi la *« facilité pour les femmes à manier des substances nocives, miscibles aux aliments, au cours de leurs occupations ordinaires »*[2989]. Ce faisant, ils remplacent donc une prédestination naturelle par une prédestination sociale.

Entre fantasmes et réalités, le mythe de l'empoisonneuse à la peau perdure au fil des siècles et continue jusqu'à présent à inspirer les médias et les arts comme la littérature et le cinéma[2990]. Les études

2984 Jurisconsulte et criminologue, Daniel Jousse affirme que *« l'empoisonnement se commet plus ordinairement chez les femmes parce que la faiblesse de leur sexe, ne leur permettant pas de se venger [...] par la voie des armes, les engage à prendre une voie plus cachée et à avoir recours au poison »*. Du côté de l'École positiviste italienne, le criminologue Cesare Lombroso indique en 1896, dans son ouvrage « La femme criminelle et la prostituée » que *« le poison est un délit fréquent chez la femme »*.
Alexandre Lacassagne, médecin et fondateur de l'anthropologie criminelle, énonce quant à lui que « *l'empoisonnement, qui est l'arme des lâches, est plus souvent adopté par elles* ». « Observations sur la criminologie de l'empoisonnement », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1 janvier-mars 1955, p. 307-312.

2985 Dans les pratiques judiciaires aux XVI[e] - XVII[e] siècles, 50 à 75% des procès pour poison dans les juridictions d'Europe incriminaient des servantes, des mères ou des épouses agissant dans la maisonnée. La haine, l'intérêt, l'adultère, les mauvais traitements étaient les principales motivations. Archives nationales. Présumées coupables, du XIVe au XXe siècle, L'empoisonneuse.

2986 *« Les femmes, n'ayant pas le courage de se venger ouvertement et par la voie des armes, embrassent ce parti qui favorise leur timidité et cache leur malice »*. Gayot de Pitaval. F, Causes célèbres et intéressantes avec les jugements qui les ont décidées, Paris, 1738-1743, t. 1, p. 465. Cité par Bodiou. L, Chauvaud. F, Soria. M, Les Vénéneuses : figures d'empoisonneuses de l'Antiquité à nos jours, Op. Cit.

2987 Chapuis. A, Précis de toxicologie, Paris, Baillière. J.-B, 1882, p. 46. Cité par Bodiou. L, Chauvaud. F, Soria. M, Les Vénéneuses : figures d'empoisonneuses de l'Antiquité à nos jours, Op. Cit.

2988 Détective, 10 décembre 1931 (article intitulé « Prêtresses du poison », faisant partie d'une enquête de Frédéric Boutet sur « La femme et le crime ». Cité par Demartini, A E. « La figure de l'empoisonneuse ». *Figures de femmes criminelles*, édité par Loïc Cadiet et al., Éditions de la Sorbonne, 2010..

2989 *« Inscrit dans les savoir-faire féminins, l'empoisonnement alimentaire domine. L'arsenic ou « mort aux rats » est mêlé aux vin, bouillon, œufs, pain, pâté et confitures. Les procès circonstancient cette cuisine du mal qui trahit les fonctions nourricières assignées aux femmes dans l'ancienne société »*. Demartini, A E. « La figure de l'empoisonneuse ». *Figures de femmes criminelles*, Op. Cit.

2990 L'image sensuelle de la femme empoisonneuse est façonnée le plus souvent en trois catégories d'empoisonneuses qui correspondent aux trois archétypes de féminin. *« Il y a les séductrices, belles et dangereuses, qui empoisonnent leurs maris ou leurs amants pour se débarrasser d'eux ; les débauchées, ces femmes hors la loi, hors de la loi du couple, hors de la loi de la famille, dépeintes comme de mauvaises femmes et de mauvaises mères, qui s'affranchissent des carcans, et enfin il y a les anonymes, les Madame Tout le monde qui ne revendiquent pas le crime et se fondent dans la masse »*. Cadiet, Loic, et al., éditeurs. *Figures de femmes criminelles*. Éditions de la Sorbonne, 2010.

récentes permettent pourtant de nuancer quelque peu ces théories, puisqu'elles révèlent une commission tout aussi significative de cette infraction chez les hommes.

On pense enfin à tort que l'empoisonnement serait lié à un certain type d'organisation sociale peu évoluée et qu'il s'agirait d'une infraction en voie de disparition. Sur l'ensemble des infractions contre les personnes, l'empoisonnement, statistiquement parlant, est en effet un crime relativement marginal, comparativement aux autres crimes, ce qui fait de l'empoisonnement aujourd'hui un crime rare. Faut-il le supprimer pour autant comme l'ont déjà fait certaines législations ?[2991]

L'article 398 du Code pénal, toujours applicable, continue à maintenir une incrimination autonome pour l'empoisonnement. Qu'en est-il cependant du nouveau projet du code pénal, préservera-t-il ce particularisme, ou fera de l'empoisonnement un simple homicide par poison qui implique nécessairement le décès de la victime?

1. L'autonomie du crime d'empoisonnement

« Le crime d'empoisonnement est un crime sui generis, et non un simple homicide commis à l'aide d'un poison. Il n'est ni une variété de meurtre, ni un meurtre aggravé »[2992]. Il s'agit en effet d'une infraction autonome qui fait l'objet d'une réglementation spécifique.

1.1. Le particularisme de l'incrimination

« Quiconque attente à la vie d'une personne par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites, est coupable d'empoisonnement et puni de mort » stipule l'article 398 CP. Pour que l'infraction d'empoisonnement soit établie, il faut donc la réunion des éléments dits constitutifs et la présence des substances mortelles. Il n'est pas nécessaire, pour que le crime soit constitué, que l'empoisonnement ait causé la mort, le résultat n'importe donc pas.

1.1.1. Elément matériel : l'administration des substances mortifères

Infraction de commission, l'action de faire absorber une substance mortelle est l'élément matériel du crime d'empoisonnement. Cette action implique trois points : l'emploi d'une substance mortelle (A), l'aptitude de cette substance à donner la mort (B), l'absorption de cette substance par la victime (C). Les termes de l'article 398 du Code pénal posent quelquefois des problèmes d'interprétation.

A. Le caractère mortifère des substances

Pour qu'il y ait empoisonnement, il faut que la substance utilisée soit objectivement et systématiquement mortelle, sans qu'il soit pour autant requis que la mort soit immédiate, ni foudroyante : L'expression utilisée par la loi *« plus ou moins promptement »* confirme ce sens.

Le législateur distingue ainsi entre les substances certainement et immédiatement mortelles qui relèveraient de l'empoisonnement, et les substances à risque mortel ou à effet mortel différé, qui ne relèveraient que de l'administration de substances toxiques (article 413 du CP). L'empoisonnement ne requiert qu'une substance qui doit normalement aboutir à la mort[2993] peu importe la consistance de la substance (solide, gazeuse, liquide, poudre, naturelle, substance végétale (plantes), animale (venin), minérale, microbienne ou virale...).

Qualitativement, un ensemble de produits anodins est un poison si leur mélange les rend mortels, un produit d'usage normal tel que du sang ou un médicament devient un poison si l'en est effet un usage anormal mortel, ou s'il a été infecté d'une façon ou d'une autre.

Quantitativement, il y a empoisonnement non seulement à administrer en une seule dose la quantité mortelle d'un produit, mais aussi à administrer sur une longue période de temps des doses, qui prises

2991 C'est le cas du droit pénal belge où l'empoisonnement se définit comme *« le meurtre commis par le moyen de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées »*. Article 397 du Code pénal belge.
En France, le projet du code pénal français de 1992 avait également supprimé purement et simplement le crime d'empoisonnement, traité désormais comme un homicide ordinaire. Le Sénat l'a fait maintenir avec toutefois une peine moins sévère. L'empoisonnement est désormais puni des mêmes peines que le meurtre (Circulaire du 14 mai 1993).

2992 Dreyer. E, Droit pénal spécial, LGDJ, 2e édition, 2023. P. 42.

2993 En ce sens : Arrêt de la cour d'appel (chambre criminelle) de Fès rendu le 6/6/2016, n°2016/382, n° 2016/2640/66. Publié à la Revue Al millaf (en arabe), numéro 12.

isolément ne sont pas mortelles du moment qu'il y avait un plan dans le but d'administrer finalement une quantité mortelle (absorption unique ou répétée).

La nature mortelle de la substance s'apprécie in abstracto, c'est-à-dire indépendamment de la résistance ou non de la victime. Or, en pratique il est possible qu'une substance ne soit mortifère qu'en raison de la sensibilité de la victime à cette substance et qu'elle soit administrée en connaissance de cause, il serait particulièrement inadmissible que l'auteur d'un tel acte s'en sorte impunément. Ainsi, ce caractère ne doit donc pas dépendre des caractéristiques intrinsèques du produit utilisé, mais de l'usage qui en est fait, et éventuellement des caractéristiques personnelles de la victime[2994].

La loi utilise le terme "substance" de façon générale (notamment par rapport au terme de « poison », évitant ainsi la prévision d'une liste énumérative de poisons et produits déterminés. En fait, si le Code pénal est silencieux sur cette définition, le juge peut tout de même se référer à une série de lois et règlements, qui, dans l'espoir de réglementer la vente des substances vénéneuses, ont établi des nomenclatures2995. La multiplicité et la variabilité de ces règlements attestent néanmoins qu'elles n'ont pas de valeur pénale sure, elles servent tout au plus de renseignement et ne constituent en aucun cas une désignation concrète des substances vénéneuses.

La toxicologie, étant encore une science inachevée, se trouve elle-même incapable de fournir une définition générique du poison. Certains chercheurs nient même l'existence. Pour Paracelse, considéré comme le fondateur de la toxicologie, *« Toutes les choses sont poison, et rien n'est sans poison ; seule la dose fait qu'une chose n'est pas poison »*. Pour Tardieu, *« Les propriétés vénéneuses d'une substance ne sont presque jamais absolues et dépendent, non de la nature de la substance, mais uniquement des conditions accessoires telles la dose ou le mode d'administration »*2996.

La nature létale de la substance est ainsi appréciée par le juge au cas par cas2997. L'identification du crime nécessite un examen systématique et minutieux du juge et de l'expert avant toute inculpation2998.

La loi formulée dans des termes aussi vastes, dans l'espoir de circonscrire au mieux le crime, laisse pressentir toutefois des impasses ;

En effet, la question qui se pose est celle de l'« empoisonnement impossible » notamment lorsque la substance vénéneuse utilisée par le criminel est neutralisée indépendamment de la volonté de celui-ci, par l'effet du mode d'administration (cas du médicament qui perd ses propriétés toxiques en raison d'une exposition au froid, à la chaleur ou à la lumière). Est-ce qu'on peut retenir la qualification d'empoisonnement dans ce cas ? La question n'a pas été tranchée : Doctrine et jurisprudence françaises sont partagées entre une partie qui s'attache à l'interprétation stricte de la loi (Le poison

2994 Dreyer. E, Op. Cit, P. 44.

2995 On peut citer à titre d'exemple : le Dahir du 12 Rebia II 1341 (02 Décembre 1922) portant règlement sur l'importation, le commerce, la détention et l'usage des substances vénéneuses, modifié par dahirs du 06 avril 1928, 04 novembre 1937 et 17 mars 1953 ;

L'Arrêté du ministre du commerce extérieur n° 2916-11 du 12 octobre 2011 fixant la liste des marchandises faisant l'objet de mesures de restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation, publié au BO n° 5996 du 17 novembre 2011 dont l'amiante ;

Arrêté conjoint du ministre de la santé publique, du ministre de l'agriculture et de la réforme agraire, du ministre de l'industrie et des mines et du ministre du commerce et de l'artisanat n° 701-66 du 30/11/1966 (30 novembre 1966) fixant la composition de la section I des tableaux A et C avec les listes des produits chimiques toxiques et dangereux soumis à déclaration d'importation des substances vénéneuses. Bulletin Officiel n° 2831 du Mercredi 1 Février 1967. etc…

2996 Cités par De Maleissye. J, Histoire du poison, Paris, François Bourin, 1991, 415 p.

2997 Il s'agit pour le juge de déterminer pour chaque cas d'espèce s'il s'agit de substances de nature à donner la mort (article 398 CP), de substances uniquement nuisibles (article 413 CP), ou encore de substances nuisibles à usage commercial. Dans ce dernier cas, c'est le Dahir n° 1-59-380 du 26 rabia II 1379 (29 octobre 1959) relatif à la répression des crimes contre la santé de la Nation qui reçoit application. En ce sens Arrêt de la Cour suprême (cour de cassation actuelle), 30/10/1986, N°8595, 85/15554, Revue de la cour suprême, n°41, P. 212, 213.

2998 *« L'expertise médicale intervient à toutes les phases du procès pénal depuis les constatations premières du médecin, en passant par l'autopsie, les analyses les constatations relatives à l'identification des traces »*. Louahla. S, « la médecine légale au Maroc : état actuel et perspectives d'avenir », tome 2, 1ere édition, publications de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, 2005, page 49.

doit avoir une efficacité létale), et la majorité qui l'assimile à une tentative d'empoisonnement. Au Maroc, se référant à l'article 117 CP2999, cette dernière position semble être la plus appropriée3000. La question de la qualification se pose également lorsque la dose de la substance vénéneuse administrée est trop faible pour donner la mort, et qu'il faut une certaine dose pour que la substance administrée soit efficace. Dans ce cas, l'acte délictueux sera soumis à l'article 398 ou à l'article 413 du Code pénal?

B. L'empoisonnement et l'administration de substance nuisible : deux niveaux de répression complémentaires

L'empoisonnement ne doit pas être confondu avec l'infraction d'administration de substances nuisibles, définie par l'article 413 du code pénal3001, sensiblement similaire à l'empoisonnement mais dont la substance n'est pas mortifère, mais uniquement de nature à porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui.

L'article 413 CP fait apparaître deux degrés dans l'infraction consistant à administrer des substances nocives :

– comme délit, lorsque les substances utilisées sont nuisibles, ont entraîné une maladie ou incapacité de travail supérieure à vingt jours ;

– comme crime, si les dites substances ont causé soit une maladie incurable, soit la perte de l'usage d'un organe, soit une infirmité permanente….

La distinction entre l'empoisonnement et l'administration de substance nuisible se fait en fonction de deux critères : la différence entre les substances pouvant donner la mort et celles qui sont simplement nuisibles ; et la question d'intention. Lorsque la substance est mortifère, la qualification est nécessairement criminelle et il s'agira d'un empoisonnement. Le caractère mortifère d'une substance s'analyse in abstracto, mais dépend de l'appréciation souveraine des juges du fond. Or en pratique, et comme déjà souligné, les substances nuisibles à la santé ne sont pas par nature différentes des substances pouvant donner la mort, mais, administrées en plus ou moins grande quantité, à des personnes plus ou moins résistantes, elles font passer l'infraction du délit d'administration de substance nuisible au crime d'empoisonnement. Une fois de plus, l'expertise médicale est indispensable, seule capable d'évaluer le seuil de toxicité des substances utilisées.[3002]

S'agissant de l'intention criminelle. L'élément moral de l'administration de substance nuisible est caractérisé lorsque la personne a administré la substance nuisible en sachant qu'elle avait un effet uniquement nuisible pour la santé et non mortel.

Les principes de définition des substances et d'intention se croisant, tout repose ici sur l'examen des conséquences de l'administration des substances. L'administration habituelle de substances nuisibles

---

2999 L'article 117 CP énonce à cet égard : *« La tentative est punissable alors même que le but recherché ne pouvait être atteint en raison d'une circonstance de fait ignorée de l'auteur ».*

3000 Khamlichi. A, Droit pénal spécial (en arabe), Tome 2, Dar almaarif, Rabat, 1986, P.99.

3001 L'article 413 CP énonce : *« Est puni de l'emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 200 à 500 dirhams quiconque cause à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel en lui administrant, de quelque manière que ce soit, sciemment mais sans intention de donner la mort, des substances nuisibles à la santé.*
Lorsqu'il en est résulté une maladie ou incapacité de travail personnel supérieure à vingt jours, la peine est l'emprisonnement de deux à cinq ans.
Le coupable peut, en outre, être frappé pour cinq ans au moins et dix ans au plus, de l'interdiction d'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 40 et de l'interdiction de séjour.
Lorsque les substances administrées ont causé soit une maladie paraissant incurable, soit la perte de l'usage d'un organe, soit une infirmité permanente, la peine est la réclusion de cinq à dix ans. Lorsqu'elles ont causé la mort sans l'intention de la donner, la peine est la réclusion de dix à vingt ans ».

3002 TGI Cherboug (fr) 31 mars 1981, D. 1981.536, où une affaire de cet ordre a été qualifiée d'administration de substances toxiques, alors qu'il s'agissait manifestement d'une tentative d'empoisonnement dans la mesure où la substance était bien de nature mortelle. Seule une interruption fortuite de l'irradiation, à laquelle était soumise la victime ayant évité à la mort de survenir. www.Legifrance.gouv.fr.

est une infraction dite matérielle (un résultat doit être constaté), alors que l'empoisonnement est une infraction formelle (il n'est pas nécessaire que l'infraction soit suivie d'un résultat).
Les dispositions des articles (398 et 413 CP) semblent néanmoins complémentaires. L'article 398 du Code pénal impliquant l'utilisation de substances mortifères, il fallait également punir l'utilisation de substances toxiques dans l'intention de nuire. L'article 413 CP constitue ainsi une pierre complémentaire à l'édifice de la répression du crime d'empoisonnement. Le but étant de restreindre au maximum l'impunité des empoisonneurs notamment ceux ayant échappé, faute de preuves, à la justice.

C. L'administration

L'empoisonnement consiste à employer ou administrer une substance de nature à entraîner la mort de la victime, peu importe la façon dont on a fait prendre le poison : nourriture, breuvage, injection, inhalation, radiation, etc. Le code pénal ne définit pas expressément le mode d'administration de la substance mortifère.
L'administration peut consister en un acte unique ou au contraire être administrée à plusieurs reprises. Il y a crime d'empoisonnement même si chaque dose prise isolément ne peut provoquer la mort.
Le mode d'administration peut être direct, c'est le cas lorsque l'auteur verse directement le poison dans le breuvage de la victime ou le mêle à son alimentation. Il peut également être indirect lorsque les substances sont remises à la victime par l'intermédiaire d'un tiers de bonne foi (ex: nourrice, cuisinier). Dans ce cas, le tiers de bonne foi échappe naturellement à la répression, l'individu ayant fourni la substance au tiers étant l'auteur principal. En cas de remise à un tiers qui agissait en revanche en connaissance de cause (participation criminelle à un empoisonnement), la jurisprudence française a considéré que l'auteur principal d'empoisonnement était la personne qui avait administré le poison, l'autre n'étant qu'un complice par fournitures de moyens.3003
L'administration doit être exercée sur la personne d'autrui. Cela concerne donc tout être humain qui n'est pas soi-même. Il faut donc une personne humaine (exclusion des fœtus ou des animaux), vivante (sinon on recourt à l'infraction impossible, c'est-à-dire à une tentative) et qui soit autrui ((impunité d'un empoisonnement sur soi : suicide3004). Le consentement de la victime n'est pas pris en compte. D'ailleurs, il faut souligner l'indifférence des mobiles (mettre fin à des souffrances (euthanasie3005, vengeance, etc.).
La victime peut être déterminée (c'est le cas lorsqu'une personne est particulièrement visée), ou indéterminée3006. Le crime d'empoisonnement, en tant qu'infraction formelle, est réalisé du seul fait de l'administration de la substance mortifère à la victime, quelles qu'en soient les suites.

1.1.2. Elément moral

*« Entre une mauvaise cuisinière et une empoisonneuse, il n'y a qu'une différence d'intention »*3007.
L'empoisonnement est une infraction intentionnelle ; il suppose une administration délibérée, en

3003 En ce sens (Cass fr. Crim, 2 juillet 1886, Bull. Crim. n° 238). www.Legifrance.gouv.fr
3004 Toutefois, la loi sanctionne l'aide ou la provocation au suicide, c'est-à-dire le fait de fournir un environnement et des moyens nécessaires à une personne pour qu'elle se suicide quelle qu'en soit les motivations : *« Quiconque sciemment aide une personne dans les faits qui préparent ou facilitent son suicide, ou fournit les armes, poison ou instruments destinés au suicide, sachant qu'ils doivent y servir, est puni, si le suicide est réalisé, de l'emprisonnement d'un à cinq ans »* article 407 CP.
3005 L'euthanasie définie comme étant *« une mort provoquée pour épargner aux malades des souffrances physiques ou psychiques insoutenables »* Petit Larousse, n'existe pas en droit pénal marocain (pour des raisons principalement religieuses : dieu seul qui donne la vie, c'est à lui seul de la retirer). C'est pour cette raison, que la jurisprudence ne peut se prononcer sous cette qualification. Généralement, ce comportement est sanctionné sur la qualification soit d'homicide volontaire, soit d'empoisonnement, soit de la non-assistance à une personne en danger. Le consentement de la victime ne constitue en aucun cas un fait justificatif ou une cause d'irresponsabilité pénale. El idrissi. A, L'euthanasie ou les soins palliatifs, Revue juridique politique économique du Maroc, Numéro 47, 2011, pages 8.
3006 C'est dans ce sens que s'est prononcée la cour de cassation française dans une affaire où l'auteur avait jeté un produit mortifère dans un puit alimentant en eau potable un grand nombre de personnes (Cass fr. crim. 5 février 1958). www.Legifrance.gouv.fr
3007 Une des citations célèbres de Pierre Desproges, ancien humoriste français réputé pour son humour noir.

connaissance du caractère mortel du produit ; il ne peut pas y avoir empoisonnement à administrer un produit mortel dans l'ignorance de sa toxicité.

Ces deux éléments établis sont considérés comme suffisants pour que le crime d'empoisonnement soit établi à charge de l'agent3008. La raison essentielle est de fait mais aussi de bon sens : celui qui fait administrer en connaissance de cause un produit mortel, ne peut le faire dans une autre intention que celle de tuer. Il ne peut exister de crime d'empoisonnement non prémédité, puisque ce crime nécessite préparatifs et combinaisons. La préméditation est incluse dans la définition du crime.

Si l'administration de substances a été faite par erreur, imprudence, inattention, maladresse, négligence, inobservation des règlements, ou encore dans l'intention de guérir un tiers (préparation erronée d'un médicament par un pharmacien), alors il ne s'agit plus d'empoisonnement mais d'un homicide par imprudence prévu et puni par l'article 432 du CP[3009]. C'est l'exemple du restaurateur, qui par négligence et inobservation des règles d'hygiène, cause la mort à plusieurs de ses clients par intoxication alimentaire3010, ou de la mère de famille qui, par imprudence ou manque de prévoyance, laisse des produits mortels à la portée de ses enfants (décès des enfants après consommation desdits produits).

L'empoisonnement est bien une infraction intentionnelle, mais il n'est pas toujours évident de comprendre en quoi consiste cette intention. Est ici posée la question de l'autonomie de l'élément moral de l'empoisonnement par rapport à celui défini pour le meurtre : s'agit-il de l'intention de tuer - ou animus necandi -, comme pour le meurtre, ou d'un état d'esprit différent plus étroitement relié à la notion d' « attentat » énoncée par le texte d'incrimination ? Autrement dit, exige-t-on ou non en sus de la connaissance du produit et de son administration délibérée, une intention de tuer en utilisant du poison (ce qui ne ferait de l'empoisonnement qu'une variante du meurtre), ou l'empoisonnement a-t-il un élément moral spécifique limité au caractère volontaire de l'administration du produit, lié à la connaissance du caractère mortel de la substance ?

Cette question de la consistance réelle de l'élément moral de l'empoisonnement a fait l'objet de vifs débats doctrino-jurisprudenciels en France, notamment suite à l'affaire dite du « sang contaminé », où il y a eu distribution du sang contaminé en connaissance de son caractère toxique même mortel. La cour de cassation française avait indiqué expressément que « *le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur agit avec l'intention de donner la mort, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteintes volontaires à la vie des personnes* »[3011].

3008 En ce sens : Arrêt de la cour de cassation (Maroc) rendu le 28/02/2007, n°610/5, n°2103/6/5/2006. Publié à la Revue Al millaf (en arabe), numéro 12.

3009 Article 432 CP « *Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, commet involontairement un homicide ou en est involontairement la cause est puni de l'emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de 250 à 1.000 dirhams* ».

Dans le cas où cela cause uniquement des blessures, coups ou maladies, c'est l'article 433 CP qui reçoit application : « *Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, cause involontairement des blessures, coups ou maladies entraînant une incapacité de travail personnel de plus de six jours est puni de l'emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 200158 à 500 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

3010 Décision du Tribunal de première instance de Marrakech, 1er juillet 2024, Journal l'Economiste, Numéro du 3 juillet 2024. Il s'agit d'une affaire d'intoxication alimentaire ayant causé la mort de 6 personnes et l'hospitalisation de 26 autres. Le restaurateur incriminé a été condamné avec deux de ses employés à 4 ans de de prison ferme et à une amende de 1000 dirhams, pour homicide involontaire et négligence.

3011 Dans cette affaire de santé publique dite « affaire du sang contaminé », le centre national de transfusion sanguine français (CNTS) a été accusé d'avoir sciemment distribué de 1984 à 1985 des produits sanguins contaminés à des hémophiles : plus de 2000 patients ont été contaminés par le virus du sida VH et par le virus de l'hépatite C. Plusieurs médecins et ministres ont été mis en cause et ont comparé devant la justice. Le Tribunal correctionnel de Paris, le 23 oct. 1992, a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par des victimes hémophiles parties civiles, en refusant la qualification d'empoisonnement et a préféré condamner pour tromperie sur la qualité de la marchandise fournie. La Cour d'appel de Paris, le 13 juill. 1993, a confirmé, à quelques nuances près, la condamnation pour délit de fraude ou abstention délictueuse en écartant à nouveau l'exception d'incompétence pour empoisonnement au motif que les médecins n'avaient pas agi avec l'intention de tuer leurs patients. Quelques années plus tard, la cour de cassation s'est

L'empoisonnement supposerait ainsi un dol général (l'agent doit avoir la connaissance du caractère mortel de la substance administrée), et puis un dol spécial (l'agent doit avoir eu l'intention de donner la mort), l'animus necandi. Ces deux conditions sont cumulatives.

Le raisonnement de la cour de cassation française peut se formuler de la façon suivante : le meurtre implique l'intention homicide, or l'empoisonnement est un meurtre, donc l'empoisonnement implique l'intention homicide.

Cette jurisprudence remise en cause par d'autres arrêts de la cour de cassation[3012], a été vivement critiquée par la doctrine criminaliste : « *L'argumentation de la cour écrase la véritable spécificité de l'incrimination et constitue une véritable erreur de droit (contra legem)* ».[3013]

Pour Rassat, l'intention de tuer n'est pas requise dans l'empoisonnement en raison de plusieurs arguments : le premier de bon sens tient à ceci que si l'empoisonnement n'était qu'une variété de meurtre (un meurtre commis avec du poison), sa prévision spécifique serait inutile, on n'incrimine pas spécifiquement le meurtre avec une arme à feu, par étouffement etc. C'est donc qu'il y a des différences entre le meurtre ordinaire et l'empoisonnement.

Le second tient au fait que l'empoisonnement est une infraction formelle qui n'exige pas expressément la volonté de tuer, ni la mort de la victime pour que le crime soit consommé. Dès lors que la seule chose requise en matière d'élément matériel de l'empoisonnement, est que l'on ait usé d'un produit que l'on savait mortel. La mort de la victime ne faisant pas partie de la définition de l'élément matériel de l'infraction, cette volonté d'obtenir ce résultat ne peut être requise au titre de son élément moral[3014].

Pour d'autres auteurs, l'intention ne doit point être confondue avec le mobile. L'intention homicide dans l'empoisonnement est induite de la connaissance par l'agent du caractère mortifère du produit qu'il administre à autrui *« le refus de reconnaître expressément qu'on a voulu tuer, qu'on a désiré tuer, n'a pas beaucoup d'importance si l'on avoue qu'on connaissait l'effet mortel de la substance qu'on a administrée sachant qu'on le faisait, ou si, à défaut même de cet aveu, tous les éléments de l'enquête démontrent qu'on a agi dans cette double conscience, car c'est cela, en vérité, l'intention même du crime, son élément moral, et non ce désir de tuer qui relève des mobiles plutôt que de l'intention et qui n'est pas toujours ressenti de façon certaine par les auteurs d'homicide alors même qu'ils donnent la mort volontairement, c'est-à-dire consciemment ».3015*

En pratique, cette volonté de donner la mort est effectivement délicate à établir. Généralement, les juges s'appuient sur les faits pour procéder à une déduction, et c'est souvent le caractère létal de la substance administrée qui va permettre de dire si l'auteur avait ou non l'intention de donner la mort.

1.2. Le particularisme de la répression

Les criminalistes ont toujours souligné la grande originalité juridique du crime d'empoisonnement : c'est une infraction formelle, qui se distingue du point de vue de la préméditation, mais également du point de vue de la peine. Il fait partie des crimes les plus redoutés. La peine infligée aux empoisonneurs est la peine capitale.

Le crime existe dès lors que la substance a été administrée et même si la victime n'est pas morte. Dès que le crime est patent, manqué ou consommé, il tombe sous le coup de l'article 398 et devient donc

---

livrée à une simple affirmation de l'exigence de l'intention homicide sans réelle et solide justification en disposant : « *Le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort* ». Tribunal correctionnel de Paris, Gaz. Pal. 1993.1. Doctr. 257 ; Gaz. Pal. 1993.1. Somm. 118 ; D. 1993.222 ; Cass. Crim, 18 juin 2003). note Prothais. A, « La contamination d'hémophiles par le virus du SIDA ne constitue pas un empoisonnement, mais le délit de tromperie sur la qualité des marchandises », Recueil Dalloz 1994 p. 118.

3012 Un arrêt de la Cour de cassation relève bien que *« pour caractériser la volonté criminelle, les juges retiennent que (la personne poursuivie) connaissait l'effet mortifère de la prise massive des produits remis à la victime »* (Cass. crim, 8 juin 1993, Bull. crim, n° 203 ; Gaz. Pal. 6 oct. 1993, note Prothais. A, Op. Cit), sans parler d'intention homicide.

3013 Prothais. A, « N'empoisonnez donc plus à l'arsenic », D 1998, Chron, P. 334.

3014 Rassat. M L, Droit pénal spécial / infractions des et contre les particuliers, Infractions du Code pénal, 5° édition, 2006, Dalloz, P. 324.

3015 Lambert. L, Traité de droit pénal spécial : étude théorique et pratique des incriminations fondamentales, Edition police-revue, paris, 1971, p. 27.

passible de la peine de mort « *Le caractère formel d'une infraction sanctionne dans l'esprit de la loi, d'une manière exceptionnellement rigoureuse, une activité particulièrement dangereuse et répréhensible* »[3016].

A. Le régime juridique

La tentative d'empoisonnement : « *Il y a tentative d'empoisonnement quand tout est préparé pour atteindre le but proposé, sans que la victime se soit ingérée la substance empoisonnée de nature à donner la mort, qui lui a été destinée et même présentée, mais dont elle a été préservée ou s'est abstenue par suite d'une circonstance indépendante de la volonté de l'auteur* ».[3017]

L'empoisonnement est une infraction formelle qui punit l'emploi de certaines substances, indépendamment de leur résultat3018. Contrairement à ce qui a été requis en matière de meurtre ordinaire, infraction matérielle3019, la mort de la victime ne fait pas partie de l'élément matériel de l'infraction qui est consommé dès qu'un produit mortel a été administré.

L'empoisonnement est expressément qualifié par l'article 398 CP d'« attentat ».[3020] Conformément à son acception juridique traditionnelle, "l'attentat à la vie" signifie la tentative[3021]. Le régime juridique de l'infraction qui découle de cette notion d'attentat est très original et beaucoup plus sévère que celui des infractions matérielles proches. Dans le cadre des infractions qualifiées de formelles par la loi, il y a infraction consommée dès que l'acte est accompli, et cela même s'il ne produit pas le résultat auquel il devait aboutir. Il y a donc empoisonnement consommé dès que la victime a reçu le poison et cela même si elle n'en meurt pas3022. C'est l'infraction «*dans laquelle la loi incrimine le procédé sans s'inquiéter des suites* »[3023].

Il en résulte que la tentative d'empoisonnement est punissable ; elle punit des actes qui ne seraient dans un autre cadre que de simples actes préparatoires : Là où il y a tentative de meurtre, il y a déjà empoisonnement consommé. Ainsi, si une personne prépare un poison, que la victime le boit, mais ne meurt pas, il y aura bien empoisonnement (et non tentative d'empoisonnement). Par contre, la non-consommation du poison, pour toute autre raison loin de la volonté de l'agent alors que ce dernier avait pourtant mis du poison à sa portée, constitue une tentative d'empoisonnement punissable (article 117 CPM). Trop éloignés de l'action, les actes par lesquels on se procure le produit toxique ne sont que des actes préparatoires non punissables. Ainsi, la simple acquisition d'un produit mortifère ou sa fabrication ne constituent pas de commencement d'exécution. Ce dernier est caractérisé par des actes qui tendent directement au crime avec l'intention de le commettre.

3016 Merle. R et Vitu. A, Traité de droit criminel, Cujas, 7e édition, 1997, p.651.

3017 Sautter. R, Étude sur le crime d'empoisonnement, 1896, p. 180. Cité par Dreyer. E, Droit pénal spécial, LGDJ, 2e édition, 2023. P. 44.

3018 L'indifférence au résultat permet de rapprocher l'infraction formelle de la tentative constituée par un commencement d'exécution, qui n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Cependant, l'auteur d'une tentative n'a pu accomplir le résultat alors que celui d'une infraction formelle pourra l'avoir atteint. Dans un cas, il y a indifférence tandis que dans l'autre il y a échec. Merle. R et Vitu. A Traité de droit criminel, Op. Cit, p.650.

3019 En ce sens qu'il faut, pour caractériser un meurtre, prouver qu'une personne est effectivement morte …à défaut, on pourra éventuellement punir l'auteur pour tentative de meurtre (toujours punissable en matière criminelle), mais seulement si les conditions de la tentative sont réunies.

3020 On peut relever une fois de plus la maladresse de la traduction des textes de loi : alors que la version française de l'article 398 CP utilise le terme « attentat » (comme le texte français, l'inspirateur) la version arabe utilise le terme « atteinte ». Les deux termes n'ont pas le même sens : "l'attentat à la vie" signifie la tentative, alors que « atteinte à la vie » signifie une consommation effective de l'infraction.

نص الفصل 398 من القانون الجنائي:"من اعتدى على شخص بمواد من شأنها أن تسبب الموت عاجلا أم آجلا ، أيا كانت الطريقة التي استعملت أو أعطيت بها تلك المواد ،و أيا كانت النتيجة، يعد مرتكبا لجريمة التسميم و يعاقب بالإعدام ".

من قدم لشخص مواد سامة بقصد قتله سواء تحققت النتيجة الإجرامية المتمثلة في الوفاة أو لم تتحقق تكون جريمة التسميم قائمة لأنها من جرائم الخطر لا تقتضي تحقق النتيجة الإجرامية، و يعاقب مرتكبها بالإعدام.

3021 CORNU, G., Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2004.

3022 Khamlichi. A, Droit pénal spécial marocain, Op. Cit, p.99.

3023 Pradel. J, Droit pénal général, Cujas, 18ème édition, 2010, p.321.

Cette assimilation de la tentative d'empoisonnement au crime lui-même témoigne de l'exigence de sévérité formulée par les instances législatives dans la répression de ce crime si singulier. La tentative d'empoisonnement est punie de la même peine que l'infraction consommée à savoir la peine de mort (articles 114 CP).3024

Le désistement volontaire n'est pas exclu (l'auteur qui jette le mets empoisonné avant qu'il ne soit consommé). Administrer par contre un antidote à la victime et que celle-ci ne décède pas par exemple n'est qu'un repentir actif inefficace puisque l'infraction a été consommée dès l'administration du poison. Ceci constitue bel et bien un cas de tentative punissable de la même manière que le crime à part entière.

La complicité d'empoisonnement est punissable (l'exemple du pharmacien qui fournirait sciemment du poison à celui qui l'administrera). L'article 129 du C.P3025 punit le fait de provoquer à commettre un empoisonnement en promettant des dons et avantages pour sa réalisation. Cette incrimination permet de sanctionner la personne qui aura été l'instigatrice de l'empoisonnement, alors même que l'infraction n'est pas réalisée. L'auteur de la provocation sera donc poursuivi alors même que le comportement incriminé n'est pas suivi d'effet. Si la provocation est suivie d'un empoisonnement ou d'une tentative d'empoisonnement, les règles de la complicité s'appliquent et l'instigateur encourra les peines prévues pour l'empoisonnement (article 130 CP)3026.

B. Les peines

L'empoisonnement, comme souligné plus haut, est puni de la peine de mort3027. Nul besoin de signaler ici que le code pénal marocain a été inspiré par le droit français notamment les lois napoléoniennes.[3028]

Dans la pratique, la peine de mort n'est plus appliquée. Le Maroc observe en effet un moratoire de facto depuis un peu plus de trente ans. La peine de mort continue néanmoins à être prononcée par les tribunaux nationaux[3029]. Les personnes condamnées à mort purgent carrément la peine de servitude pénale à perpétuité. Le maintien légal de la peine de mort n'a donc pas empêché son abolition de fait.

3024 Article 114 « *Toute tentative de crime qui a été manifestée par un commencement d'exécution ou par des actes non équivoques tendant directement à le commettre, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est assimilée au crime consommé et réprimée comme tel* ».

3025 Article 129 : « *Sont considérés comme complices d'une infraction qualifiée crime ou délit ceux qui, sans participation directe à cette infraction, ont : 1° Par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre;*
2° Procuré des armes, des instruments ou tout autre moyen qui aura servi à l'action sachant qu'ils devaient y servir;
3° Avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action, dans les faits qui l'ont préparée ou facilitée;
4° *En connaissance de leur conduite criminelle, habituellement fourni logement, lieu de retraite ou de réunions à un ou plusieurs malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix publique, les personnes ou les propriétés. La complicité n'est jamais punissable en matière de contravention.*

3026 Article 130 : « *Le complice d'un crime ou d'un délit est punissable de la peine réprimant ce crime ou ce délit. Les circonstances personnelles d'où résultent aggravation, atténuation ou exemption de peine n'ont d'effet qu'à l'égard du seul participant auquel elles se rapportent. Les circonstances objectives, inhérentes à l'infraction, qui aggravent ou diminuent la peine, même si elles ne sont pas connues de tous ceux qui ont participé à cette infraction, ont effet à leur charge ou en leur faveur* ».

3027 Cette peine a été prévue par le code pénal français de 1810, principal inspirateur du code pénal marocain. Le code pénal français actuel ne retient par contre qu'une peine de trente ans de réclusion criminelle c'est-à-dire la même peine que le meurtre ordinaire, avec toutefois une période de sureté obligatoire qui n'existe pas en matière de meurtre.

3028 Notamment les articles 301 et 302 du code pénal français de 1810 : Art. 301: « *Est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances pouvant donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, et qu'elles qu'en aient été les suites* ». *Art 302: « Tout coupable d'assassinat, de parricide, et d'empoisonnement sera puni de mort…. »*..

3029 En effet, la dernière exécution date du 5 septembre 1993. Selon les données officielles du ministère de la Justice, 103 condamnations à mort ont été prononcées entre 2010 et 2021, soit une moyenne de neuf condamnations à mort par an. La plupart des condamnations à mort sont prononcées dans des affaires de droit commun. En 2020, huit des neuf condamnations à mort prononcées l'ont été dans des affaires de droit commun, et une dans une affaire de terrorisme.

La peine principale pour ce crime est la peine capitale. Le juge peut prononcer en outre des peines complémentaires notamment :
L'interdiction légale de l'exercice de ses droits patrimoniaux. Cependant, le condamné a toujours le droit de choisir un mandataire pour le représenter dans l'exercice de ses droits, sous contrôle du tuteur désigné à cet effet3030 (article 38 CP).
Retrait des droits civiques et civils et familiaux (la dégradation civique). Ce retrait entraîne notamment l'inéligibilité, la perte du droit de vote et du droit d'être tuteur (article 37 CP).
La perte définitive de la pension servie par l'Etat qui s'applique de plein droit (article 41 CP).
Le juge peut également ordonner la confiscation, au profit de l'Etat, sous réserve des droits des tiers, d'une fraction des biens du condamné ou de certains de ses biens spécialement désignés (les articles 41, 42, 43, 44, 45, 46 CP).
Toutefois, la juridiction peut, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer ces peines, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.
Les circonstances atténuantes3031 : L'article 146 du Code pénal autorise le juge à atténuer la peine prévue par la loi dans tous les cas où il estime que, dans l'espèce qui lui est soumise, la sanction pénale prévue par la loi est excessive par rapport soit à la gravité des faits, soit à la culpabilité de l'auteur3032. Sa décision doit être motivée. Ce texte ne définit pas cependant les « circonstances atténuantes », dont l'appréciation est par conséquent laissée au pouvoir discrétionnaire du juge. Ce qui revient à dire en définitive que *« les juges sont transformés en législateurs »3033.*
Sont prises en considération par le juge les circonstances qui ont influencé le comportement délictueux de l'agent, c'est-à-dire les circonstances antérieures ou concomitantes à l'infraction et en relation causale avec celle-ci. On pourrait alors retenir à ce titre l'âge du délinquant, sa constitution mentale anormale (non équivalente à la démence au sens de l'article 134 CP), etc. Le juge peut tenir compte même des faits postérieurs à l'infraction lorsque ceux-ci seront de nature à éclairer sur le caractère du délinquant : il en est ainsi des efforts de l'auteur pour écarter le résultat de l'infraction ou pour réparer le dommage causé (repentir manifesté (exemple : emmener la personne empoisonnée à l'hôpital avant qu'elle perde la vie), ou encore de l'aveu du crime.
L'effet des circonstances atténuantes est néanmoins de modifier la peine, sans modifier la nature et la qualification de l'infraction. Dans le cas du crime d'empoisonnement, la peine de mort peut être ramenée à la réclusion perpétuelle ou à la réclusion de 20 à 30 ans pour les personnes majeures (Article 147 CP), et à dix à vingt ans d'emprisonnement pour les mineurs (article 517 CPP)3034.

Néanmoins, le nombre de personnes condamnées à mort incarcérées dans les prisons a considérablement diminué depuis trente ans, notamment en raison de l'exercice du droit de grâce royale : Alors que 197 personnes condamnées à mort étaient incarcérées en 1993, elles étaient 83 en 2023. www.justice.gov.ma.
Notons enfin que 48 dispositions législatives prévoient la peine de mort. Parmi les infractions passibles de la peine de mort : empoisonnement, torture, Homicide aggravé, terrorisme, trahison désertion, vol à main armée, enlèvement, incendie volontaire…
3030 Le condamné a le droit de choisir un mandataire pour administrer ses biens, celui-ci restera sous le contrôle du tuteur et sera responsable devant lui. A défaut, ses actes sont nuls. En ce sens, Arrêt n°84/890 rendu par la Cour d'Appel de Béni Mellal le 30/05/1984, n°84/219, publié par la Revue « رابطة القضاة » en arabe, n°16-17, p.126.
3031 *« Les circonstances atténuantes diffèrent profondément des excuses légales qui, elles, sont minutieusement et limitativement énumérées par la loi ».* Arrêt n°7563 rendu par la Cour suprême le 11/07/1985, Crim n°84619115, publié à la Revue des juridictions marocaines (en arabe), n°44, P.85.
3032 *« L'appréciation des circonstances atténuantes, conformément à l'article 146 CP, appartient aux juges de fond, et ne peut être soumise au contrôle de la cour suprême ».* Arrêt n°2/1355 rendu le 28/07/1996, crim n°90/10637-39, publié à la Revue de la Cour suprême (en arabe), n°53-54, P.372.
3033 Merle. R et Vitu. A, Traité de droit criminel, Tome I, 4e éd. Paris 1981, n° 750.
3034 Article 517 CPP : « *Exceptionnellement, à l'égard des mineurs âgés de plus de 12 ans, et lorsqu'elle l'estime indispensable en raison des circonstances ou de la personnalité du délinquant, la juridiction de jugement peut, en motivant spécialement sa décision sur ce point, remplacer ou compléter par une peine d'amende ou d'emprisonnement les mesures prévues à l'article précédent. En ce cas : · Si l'infraction commise était passible de la peine de mort ou de la réclusion perpétuelle pour un délinquant majeur, le mineur doit être condamné à une peine de dix à vingt ans d'emprisonnement…… ».*

Une grâce royale peut être également été accordée aux personnes condamnées à la peine capitale3035. Dans ce cas, la peine capitale est ramenée à la peine de réclusion à perpétuité, Le droit de grâce est exercé par le roi, conformément à l'article 58 de la Constitution.

Le délai de prescription commence à courir le jour où les substances mortelles sont administrées. Il est de 20 ans (article 4 CPP)3036.

2. Une autonomie menacée

Entre les partisans de la nécessaire suppression du crime d'empoisonnement, n'y voyant qu'une simple variété de meurtre et les tenants du caractère spécifique de l'empoisonnement, dans le sens qu'il s'agit d'une infraction facile à commettre et déloyale, difficile à identifier, très dangereuse et particulièrement lâche, ce qui explique qu'elle soit lourdement punie, l'article 398 du Code pénal marocain maintient une incrimination autonome pour l'empoisonnement. Ce maintien dans le Code pénal depuis 1962[3037], c'est-à-dire il y a à peu plus de soixante ans traduit-il une politique criminelle rigoureuse qui inspire à réprimer tout usage illicite de substances vénéneuses, en sanctionnant avec la même sévérité aussi bien les empoisonneurs que leurs complices et même la tentative d'empoisonnement de la peine capitale, ou bien s'agit-il d'un simple oubli législatif ?

Il est vrai que depuis la publication du code pénal, plusieurs amendements ont été apportés pour modifier et compléter le code pénal, il n'a jamais été question de supprimer l'empoisonnement au motif qu'il fait doublon avec le meurtre. Or, la plupart de ces amendements qui ont été apportés, étaient dictées par des conjonctures nationales ou internationales pressantes[3038], ou dans le but d'harmoniser le Code pénal avec les engagements du Maroc envers les instruments internationaux qu'il a ratifiés.

Force est de rappeler aussi que depuis quelques années, l'empoisonnement intentionnel ou criminel est moins fréquent. On en donne pour preuve le nombre décroissant des empoisonnements signalés aujourd'hui, comparé aux autres infractions du même type[3039]. En effet, ce crime subit un net fléchissement, passant de 15 cas signalés pour l'année 2009 à 12 pour l'année 2014, puis à 7 cas seulement pour l'année 2020[3040].

Certes, ces chiffres sont à prendre avec précaution puisqu'ils traduisent moins la pratique du crime que sa répression, et révèlent donc la criminalité apparente et non la criminalité réelle. On peut d'ailleurs supposer que la valeur du "chiffre noir", qui désigne ce décalage, est d'autant plus importante que la difficulté de détecter l'empoisonnement demeure.

2.1. L'empoisonnement, un crime « inexistant » !

Il s'agit en réalité d'un problème réel et présent, de plus en plus récurrent dans la société marocaine, mais par manque de statistiques et de données, il nous semble difficile d'en déterminer la teneur avec exactitude[3041]. Mais presque dans toute famille marocaine, il existe des personnes qui affirment, à tort ou à raison, avoir été victimes d'empoisonnement liés à la sorcellerie au « toukal ». Des gens qui ont

3035 Le nombre de personnes condamnées à mort incarcérées dans les prisons marocaines a considérablement diminué depuis trente ans, et notamment en raison de l'exercice du droit de grâce royale : alors que 197 personnes condamnées à mort étaient incarcérées en 1993, elles étaient 83 seulement en 2023. www.justice.gov.ma.
Le roi exerce ce droit à plusieurs reprises de manière collective ou individuelle à l'occasion notamment de fêtes religieuses et nationales.

3036 Article 4 CPP : « *Sauf dérogations résultant des lois spéciales, l'action publique se prescrit:*
En matière criminelle, par vingt années grégoriennes révolues à compter du jour où le crime a été commis…. »

3037 Le Code pénal a été promulgué en 1962 en vertu du Dahir n°1/59/413 du 28 Joumada II 1328/26 novembre 1962.

3038 Parmi ces amendements on note : la criminalisation du terrorisme (Art. 128.1 et suivants du C.P), la promulgation de la loi relative à la lutte contre les violences faites aux femmes (loi n°103.13 du 18 février 2018, entrée en vigueur le 12 septembre 2018) ; la criminalisation de la traite des êtres humains (Art. 448.1 et suivants du C.P) ; criminalisation du trafic d'enfants (Art. 467.1 et suivants du C.P), l'atteinte aux systèmes de traitement automatisé des données (Art. 607-3 du C.P), etc….

3039 Pour le meurtre, 558 poursuites ont été enregistrées en l'année 2009 contre 427 en 2020. www.mpm.ma.

3040 Statistiques tirées du site officiel de la présidence du ministère public : www.mpm.ma.

3041 Les études sur le sujet sont quasi inexistantes que ce soit dans ses aspects juridiques et judiciaires, sa dimension sociologique, l'aspect toxicologique, ou encore l'aspect médico-légal de ce crime.

épuisé tous les moyens médicaux pour soigner leur mal, sans pour autant avoir de résultats ou que leur état ne s'améliore. D'autres en perdent la vie.

«Toukal » (potions magiques et de poison glissé lâchement dans la nourriture des victimes) est un empoisonnement intentionnel, il est défini par le Centre Antipoison et de Pharmacovigilance du Maroc comme étant : *« une exposition ou incident où des patients sont victimes d´autres personnes, qui ont l´intention de leur causer de la mort »*[3042]. Au Maroc, les circonstances criminelles sont rarement étudiées dans la littérature et les causes restent généralement inconnues, mais en pratique, le « toukal » est souvent utilisé comme une méthode de se venger, d'infliger une souffrance et de nuire par haine, par envie ou par rancune. Un empoisonnement prémédité et intentionnel dans lequel sont utilisées des substances hautement dangereuses et dont les auteurs échappent souvent à la justice. En effet, ce crime est tellement opéré en secret, le plus souvent réalisé au sein de la famille, il est particulièrement difficile de le détecter ou d'en apporter la preuve.

Des minéraux tels le mercure ou des plantes connues par leur toxicité ou encore des substances d'origine animale ou humaine (le sang menstruel des femmes, les ongles de morts...), sont autant de substances nocives que les charlatans et leurs clients malfaisants utilisent pour empoisonner la nourriture ou les boissons de leurs victimes.

Les symptômes diffèrent d'une victime à une autre avec une gravité variable selon la dose et le type du poison ingéré (Perte de poids brusque et inexpliquée, grosse chute de cheveux, douleurs d'estomac, hallucinations, troubles mentaux, dysfonctionnements neurologiques, la chair rongée par la gangrène qui tombent en lambeaux, etc…)[3043].

Pourtant, malgré les progrès de la toxicologie, le crime d'empoisonnement, investi d'un fort support fantasmatique, apparaît comme un fléau qui déborde et ravage la société marocaine, ce qui participe au folklore entourant cette incrimination dont les auteurs échappent souvent à la répression.

Dans une étude intitulée " Empoisonnement criminel au Maroc ", le CAPM recense sur une période de 34 ans (1980-2014), 611 cas d'empoisonnements criminels enregistrés durant la même période. L'âge moyen des intoxiqués était de 26,4 à14, 3 ans, plus d'un quart des cas étaient des enfants de moins de 15 ans (28,6%).[3044]

Toujours d'après les résultats de cette étude, 55,9% étaient de sexe masculin. La majorité des cas, soit 89,4% étaient survenus en milieu urbain. Les produits les plus fréquemment utilisés étaient les pesticides (19,1%) et les plantes (19%). « *Les signes présentés étaient variables suivant le ou les toxiques en cause, la quantité ingérée et le délai écoulé avant le traitement. Toute une gamme de troubles digestifs, neurologiques, respiratoires et cardio-vasculaires a été constatée* », énumère l'étude. Parmi les 440 cas pour lesquels le Centre disposait de données sur l´évolution, 27 sont décédés. Les autres cas ont survécu avec séquelles : la souffrance de la victime ayant survécu est, à notre sens, pire que si elle avait été empoisonnée à l'arsenic, dans un tel cas la victime n'a pas le temps de subir les souffrances physiques et morales consécutives à son empoisonnement (elle meurt généralement sur le coup).

Un triste sort et un mal qui touche une bonne partie de la population comme le soutient le Centre anti poison. Ce dernier estime en effet que l'empoisonnement criminel constitue « *Un problème non négligeable. Le nombre de cas est probablement sous-estimé du fait du nombre important de cas non diagnostiqués ou non déclarés »*[3045].

L'empoisonnement étant un crime secret, la question de la preuve se pose à chaque instant. Un intérêt particulier est donc accordé aux moyens mis en œuvre pour affirmer ou infirmer la présence d'un

3042 *Boukhorb. S et al, Empoisonnement criminel au Maroc: données du Centre Antipoison et de Pharmacovigilance du Maroc, 1980-2014. Pan African Medical Journal. 2021;38:42.*

3043 Kamal Idrissi. H, " Toukal ", entre charlatanisme et criminalité, Journal l'Observateur du Maroc et d'Afrique, Numéro du 19 Octobre 2023.

3044 Boukhorb. S et al, Empoisonnement criminel au Maroc: données du Centre Antipoison et de Pharmacovigilance du Maroc, Op. Cit.

3045 Ibid.

empoisonnement criminel. Il faut se demander comment les magistrats parviennent à caractériser l'existence de cette infraction ?

2.2. L'empoisonnement, un crime secret et impuni

L'empoisonnement est le crime secret par excellence : la nature même du crime d'empoisonnement fait qu'il est particulièrement difficile de le prouver, voire simplement d'en connaître l'existence. L'empoisonneur agit avec discrétion et son geste est d'autant plus détestable qu'il cible généralement des membres de sa famille. L'empoisonnement est un crime à la portée de tous, Il suffit de se procurer une substance vénéneuse et de l'administrer à la victime, le plus souvent en la déposant dans des aliments ou des breuvages qu'elle s'apprête à consommer, ce qui le rend encore plus dangereux. Il est presque impossible de s'en prémunir, surtout lorsqu'il est réalisé dans un lieu rassurant pour la victime comme son domicile, et particulièrement difficile à découvrir et d'en apporter la preuve.

Le problème se situe à deux niveaux : d'abord, au niveau de la non dénonciation de ce genre de crimes. En effet, pour que le juge ait connaissance du crime d'empoisonnement, il faut que celui-ci soit révélé à la justice. Cependant, comme l'empoisonnement est le plus souvent un crime familial, il reste dissimulé au sein des foyers. Le lien qui unit l'empoisonneur et l'empoisonné accentue davantage le caractère secret de cette infraction et rend bien plus difficile l'ouverture des poursuites. L'intervention du procureur du roi sans qu'aucune plainte ne soit déposée reste toutefois possible mais très limitée.

Des fois, la victime ignore qu'elle a été empoisonnée et pense que ses symptômes sont dus à une maladie. Dans ce cas, l'empoisonneur peut continuer à lui administrer une substance vénéneuse sur plusieurs semaines, voire plusieurs mois provoquant une altération générale et progressive de la santé de la victime et non une mort soudaine et violente. Il s'agit alors d'empoisonnements répétés ou lents ; situation dans laquelle il est rare que le crime soit découvert. D'autres fois, la victime a conscience d'avoir été empoisonnée, mais elle choisit de se taire, car elle connaît son auteur. Il peut être son enfant, son conjoint, un parent, ce qui rend l'accusation délicate et ces réticences peuvent conduire à ce que l'empoisonnement reste une nouvelle fois secret. De même, les proches de l'empoisonné s'abstiennent évidemment de révéler ce crime lorsqu'ils en sont les auteurs et font croire, au contraire, que la mort est le résultat d'une autre action, le plus souvent d'une maladie. C'est dire le caractère secret qu'impose le contexte familial. Les affaires judiciaires ne reflètent donc pas l'entière réalité de cette infraction, mais seulement une infirme partie.

Le second problème se situe au niveau de *modus operandi*. Le délinquant opère de telle sorte qu'il est difficile de prouver la causalité et l'intention criminelle. En effet, lorsqu'un tel crime est révélé, la police doit s'assurer de sa réalité et rassembler ensuite les preuves à charge et à décharge de l'accusé. Or, l'instruction est bien souvent complexe, les témoins de la réalisation de l'infraction sont rares (Il est en effet extrêmement rare qu'il y ait des témoins ayant vu l'accusé verser une substance vénéneuse dans les aliments de la victime)[3046] et les preuves de culpabilité sont souvent difficiles à réunir. Et il est tout aussi difficile d'obtenir des aveux de la part de l'accusé. Dans ce cas comment être sûr qu'il s'agit d'un empoisonnement criminel et non d'un accident ou d'une simple maladie[3047] ? Comment

3046 « *Leur place reste pourtant centrale, même si elles n'ont pas nécessairement pour fonction immédiate de prouver l'empoisonnement. Elles constituent dès lors davantage un faisceau d'indices, en révélant la situation dans laquelle se trouve la victime, en expliquant les raisons du passage à l'acte et en fournissant des mobiles aux enquêteurs, ce qui leur permettra d'appréhender l'auteur du crime et ses complices éventuels comme « lorsqu'on a vu l'accusé acheter du poison, le préparer en cachette, ou en avoir dans sa maison et que cette personne a eu quelque différend avec la personne qui a été empoisonnée, ou qu'elle a eu lieu d'attendre de sa mort quelque profit, ou avantage [mais] elles ne peuvent jamais suffire pour le faire condamner à mort, à moins qu'elles ne se trouvent jointes à la déposition de quelque témoin qui ait vu donner le poison ou le mettre dans les aliments ou dans la boisson de celui qui a été empoisonné* ». Callemein. G, Un crime atroce et secret : l'empoisonnement devant la justice royale (1682-1789), Rennes, PUR, 2021.

3047 Ainsi si un criminel empoisonne une personne avec un poison peu courant et que le médecin appelé pour constater le décès ne demande pas d'autopsie parce que le défunt avait des pathologies connues. L'auteur échappera dans ce cas à la justice.

être certain que l'accusé a administré une substance vénéneuse à la victime? Les juges vont être confrontés à ces questions. Sur quoi reposent leurs décisions ?

L'intervention des experts dans ce domaine constitue une étape essentielle et indispensable de la procédure criminelle pour empoisonnement (article 77 CPP). Le rapport d'expertise est déterminant pour différencier les symptômes d'une maladie de ceux provoqués par des substances vénéneuses et de distinguer les faits accidentels de ceux délictueux, dans le but de caractériser l'infraction.

Si la victime décède, l'expert procède alors à son autopsie[3048] (complétée éventuellement par des examens radiologiques, biochimiques, toxicologiques et génétiques). Elle doit intervenir dans les plus brefs délais pour que le corps ne se dégrade pas davantage et rende difficile, voire impossible, l'authentification de substances vénéneuses dans l'organisme. Or, ils sont à peine 25 médecins légistes[3049] à exercer sur tout le territoire national *« Il existe des autopsies médicales pratiquées par des médecins quel que soit leur spécialité, ou même par des généralistes notamment dans les régions reculées. De nombreux médecins exercent en effet des activités médicolégales aussi bien cliniques que thanatologiques (destinées aux cadavres) sans aucune formation[3050]. Toutefois, nombreux sont les problèmes auxquels ils peuvent être confrontés notamment quand il s'agit d'émettre des conclusions d'examiner ou encore d'interpréter des données. Ces erreurs sont difficiles à corriger et peuvent fausser la piste judiciaire : des meurtres classés en mort naturelle faute d'experts en thanatologie ».*[3051]

Devant le manque d'experts en médecine légale, *« les conclusions de la justice sont souvent fondées sur l'avis d'un seul expert, et ne peuvent faire l'objet de contestations, ce qui peut conduire à des erreurs judiciaires »3052.*

Etant donnée la place croissante qu'occupe l'expertise médicale dans la répression du crime d'empoisonnement, ces constats, peu rassurants, jettent la confusion et le doute sur l'ensemble du

3048 La détermination de la cause du décès est cruciale. Des erreurs peuvent toutefois survenir notamment la non déclaration du décès toxique : quand il est effectivement retenu comme cause de décès, il n'est pas déclaré en tant que tel sur le certificat du décès. C'est plutôt la cause finale du décès qui est mentionnée et non la cause initiale. A titre d'exemple, un décès par envenimation scorpionique sera déclaré comme décès par détresse respiratoire sur le certificat. Il en résulte que les circonstances et causes détaillées de ces décès restent inconnues dans la majorité des cas. Cette méconnaissance est un obstacle à toute poursuite judiciaire. Ceci peut être expliqué par plusieurs raisons : - difficulté du diagnostic des décès toxiques lié d'une part à la faible formation en toxicologie dispensée dans les facultés de médecine du Maroc et d'autre part à la non disponibilité des laboratoires de toxicologie d'urgence pour la recherche et l'identification du toxique en cause. Khattabi Asmae, Soulaymani-Bencheikh Rachida, Décès par empoisonnement : définitions et classifications, Toxicologie Maroc - N° 13 -2ème trimestre 2012, P 3,4.

3049 Cela s'explique par le fait que c'est une spécialité peu attrayante pour les jeunes médecins. Les médecins qui choisissent d'opter pour cette spécialité ne peuvent pas s'installer par la suite pour ouvrir leur propre cabinet, ce sont des fonctionnaires liés par un contrat avec le ministère de la santé ou la commune. *« Le médecin légiste se trouve donc condamné à exercer dans le public du fait de la nature des activités médicolégales, il ne bénéficie que d'une rémunération insignifiante pour les autopsies et pour les activités médico légales. D'ailleurs devant le caractère insignifiant et la complexité des démarches à suivre pour les recouvrer, beaucoup de légistes ne réclament même pas les honoraires qui leur sont pourtant dues, alors qu'un médecin légiste en France commence sa carrière à 3000€ et la termine à 10000€ ».* Entretien avec professeur Hicham Benyaich, Media 24, numéro du 8 juin 2024.

3050 Historiquement, les activités médico légales étaient exercées au Maroc par tous les médecins toutes spécialités confondues. Le besoin de formation de ces médecins exigé par la nouvelle loi 77-17 relative à l'organisation des missions de la médecine légale a été à l'origine de la mise en place de deux certificats universitaires. Au début des années 2000, il y avait une formation en techniques d'autopsie au profit des médecins de santé publique et surtout aux médecins des bureaux municipaux d'hygiène.

Le projet de loi sur l'organisation des missions de la médecine légale avait également tenté d'institutionnaliser les activités de médecine légale, en prévoyant la création d'unités médico judiciaires dans les hôpitaux en plus des morgues municipales. Mais la loi actuelle a fait l'impasse sur cette institutionnalisation de l'activité en se focalisant sur la qualité des prestataires de ces activités. Du coup, les activités d'autopsie sont aujourd'hui exercées selon les villes, soit dans des morgues hospitalières, soit dans des morgues municipales. Quant aux actes médicaux légaux cliniques, ils sont exercés soit dans les hôpitaux, soit dans les rares unités médico légales existantes. Entretien avec professeur Hicham Benyaich, Ibid.

3051 Entretien avec professeur Hicham Benyaich, Ibid.

3052 Ibid.

système chargé de la répression de ce crime, et font disparaitre toute illusion d'éradication du crime d'empoisonnement devant les hésitations et les erreurs de nos experts insuffisamment formés ou surpassés par le nombre de dossiers qui leur sont soumis. N'est-elle pas la seule instance à pouvoir fournir la preuve légale du crime d'empoisonnement !

Conclusion

L'empoisonnement reste une incrimination autonome au sein de la catégorie des atteintes volontaires à la vie ; incrimination qui se distingue notamment par une *« spécificité irréductible »*3053. En effet, d'une part, l'empoisonnement qui constitue, d'une certaine manière, le paradigme des infractions formelles, est matériellement caractérisé dès l'acte d'administration des substances mortifères, indépendamment du préjudice subi par la victime. D'autre part, l'empoisonnement étant une infraction extrêmement évolutive, son incrimination constitue une réponse juridique adéquate et indispensable à bon nombre de situations criminelles. Cette incrimination formelle permet en effet d'englober des comportements qui ne rentrent pas dans l'incrimination de meurtre ; d'où son intérêt.

Le Code pénal marocain a été promulgué en 1962, c'est-à-dire il y a à peu près soixante ans. Pendant toute cette période, la société marocaine a connu de profonds changements à tous les niveaux et dans tous les aspects de la vie. Autant dire que la révision de ce code devient une nécessité impérieuse et un besoin concret.

Le législateur marocain pourrait à cet égard sans doute s'inspirer des expériences des différents pays au moment de s'atteler à la construction du nouveau code pénal. Néanmoins, force est de rappeler que les institutions pénales sont conditionnées par des éléments politiques et sociaux variables d'un pays à un autre, que leur développement historique n'a pas été le même dans tous les pays et qu'aucune uniformité ne règne, ni quant à la détermination des faits punissables ni quant aux moyens employés pour les réprimer *« La législation pénale advient et évolue avec l'histoire, la culture et les intérêts de chaque population et selon la nature et l'évolution de la notion de crime et la place réservée au droit dans la société »3054.* L'empoisonnement est un problème de toutes sociétés et, d'une manière singulière, de la société marocaine.

Cet effort d'adaptation doit se prolonger dans le domaine de la prévention du crime : le problème est ainsi de cerner dans l'espace le poison et de légiférer, en amont du crime, sur la circulation des substances vénéneuses. De nos jours, le poison se diffuse et son utilisation se banalise, substance criminelle devenue si facile d'accès. Il est distribué chez les herboristes, les pharmaciens, les épiciers, les droguistes. Autant de moyens de s'en procurer aisément. Certains sont inscrits dans les pratiques ménagères, d'autres dans l'industrie, l'agriculture. L'utilisation s'étend même aux pratiques médicales.

Cette évolution ne peut enfin être dissociée des progrès de la toxicologie et de la médecine légale. Leurs développements font naître l'espoir d'une rationalisation de la répression de ce crime de l'ombre, perpétré dans le cercle de l'intimité, trop souvent laissé impuni car difficile à détecter et échappant ainsi à la justice. Car si les empoisonnements ont diminué ou carrément disparu dans certains pays, c'est parce que les rapports d'expert ont gagné en précision, permettant ainsi une augmentation du nombre de condamnation3055

3053 Rassat. M L, Droit pénal spécial / infractions des et contre les particuliers, Infractions du Code pénal, Op. Cit, P. 321.

3054 Amzazi, M, «Les promesses de la Constitution» in : Essai sur le système pénal marocain, Rabat : Centre Jacques Berque, 2013.

3055 3055 C'est le cas notamment en France où les procès d'empoisonnement ont permis de faire évoluer la recherche toxicologique. Petit à petit, il est devenu de plus en plus difficile de commettre un meurtre avec du poison.

« Aujourd'hui, une analyse toxicologique est systématiquement pratiquée lors d'un décès inexpliqué. Pas seulement lorsque l'on soupçonne un meurtre, mais pour déterminer s'il y a une présence de médicaments ou de drogue qui pourraient être à l'origine du décès »

Grâce aux progrès de la science, il est aujourd'hui presque impossible qu'une substance toxique ne soit pas détectée lors de l'analyse. *« Nous pouvons détecter 99,99% de toutes les toxines qui existent, même en très petite quantité ».* De telles analyses peuvent même être pratiquées des années après le décès, y compris lorsque la dépouille de la victime a été

Bibliographie

CORNU. G., Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2004.
Callemein. G, Un crime secret : la difficulté de la preuve de l'empoisonnement à travers la jurisprudence du parlement de Paris (1682-1789), Droit et cultures, 2022.
Bodiou. L, Chauvaud. F, Soria. M, Les Vénéneuses : figures d'empoisonneuses de l'Antiquité à nos jours, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015.
Dreyer. E, Droit pénal spécial, LGDJ, 2e édition, 2023.
De Maleissye. J, Histoire du poison, Paris, François Bourin, 1991.
Demartini, A E, La figure de l'empoisonneuse. *Figures de femmes criminelles*, édité par Loïc Cadiet et al, Éditions de la Sorbonne, 2010.
Louahla. S, la médecine légale au Maroc : état actuel et perspectives d'avenir, tome 2, 1ere édition, publications de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, 2005.
Khamlichi. A, Droit pénal spécial (en arabe), Tome 2, Dar almaarif, Rabat, 1986.
Prothais. A, La contamination d'hémophiles par le virus du SIDA ne constitue pas un empoisonnement, mais le délit de tromperie sur la qualité des marchandises, Recueil Dalloz 1994.
Prothais. A, N'empoisonnez donc plus à l'arsenic, Dalloz 1998, Chronique.
Rassat. M L, Droit pénal spécial / infractions des et contre les particuliers, Infractions du Code pénal, 5° édition, 2006, Dalloz.
Lambert. L, Traité de droit pénal spécial : étude théorique et pratique des incriminations fondamentales, Edition police-revue, paris, 1971.
Merle. R et Vitu. A, Traité de droit criminel, Cujas, 7e édition, 1997.
Merle. R et Vitu. A, Traité de droit criminel, Tome I, 4e éd. Paris 1981.
Dreyer. E, Droit pénal spécial, LGDJ, 2e édition, 2023.
Pradel. J, Droit pénal général, Cujas, 18ème édition, 2010.
Callemein. G, Un crime atroce et secret : l'empoisonnement devant la justice royale (1682-1789), Rennes, PUR, 2021.
Amzazi, M, Les promesses de la Constitution in : Essai sur le système pénal marocain, Rabat : Centre Jacques Berque, 2013.
Revue juridique politique économique du Maroc, El idrissi. A, L'euthanasie ou les soins palliatifs, Numéro 47, 2011.
Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, « Observations sur la criminologie de l'empoisonnement », 1 janvier-mars 1955.
Revue Al millaf (en arabe), numéro 12.
Revue « رابطة القضاة » en arabe, n°16-17.
Revue des juridictions marocaines (en arabe), n°44.
Revue de la cour suprême(en arabe), n°41.
Revue de la Cour suprême (en arabe), n°53-54.
Boukhorb. S et al, Empoisonnement criminel au Maroc: données du Centre Antipoison et de Pharmacovigilance du Maroc, 1980-2014. Pan African Medical Journal. 2021;38:42.
Khattabi Asmae, Soulaymani-Bencheikh Rachida, Décès par empoisonnement : définitions et classifications, Toxicologie Maroc - N° 13 -2ème trimestre 2012.
Archives nationales. Présumées coupables, du XIVe au XXe siècle, L'empoisonneuse.
Gazette du palais, 1993.1. Doctrine. 257.
Journal l'Economiste, Numéro du 3 juillet 2024 (version électronique).
Journal l'Observateur du Maroc et d'Afrique, " Toukal ", entre charlatanisme et criminalité, Numéro du 19 Octobre 2023 (version électronique).

incinérée. « Pourquoi tuer avec du poison est un crime très rare ? », Entretien avec Serge Schneider chimiste au laboratoire national de santé de Dudelange au service des analyses toxicologiques (France), Virgule, Numéro du 22 septembre 2024.

Journal Media 24, Entretien avec professeur Hicham Benyaich, numéro du 8 juin 2024 (version électronique).
Journal Virgule (France), Pourquoi tuer avec du poison est un crime très rare ?, Entretien avec Serge Schneider chimiste au laboratoire national de santé de Dudelange au service des analyses toxicologiques, Numéro du 22 septembre 2024 (version électronique).
Dahir du 26 novembre 1962 portant approbation du texte du code pénal, *B.O.*, n° 2640 bis du 5 juin 1963, p. 843, (63).
Loi 22-01 promulguée par dahir du 3 octobre 2002 relative à la procédure pénale, *B.O.*, n° 5078 du 30 janvier 2003.
www.Legifrance.gouv.fr
www.justice.gov.ma
www.mpm.ma

ISSN:2509-0291

الإصـــــــدار رقم 55

دجنبر 2024

L'arme nucléaire dans une optique humanitaire

Siham ELHANAFI

Docteur en droit public

Résumé

Le bombardement d'Hiroshima et de Nagasaki a mis en lumière les conséquences humanitaires désastreuses des armes nucléaires, et à partir de ce moment-là, il est apparu évident pour les victimes et les acteurs humanitaires que de telles armes ne devraient jamais être utilisées à nouveau. Un nouveau discours de plus en plus prévalent a émergé, proposant que le débat autour des armes nucléaires devrait se porter non pas sur une perspective de sécurité nationale, mais sur les dangers qu'elles représentent pour la sécurité humaine, c'est-à-dire sur une perspective humanitaire. Ce n'était plus uniquement une préoccupation pour les Etats possédant des armes nucléaires, mais pour l'ensemble de l'humanité. De nombreux Etats et organisations civiles appellent en effet à la destruction complète des arsenaux nucléaires existants dans une logique « de contre -prolifération » et interdisent formellement l'utilisation de telles armes à l'avenir. La critique d'ordre éthique et morale de la dissuasion nucléaire porte sur plusieurs points distincts, qui recouvrent peu ou prou les éléments de la théorie de la guerre juste.

Les mots clés : Droit international humanitaire – L'arme nucléaire – Le CICR – Conception humanitaire – ONU.

Nuclear weapons from a humanitarian perspective

Abstract

The bombing of Hiroshima and Nagasaki highlighted the disastrous humanitarian consequences of nuclear weapons, and from that moment on it became clear to victims and humanitarian actors that such weapons should never be used again. A new and increasingly prevalent discourse emerged, proposing that the debate around nuclear weapons should focus not on a national security perspective, but on the dangers they pose to human security, i.e. on a humanitarian perspective. This was no longer just a concern for states possessing nuclear weapons, but for humanity as a whole. Many states and civil organisations are calling for the complete destruction of existing nuclear arsenals as a means of 'counter-proliferation' and are formally prohibiting the use of such weapons in the future. The ethical and moral critique of nuclear deterrence focuses on several distinct points, which more or less overlap with the elements of just war theory.

Key words: International humanitarian law - Nuclear weapons - ICRC - Humanitarian concept - UN.

Introduction

Le bombardement d'Hiroshima et de Nagasaki a révélé les effets humanitaires dévastateurs des armes nucléaires, est à partir de ce moment qu'il semblait incontestable pour les personnes touchées et pour les parties prenantes humanitaires, que des armes nucléaires ne seraient plus jamais utilisées. En 2010, le CICR, la Campagne internationale pour l'abolition des armes nucléaires et des pays aux vues similaires ont commencé à repenser la réglementation des armes nucléaires principalement dans une

perspective humanitaire plutôt que dans une perspective de sécurité nationale.[3056] Un débat mondial a mis le doigt pour la première fois aux conséquences humanitaires dévastatrices que l'utilisation d'armes nucléaires non seulement pour les États qu'ils ont, mais aussi pour l'humanité, mais aussi les conséquences humanitaires catastrophiques d'un épisode nucléaire qu'ils sont d'une telle importance à avoir pressé des dirigeants pour paraître de nouvelles façons de parvenir à l'interdiction d'utiliser des armes nucléaires en droit international.

Aussi connu sous les termes « droit des conflits armés » ou « droit de guerre », le droit international humanitaire (DIH) constitue un ensemble de principes et de règles dont le but est, pour des raisons humanitaires, de réduire les conséquences des conflits armés. Le droit international humanitaire n'interdit pas explicitement l'utilisation des armes nucléaires. Cependant, l'utilisation de ce type d'armement lors d'un conflit armé doit respecter les principes fondamentaux du droit international humanitaire (DIH), qui imposent des limites sur l'utilisation des armes et établissent des mesures à prendre pour minimiser l'impact de celles-ci sur les civils et les zones peuplées. A noter que les armes nucléaires sont des dispositifs explosifs dont l'énergie provient de la fusion ou de la fission atomique. En raison de sa propre nature, ce processus, notamment pour les armes nucléaires contemporaines, génère non seulement d'importantes quantités de chaleur et d'énergie, mais également un rayonnement intense et durable3057.

Il convient de souligner que l'impact des questions morales et du droit international sur le débat stratégique rend aujourd'hui encore plus problématique l'hypothèse de l'utilisation de l'arme nucléaire, tant sur le plan stratégique que tactique. De nombreux Etats et organisations civiles appellent en effet à la destruction complète des arsenaux nucléaires existants dans une logique « de contre -prolifération »[3058] et interdisent formellement l'utilisation de telles armes à l'avenir. La critique d'ordre éthique de la dissuasion nucléaire porte sur plusieurs points distincts, qui recouvrent peu ou prou les éléments de la théorie de la guerre juste.[3059] Un nouveau discours de plus en plus dominant a émergé de suggérer que le débat sur les armes nucléaires devrait se concentrer non sur leurs soi-disant prestations de sécurité, mais plutôt sur leurs risques pour la sécurité humaine. Ce n'était plus une question pour les États qui détiennent des armes nucléaires, mais pour l'ensemble de l'humanité.[3060]

Le présent article examine comment "l'initiative humanitaire" a renversé le débat sur les armes nucléaires afin de déplacer le débat traditionnellement à la sécurité nationale, à l'utilité militaire et la dissuasion, vers la réalité des conséquences humanitaires auxquelles l'humanité serait confrontée si des armes nucléaires étaient à nouveau utilisées.[3061]Et comment justifier moralement une opposition à des finalités humanitaires ?[3062]

Les conséquences humanitaires des armes nucléaires n'ont jamais été en tant que telles au centre des débats par les États, depuis le bombardement nucléaire des villes japonaises, paradoxalement, sont la base sur laquelle repose la stratégie d'exercice de la terreur. En revanche, des ONG, tout comme le comité international de la croix Rouge (CICR), ont par contre, au cœur de leur préoccupation ce

3056 - Par Bonnie DOCHERTY, Jullian RAFFERTY et Wim ZWIJNENBURG, « Désarmement humanitaire, Armed Conflict and Civilian Protection Initiative », Octobre 2019, https://humanitariandisarmament.org ,consulté le 24/05/2022.

3057 - Note d'information n° 4, « armes nucléaires et droit international humanitaire », https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/fr/assets/files/2013/4132-4-nuclear-weapons-ihl-2013-fre.pdf ,consulté le 14/11/2024.

3058 - « Evolution de la notion de dissuasion nucléaire », février 2005, https://www.irsem.fr, consulté le 23/10/2022.

3059 - Bruno TERTRAIS, « Défense et illustration de la dissuasion nucléaire », in *Fondation pour la recherche stratégique*, www.Frstrategie.org, consulté le 13/05/2021.

3060 - Richard SALADE, Robert TICKNER et Phoebe WYNNE-POPE, « Protège l'humanité des conséquences humanitaires catastrophiques des armes nucléaires, recentrer le débat autour de l'impact humanitaire. », in *Revue internationale de la croix rouge*, volume 57, sélection française 2015/3, p.143.

3061 - Richard SALADE, Robert TICKNER et Phoebe WYNNE-POPE, op.cit., Pp.129-130.

3062 - Olivier CORTEN et Klein PIERRE, « Droit d'ingérence ou obligation de réaction ? », *coll. de droit international*, éditions Bruylant, préface de jean SALMON.

danger pour l'intérêts des populations civiles et de l'environnement,[3063]où le discours humanitaire prédomine **(A).** En tant qu'êtres humains, nous devons agir avec humanité et nous devons être guidés par les principes du droit international humanitaire et la mission humanitaire des Conventions de Genève. **(B)** Toute en se servant d'une approche sécuritaire humanitaire pour étudier ce sujet.

A. Le discours humanitaire prend de l'ampleur

Interroger le sens de l'action humanitaire est devenu une nécessité, au fil des années, l'action humanitaire s'est imposée comme l'une des rares valeurs positives et largement consensuelles de notre époque, portée par un impressionnant mouvement d'opinion publique3064. En effet, trois niveaux importants stimulés par cette initiative: la publication d'un article académique en 2007 sur l'impact sur le climat d'une guerre atomique, la création du compagne internationale pour abolir les armes nucléaires (ICAN), également en 2007 ,et la dynamique du mouvement dans cette affaire en 2010, qui a été provoquée par une attraction du président du CICR d'accroître ses efforts pour atteindre un monde débarrassé des armes nucléaires, aussi « la Conférence d'examen du TNP 2010, a été profondément préoccupée par les conséquences humanitaires catastrophiques provoqués par les armes nucléaires qu'entrainerait un tel emploi » ,mais jamais auparavant avaient utilisées explicitement le terme « conséquences humanitaires ». Ils ont enfin reconnu la légitimité de l'examen des armes nucléaires, sous un angle humanitaire,[3065]qui sera traitée dans cette partie en **(1), et (2)**.

1. Le rôle de la société civile

Malgré la complexité du sujet, la question du désarmement et des droits de l'homme à travers les principes humanitaires, la protection de l'environnement, les droits économiques et sociaux, englobe ce qui constitue la planète contenue des biens collectifs ou patrimoine commun des générations présentes et futures.[3066] Le moment semble propice après la décision prise dans le document final de la Conférence d'examen du TNP de 2010 qui mentionne que[3067] : « l'ensemble des États doit faire un effort particulier pour établir un cadre nécessaire à l'instauration et à la préservation d'un monde sans armes nucléaires ».[3068]Bien évident, le discours de l'humanité sur les armes nucléaires a continué de croître et le rôle de la société civile a été décisif pour la mettre en évidence, ce qui est devenu "l'initiative humanitaire" a remporté le soutien total du mouvement, de l'ICAN et de son organisation partenaires. Trois conférences intergouvernementales sur l'impact humanitaire nucléaires, réunis entre 2012 et 2014, ont réexaminé la preuve des conséquences humanitaires à court, moyen et long terme engendrées par l'utilisation d'armes nucléaires.

Les blessures dues aux explosions, les brûlures et les effets des radiations d'une explosion nucléaire sont désormais considérées comme plus graves qu'au paravent. En plus de la souffrance immédiate, il n'y a pas de capacité pour le système de santé international ou les agences humanitaires pour répondre de manière adéquate à une détonation nucléaire, et les conséquences environnementales seraient également catastrophiques. Cette nouvelle information a conduit à de nouveaux appels à l'élimination des armes nucléaires, et a entraîné un changement de discours loin des militaires et arguments sécuritaires en faveur de ces armes et vers une profonde préoccupation pour les

3063 - Patrice BOUVERET et Jean-Marie COLLIN, « Interdire les armes nucléaires » /note N° 12, septembre 2019, *fondation de l'écologie politique*. http://icanfrance.org/ consulté le 13/09/2022.

3064 - Éric GEOMAERE et François OST, « L'action humanitaire : questions et enjeux », Édition, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1998, Pp.111-133.

3065- Patrice BOUVERET et Jean-Marie COLLIN, « Interdire les armes nucléaires », *op.cit.*

3066 - Patrice BOUVERET, « Les ONG, moteur du désarmement », *in* Revue internationale et stratégique 2014/4, N° 96, Editions, IRIS, p.130.

3067 - « Conférence des Parties chargée d'examiner le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires en 2010 », *Document final, document des Nations Unies* NPT/CONF.2010/50 (Vol. I), New York, p. 21.

3068 - Allyn WARE, « De la motivation au succès : organiser l'action de la société civile pour infléchir la politique en matière d'armement nucléaire », *forum de désarmement*, p.28.

conséquences humanitaires qu'ils continuent de poser.[3069]En effet, le rôle du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge: en partant des énormes conséquences des armes nucléaires, le problème de ces armes ne peut être abordé que sur des doctrines militaires et des politiques de force et de dissuasion, leur existence suscite une interrogation des plus fondamentales sur le point à partir duquel les droits des États doivent céder la place aux intérêts de l'humanité, sur la capacité de notre type à contrôler la technologie qu'elle crée et sur la portée du droit international Humanitaire. En fin de compte, le débat doit être retourné à l'être humain, aux règles essentielles du droit international humanitaire et l'avenir collectif de l'humanité. En Avril 2010, le président du CICR, Jacob Kellenberger[3070], a lancé un appel historique sur les armes nucléaires aux Etats et à tous ceux qui sont en mesure d'exercer une influence sur eux. Dans sa déclaration, J.Kellenberger a souligné que l'attitude de l'institution sur les armes nucléaires devait dépasser une analyse purement juridique. Il a souligné que les armes nucléaires sont uniques en raison :

- Des souffrances humaines indescriptibles qu'elles causent.
- De l'impossibilité de maitriser leurs effets dans l'espace et dans le temps.
- Des risques d'escalade qu'elles comportent.
- De la menace qu'elles constituent pour l'environnement, les générations futures et la survie de l'humanité.[3071]

En novembre 2011[3072] , huit mois après le discours du président Kellenberger, le mouvement a reconnu la nécessité de communiquer formellement dans leur travail et une promotion à long terme pour l'élimination des armes nucléaires. Dans les réunions statutaires du conseil des délégués de 2011 ; une résolution implique officiellement toutes les composantes du mouvement, le CICR, la Fédération internationale a été adoptée pour utiliser le cadre de la diplomatie humanitaire, pour éliminer les armes nucléaires. La résolution de 2011 engageait le mouvement à coopérer avec les responsables politiques, les leaders d'opinion, les professionnels de la santé, les scientifiques et le public, afin d'accroitre la sensibilisation sur les conséquences humanitaires catastrophiques des armes nucléaires et le besoin d'actions concrètes devant mener à leur élimination. La résolution mentionne spécifiquement le besoin d'engager le dialogue avec les Etats à propos des questions de DIH que posent les armes nucléaires. Cette résolution indique que le mouvement se bat pour comprendre comment l'utilisation d'armes nucléaires pourrait être compatible avec les principes de la DIH et souligne l'absence de moyens pour mener une action humanitaire adéquate face à la souffrance humaine, à laquelle on doit s'attendre lorsque des armes nucléaires sont utilisées.

En 2012, l'IPPNW[3073], s'est réuni à Hiroshima et la déclaration finale selon laquelle le présent Congrès confirme le progrès du dialogue humanitaire. Dans cette déclaration, l'organisation s'est félicitée de la position robuste et de la « détermination renouvelée » du mouvement et a révélé que le gouvernement norvégien avait suggéré la première conférence intergouvernementale sur le comité préparatoire du TNP à Vienne. Le gouvernement norvégien avait proposé de recevoir la première conférence intergouvernementale qui se pencherait exclusivement sur l'impact humanitaire des AN. La position du mouvement a été encore renforcée lors de la réunion de novembre 2013 à Sydney en Australie, lorsqu'elle a répété son engagement, à travailler activement pour l'élimination et

3069 - Richard SLADE, Robert TICKNER and Phoebe WYNN-POPE , « Protecting humanity from the catastrophic humanitarian consequences of nuclear weapons: Reframing the debate towards the humanitarian impact, » *International Review of the Red Cross* (2015), 97 (899), human cost of nuclear weapons, p.733.

3070 - Jakob KELLENBERGER, né le 19 octobre 1944 à Heiden dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, est un diplomate suisse. De 2000 à 2012, il préside le Comité international de la Croix-Rouge. Depuis, il est à la tête de Swisspeace, fondation suisse pour la paix.

3071 - Jakob KELLENBERGER, « Les armes nucléaires » in *CICR*, seconde éditions, février 2013.

3072 - Date où le comité international de croix rouge (CICR) adopte la résolution « vers l'élimination des armes nucléaires ».

3073 -Declaration du 20e congrés Mondial, 25 Aout 2012, «International Physicians for the Prevention of Nuclear War, » https://www.ippnw.org , consulté le 12/7/2020.

l'interdiction des armes nucléaires d'une deuxième résolution des délégués du Conseil.[3074] La résolution de 2013 a inclus un plan d'action clair pour tous les composants du mouvement, qui devaient impliquer son propre public et son gouvernement « la nécessité de mesures concrètes conduisant à une interdiction de l'utilisation d'armes nucléaires et de leur élimination. » En somme, le mouvement international de la croix rouge et du croissant rouge tout entier soutiendra et encouragera la prise de mesures urgentes pour mettre fin à l'ère des AN.[3075]

2. Les conférences intergouvernementales

La manifestation morale de l'arme nucléaire est également "ancienne", la première conférence, qui concernait l'effet humanitaire sur une forme exclusive d'armes nucléaires, a été organisée par le gouvernement norvégien d'Oslo, en mars 2013. Il a rassemblé 128 États, l'ONU, le mouvement des ONG et d'autres membres de la société civile : ICAN était le partenaire qui représente la société civile. Cette conférence a été la première réunion intergouvernementale portant sur des conséquences humanitaires des AN. Cette conférence a impliqué trois sessions :

- Session I : Impact humanitaire immédiat de l'explosion d'une arme nucléaire : Décrire de manière très concrète ce processus et ses effets immédiats sur la population, la santé et les infrastructures.
- Session II : Impact et conséquences à long terme.
- Session III : Être prêt à apporter une réponse humanitaire : Il sera présenté un aperçu de l'état de préparation et les besoins pour la réponse humanitaire adéquate à une détonation d'AN.

Ce programme a porté sur la préparation de la réponse et sur l'intervention immédiate, ainsi que sur des effets humanitaires, à moyens et à long terme sur la santé, l'environnement, l'économie et le développement d'une explosion d'AN. L'impact humanitaire des AN était « un enjeu d'une importance primordiale pour la communauté internationale et qu'il ne pouvait plus être ignoré ».[3076] L'ONG Reaching Critical Will[3077] note que finalement, la conférence fut importante non seulement car, elle avait fourni l'espace nécessaire pour recentrer le débat sur les AN, mais également parce qu'elle avait constitué un premier pas significatif vers la négociation d'un traité d'interdiction des AN. Si cette interprétation peut apparaitre un peu exagérée, il n'en demeure pas moins qu'elle a marqué un changement profond des mentalités, et le gouvernement du Mexique, s'est impliquée il aussi et proposa d'organiser, sur son territoire, une deuxième conférence de suivi qui se déroula onze mois plus tard le début 2014 à Nayarit. L'objectif de la conférence, de Nayarit était de s'appuyer sur les résultats de la conférence d'OSLO et d'examiner les défis posés par une explosion nucléaire, au niveau régional, national, et mondial, sur la croissance économique et le développement durable, son impact sur la santé publique, ainsi que le risque bien réel d'une explosion nucléaire en cette ère de cyber guerre, de terrorisme et d'augmentation du nombre d'Etats détenteurs de l'AN. La conférence a confirmé le nombre d'hypothèses depuis 1945 au sujet de l'AN, parmi ceux-ci, l'hypothèse selon laquelle une explosion nucléaire nuirait au développement et à la croissance économique, ce qui cause des dommages environnementaux et expulse des vagues de souffrance généralisées, en particulier chez les personnes pauvres et vulnérables.

Les nouveaux éléments relatifs au risque d'explosion nucléaire accidentelle causée par un acte de terrorisme ou encore un cyber attaque, ont amené de nouveaux sujets de préoccupation pour la communauté internationale, d'autant plus que le risque d'explosion atomique continue de s'accroitre

3074 - Conseil des délégués du mouvement international de la Croix-Rouge et du croissant-rouge, Sydney, Australie 17-18 novembre 2013, « Vers l'élimination des armes nucléaires Plan d'action quadriennal ».

3075 - www.cicr.org

3076 - Richard SLADE, Robert TICKNER and Phoebe WYNN-POPE, «protecting humanity from the catastrophic humanitarian consequences of nuclear weapons: Reframing the debate towards the humanitarian impact », *op.cit*. p.144.

3077 - Reaching Critical Will est le programme de désarmement de l'Alliance internationale des femmes pour la paix et la liberté (WILPF), la plus ancienne organisation de femmes pour la paix au monde. Reaching Critical Will travaille sur le désarmement et le contrôle des armements pour de nombreux systèmes d'armes différents, réduisant les dépenses militaires mondiales et le militarisme, et recherchant les aspects sexospécifiques de l'impact des armes et des processus de désarmement.

à mesure que prolifèrent les armes nucléaires.[3078]Pendant, la troisième Conférence intergouvernementale, le gouvernement d'Autriche a dû utiliser une bonne dose d'énergie diplomatique pour rassurer les États et les convaincre que la Conférence de Vienne n'était pas un forum de négociation pour un nouvel accord sur l'AN, mais seulement la continuation des discussions sur les conséquences humanitaires de son utilisation. Bien que la Conférence de Vienne n'ait pas marqué d'intention d'entamer les négociations pour un instrument juridique interdit aux armes nucléaires, le CICR[3079] ne consolida uniquement sa position, en soulignant que les nouveaux éléments résultant des conséquences précédentes étaient des craintes exprimées dans lequel les AN ne pouvaient pas être utilisées en ce qui concerne les règles coutumières du DIH. De toute évidence, l'urgence quant à la nécessité d'interdire les armes nucléaires, non seulement dans le discours général, mais également chez les participants de la Conférence de Vienne. La reconnaissance d'un risque pour toute l'humanité réalisait que nous étions à un point d'inflexion de l'histoire, à un moment où il est toujours possible de prendre des décisions qui protègent notre monde d'autodestruction ou que, au contraire, ils se rapprochent. Le gouvernement Autrichien souligne que la sécurité humaine doit être considérée comme un tout et promouvoir la protection des civils contre les attaques nucléaires. L'Autriche s'engage à coopérer avec toutes les parties prenantes, y compris le mouvement, en vue de prendre des mesures pour combler les lacunes juridiques à propos des AN, y compris la promotion des conclusions de la Conférence de Vienne auprès de tous les orateurs appropriés. En janvier 2015, le gouvernement autrichien a utilisé une note verbale pour inviter tous les pays à respecter leurs engagements.

L'ICAN a encouragé de nombreux contacts lors de la Conférence d'examen du TNP de 2015 et a été rebaptisé « L'engagement humanitaire ». Le 6 août 2020, à l'occasion du 75ème anniversaire de la première utilisation des armes nucléaires, l'Union interparlementaire et l'organisation non gouvernementale ICAN ont adressé conjointement une lettre aux présidents des parlements non signataires du TNP, c'est-à-dire tous les États dotés d'armes nucléaires et leurs alliés et certains États non dotés d'armes nucléaires, cette lettre appelle spécifiquement le président du parlement à sensibiliser les parlementaires au traité et à promouvoir un débat constructif sur les armes nucléaires, les risques de prolifération et le désarmement.[3080] Le 18 février 2015, deux mois après le début de la Conférence d'examen du TNP de 2015, le CICR a effectué sa deuxième intervention , le Président du Comité international de la Croix-Rouge, Peter Maurer, prend la parole et s'adressa aux missions permanentes à Genève. Il a souligné que compte tenu de toutes les preuves recueillies lors des trois réunions intergouvernementales, il est maintenant plus difficile que jamais d'imaginer que l'utilisation de l'AN puisse être conforme au droit international humanitaire (DIH). Le président Maurer Peter a réitéré les messages de base formulés lors de la réunion, démontrant le pouvoir destructeur des AN, les souffrances qu'ils causeront aux humains, les effets catastrophiques et persistants sur la santé, l'environnement, le climat et la production alimentaire, ainsi que le développement socioéconomique. Il a réitéré l'impact à long terme de ces armes et souligné qu'il n'y avait aucun moyen de porter assistance ou d'aider les survivants après l'explosion de la bombe atomique.

3078- *Ibid.*, p.148.

3079 - Fondé en 1863, le CICR est à l'origine des Conventions de Genève et du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qui dirige et coordonne ses activités internationales dans les conflits armés et autres situations de violence. Impartial, neutre et indépendant, le CICR a pour seule mission humanitaire de protéger la vie et la dignité des victimes de conflits armés et d'autres situations de violence et de leur apporter une assistance. Le CICR s'emploie également à prévenir la souffrance en promouvant et en renforçant le droit et les principes humanitaires universels. »

3080 - « Défendre notre avenir commun » : chapitre 1 : Le désarmement au secours de l'humanité. *Guide d'action parlementaire à l'appui du désarmement, pour la sécurité et le développement durable*, https://disarmamenthandbook.org consulté le 06/09/2019.

Bref, les conséquences humanitaires de l'arme nucléaire dépasseraient largement les frontières du pays où l'explosion se produirait et qu'en conséquence, l'emploi des AN doit être une préoccupation mondiale, et que l'élimination des AN est devenue un « impératif humanitaire ».

***B.* Le droit international humanitaire et la politique de dissuasion**

Le droit international humanitaire (DIH) ou droit des conflits armés, son objet n'est pas d'interdire les conflits armés mais consiste à les humaniser.[3081] A « Hiroshima, c'est l'humanité qui peut être éradiqué, par notre propre volonté, on peut dire que l'humanité tient sa survie entre ses mains. »[3082]En tant qu'êtres humains, nous devons agir avec humanité et nous devons être guidés par les principes du droit international humanitaire et la mission humanitaire des Conventions de Genève,[3083]afin d'éviter une détonation nucléaire à toutes les conséquences humanitaires et environnementales qui peuvent en résulter.[3084] En outre, le discours humanitaire a également entendu parler d'une voix forte au sein des Nations Unies**. (1)** En déclarant que toute tentative de concilier morale et dissuasion était impossible selon Clausewitz**. (2)**

1. Le discours humanitaire à l'ONU

« La menace que les armes nucléaires font peser sur l'existence de l'humanité doit nous pousser à prendre des mesures décisives pour les éliminer complètement. Nous le devons aux Hibakusha - les survivants des bombardements atomiques - et à notre planète ».

António GUTERRES, Secrétaire général de l'ONU,
Avant-propos du rapport Assurer notre avenir commun.

L'élimination des AN a été la priorité absolue des NU, en matière de désarmement dès le premier jour, a déclaré le chef des Nations Unies dans ses remarques : « *Nous nous battons pour un monde exempt d'arme nucléaire, car nous savons que ces armes représentent une menace unique et potentiellement existentielle pour notre planète* ». Née de tension, l'ONU doit faire n'importe quoi que la tragédie, subie par les populations d'Hiroshima et de Nagasaki, au Japon, n'a jamais été répétée, ne se reproduise plus jamais, a rappelé pour sa part le président de l'AGNU, Tijjani Mohammed Bande, aux délégués présents. Sur ce, « *Les armes atomiques représentent une menace inacceptable pour l'humanité. N'oublions pas que le seul moyen réel d'éliminer la menace d'armes nucléaires est d'éliminer l'arme nucléaire elle-même* », a déclaré A. Gueterres.[3085] Se souvenir d'une telle dévastation « rend crucial » que tout ce qui peut être fait, soit fait, pour que ce moment de l'histoire « *soit la dernière fois que telles armes sont déployées* », a dit le président de l'AGNU, « *plus jamais ça ne doit rester notre refrain principal* », a déclaré M. Mohammed Bande. Pour cet effet, le secrétaire général de l'ONU, A.Gueterres, a lancé en 2018 un nouveau programme de désarmement sous l'égide de l'ONU, nommé « assurer notre avenir commun »,[3086] qui fixe trois priorités :

a- Le désarmement pour sauver l'humanité, par la réduction et l'élimination des armes biologiques, chimiques et nucléaires.

3081 - Abdelhak JANATI IDRISSI, « Droit international humanitaire », 1 ère édition 2006, HILAL impression, p.5.
3082 - Michel SERRES, « Pantopie : de hermès à petite poucettes », *le pompier*, 2016,392p.
3083- 1ère Convention : protection des malades et blessés des forces armées en campagne.
2ème Convention : protection des malades et blessés et naufragés dans les forces armées sur mer.
3ème Convention : traitement des prisonniers de guerre.
4ème Convention : protection des populations civiles.
Elles sont complétées par 2 protocoles additionnels (1977) relatifs à la protection des victimes des conflits armés internationaux et à la protection des victimes de conflits armés non internationaux.
3084 - Patrice BOUVERET & Jean-Marie COLLIN, « Interdire les AN », *fondation de l'écologie politique*, note N° 12 septembre 2019.
3085- Calma DEAN, « AN : pour éliminer la menace, il faut éliminer les armes (ONU) », https://news.un.org. consulté le 12/06/2021.
3086 - « Défendre notre avenir commun », Guide d'action parlementaire à l'appui du désarmement, pour la sécurité et le développement durable, *op.cit.*

b- Le désarmement qui sauve des vies en réduisant l'impact des armes classiques.

c- Le désarmement pour les générations futures, en tenant compte des nouvelles technologies militaires. Il souligne également les conséquences désastreuses de l'utilisation d'armes explosives dans les zones peuplées de civils.[3087]

La composante du désarmement à l'aide de l'humanité implique des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive (ADM). La stratégie fondamentale de l'ONU à cet égard est d'encourager et d'appuyer l'interdiction et l'élimination des armes de destruction massive. Le rapport prône le dialogue avec les gouvernements qui possèdent encore des armes nucléaires pour des progrès concrets, et souligne le rôle des Nations Unies et des traités dans le renforcement des mécanismes normatifs et juridiques propices à l'élimination des armes de destruction massive.[3088] Dans la résolution 68/32[3089], l'AG a déclaré que le 26 septembre serait la Journée internationale de l'élimination totale des armes nucléaires et que cette journée sera de promouvoir la portée de cette fin, y compris par l'organisation d'activité de sensibilisation et d'informations portant sur la menace que les AN représentent pour l'humanité et la nécessité de les éliminer complètement, afin de mobiliser la communauté internationale pour atteindre l'objectif commun qui est l'édification d'un monde exempte d'arme nucléaire.[3090]En outre, l'humanité est à l'intersection : c'est-à-dire on met en route un ou plusieurs processus crédibles qui conduisent à l'interdiction et à l'élimination des AN, soit le nombre d'États et d'autres acteurs qui auront la capacité et la volonté d'utiliser l'AN continueront d'augmenter.

Lors de la série de conférences intergouvernementales, le discours humanitaire a également entendu parler d'une voix forte au sein des Nations Unies. Le premier débat sur les conséquences humanitaires a eu lieu lors de la première Commission d'AGNU, en 2013, qui prend en charge le désarmement et la sécurité internationale et responsable de la recherche de solutions aux défis auxquels la sécurité internationale est confrontée. Malgré l'histoire de la Commission et sa préoccupation constante à propos de l'AN, ce n'est qu'en 2013 qu'il organise le premier débat à souligner, non sur les avantages des AN pour la sécurité, mais sur leurs conséquences humanitaires.[3091] La prise de Conscience de certains États (Suisse, Costa Rica, Autriche, Nouvelle-Zélande, Norvège, Mexique), À la fin de la décennie 2010, répondant aux actions actives effectuées par la compagne internationale pour abolir les AN (ICAN), autorisés à lancer ce qui sera appelé, plus tard « l'initiative humanitaire». Le ministre des Affaires étrangères françaises Jean-Yves le Drian a déclaré lors de la Conférence humanitaire nationale de mars 2018 : « *Le respect du droit international humanitaire n'est pas une option : c'est une obligation* », ce droit vise à interdire expressément tous les actes visant à répandre la terreur parmi la population civile,[3092] et contient des dispositions visant à maitriser les violations et à établir des dispositifs pour appliquer les obligations.[3093] De même, la « dimension humanitaire du désarmement nucléaire » sera même consignée au cœur du principal processus de réglementation internationale de l'AN - Le TNP- avec l'inscription dans le document final de la conférence d'examen de 2010 de la phrase suivante : « La conférence est vivement préoccupée par les conséquences humanitaires catastrophiques de l'emploi de l'AN et réaffirme la nécessité pour tous les États de respecter le droit international humanitaire ».[3094]

3087 - « Armament et desarmament and international Security », *les rapports du GRIP* 2019/2. Résumé du SIPRI Yearbook 2019.

3088 - « Synthèse du rapport Assurer notre avenir commun », *op.cit.*,

3089 -Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 5 décembre 2013, [sur la base du rapport de la Première Commission (A/68/411)] ,68/32, Suivi de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur le désarmement nucléaire de 2013. http://www.mvtpaix.org , consulté le 24/05/2022.

3090 - https://www.un.org /fr/events/nuclearweapelimination.

3091- Toni PFANNER, « Débat humanitaire : droit, politiques, action », *in Revue internationale du croix rouge*, volume 97, sélection française, 2015/3.

3092 - Voir Art.51 §2 du protocole I et Art.13§2 du protocole II de 1977.

3093 - Abdelhak JANATI IDRISSI et Mohammed ZEROUALI, « Le droit international à l'aube du troisième millénaire »,1ère édition 2004, HILAL Impression, p.111.

3094 - Patrice BOUVERET & Jean-Marie COLLIN, « Interdire les AN », *op.cit.*

Un processus de prise de conscience de l'urgence à interdire et à éliminer les AN se déroulera avec l'organisation de conférences intergouvernementales (Oslo, Nayarit et Vienne entre 2013 et 2016). En fait, avant l'impossibilité du pouvoir, en cas d'explosion de l'AN, afin de faire face à la catastrophe humanitaire engendrée, la seule réponse objective nécessaire à une écrasante majorité des États membres de l'ONU est l'obligation d'interdire et d'éliminer ces armes avec la création d'un nouvel instrument juridique international, le droit a été développé pour promouvoir le changement et ne pas confirmer qu'un problème est résolu. De ce, le TIAN adoptée par l'ONU en 2017, constitue la pièce manquante de l'architecture du désarmement permettant d'engager le processus d'élimination des AN. C'était pour la première fois depuis 1996, un instrument multilatéral juridiquement contraignant pour le désarmement nucléaire a été négocié et adopté par les Nations Unies. Ce traité (TIAN) complète d'autres processus internationaux et renforce la sécurité internationale et la non-prolifération nucléaire. En fait, le traité de la non-prolifération nucléaire (TNP) n'est pas un traité complet de désarmement, mais de non-prolifération, comme son nom l'indique, donc le (TIAN) vient donc combler un vide juridique existant. Cela fait partie de l'article 6 du TNP, qui n'établit pas l'obligation contraignante, mais établit simplement la nécessité de « poursuivre des négociations de bonne foi sur des mesures efficaces relatives à la suspicion de la course aux armements nucléaires ».[3095]

Le rapport du Secrétaire général de l'ONU, « Assurer notre avenir à tous », explique que l'élimination des armes nucléaires et des autres armes de destruction massive est un facteur de paix et de stabilité internationale. Pour que le climat de sécurité internationale cesse de se détériorer, nous devons revenir à un état d'esprit qui considère le désarmement nucléaire comme le meilleur moyen de sauvegarder la paix, de prévenir les conflits interétatiques majeurs et de maintenir la stabilité dans des situations instables. [3096] La composante de désarmement des générations futures se concentre sur les nouvelles technologies d'armement qui pourraient compromettre la sécurité des générations futures, telles que les systèmes d'armes autonomes et l'utilisation de la force dans le cyberespace. Dans ce contexte, il convient de veiller à ce que les normes, règles et principes internationaux relatifs aux conflits armés s'appliquent à ces nouvelles technologies.[3097]

2. Le débat moral et la dissuasion nucléaire

« *Quiconque aujourd'hui réfléchit sur les guerres, et la stratégie élève une barrière entre son intelligence et son humanité* »[3098], Clausewitz, indiquant que toute tentative de concilier morale et dissuasion était impossible.

Le débat moral relatif aux armes nucléaires trouve l'essentiel de ses concepts dans les théories de la guerre juste. Cette approche est loin de recouvrir la totalité des problèmes moraux que posent les armes nucléaires, car sa démarche vise à caractériser ce que seraient les effets d'un affrontement nucléaire. Ce caractère analytique est en réalité la signature d'une contradiction : en voulant appliquer à une arme de dissuasion les concepts d'une éthique de la guerre, le risque est grand de manquer son objet. Ils ne sont en effet pas pleinement pertinents pour qui veut distinguer sur le plan moral la menace et l'emploi, les partisans de la dissuasion, en recherchant une acceptabilité morale des armes nucléaires selon les critères de la guerre juste, courent le risque de participer à un abaissement du seuil. De façon symétrique, en se focalisant sur l'image apocalyptique d'un conflit nucléaire, les partisans de l'abolition s'interdisent de saisir la dissuasion dans la totalité de ses aspects qui suppose de penser la morale dans sa relation à la politique et à l'histoire. La difficulté tient à ce que la dissuasion est prise dans une double antinomie morale.[3099] En effet, le contexte actuel manifeste une disjonction entre d'une part, la visibilité renouvelée des stratégies nucléaires et, d'autre part, d'une

3095 - *Ibid.*,
3096 - António GUTERRES, « Assurer notre avenir commun », p.17, https://www.un.org/fr, consulté le 08/09/2021.
3097 -*Ibid.*,
3098 - Ecrivait Raymond Aron en 1976, dans Penser la guerre.
3099 - Nicolas ROCHE et Hubert TARDY-JOUBERT, « Peut-on réconcilier morale et dissuasion nucléaire ? » *Commentaire*, N° 168, hiver 2019-2020, p.795 - 806.

mise en question normative de ces armes, morale et juridique, d'où le développement aux Nations Unies d'un traité d'interdiction des armes nucléaires.

« *Tous ceux qui reflètent les guerres et la stratégie aujourd'hui soulèvent une barrière entre leur intelligence et leur humanité* », écrivait Raymond Aron en 1976, dans « penser la guerre ». Clausewitz, qui suggère que chaque tentative, de concilier morale et dissuasion est impossible, non sans raison, le 6 et 9 août 1945, l'humanité comprend qu'elle dispose des moyens de sa destruction, créant une pause de l'histoire, cette critique de l'éthique et la politique, de l'arme nucléaire traverse toute notre histoire contemporaine, il génère des problèmes importants pour une démocratie.

Ce problème de l'éthique des AN est souvent l'objet de deux débats distincts, comme écrivait Pierre Hassner, en 1989 dans son livre la violence et la paix3100 : le premier débat est philosophique-religieux : il interroge des réalités stratégiques pour le prisme de la moralité ; le second est la stratégie politique de dissuasion ; les deux interviennent dans deux mondes distincts qui se parlent peu et s'écoutent encore moins. Il est maintenant nécessaire de recombiner systématiquement ces deux débats, il s'agit d'analyser la délibération et l'argumentation, comme le dit Joe Nye dans l'introduction de son livre Nuclear Ethics en 1986[3101] *: « nous sommes tous, dans nos démocraties, des cibles, des victimes et des participants, comme citoyens, à la dissuasion ; il faut donc élaborer un « raisonnement moral », et non en rester à un « cri d'indignation moral* ».[3102]

Selon certains experts, nous allons maintenant entrer dans une "nouvelle ère de la dissuasion nucléaire". L'actualité marquée par la prolifération nord-coréenne, la remise en cause par les Etats-Unis de l'accord sur le nucléaire avec l'Iran, la fin du traité FNI sur les missiles de portée intermédiaire, le processus initié de renouvellement des arsenaux nucléaires, semble leur donner raison. Tous ces signaux ont tendance à montrer que l'AN n'est pas un facteur de paix et de stabilité, mais bien la cause de l'accroissement des tensions. Toutefois, l'élimination des AN fait partie des fondamentaux de la pensée écologiste, des individus et mouvements qui s'en réclament, ont participé à cette dynamique qui a permis d'arrêter les essais nucléaires, d'apporter reconnaissance aux victimes et aujourd'hui d'interdire ces armes de destruction massives, dans un processus de désarmement nucléaire qui est un mouvement social, un mouvement qui est nature,[3103] qui incarne une politique favorable du droit humanitaire. En fait, le lien entre le désarmement et le droit humanitaire est parfois étroit, car plusieurs organisations ont pu travailler dans divers domaines, et au niveau individuel, certains militants ont lancé plusieurs campagnes.

Pour les pays bénéficiaires comme les États-Unis, «la morale » est également prise en compte, pendant la présidence d'Obama, ce pays a contribué à instaurer un sens des responsabilités, c'est-à-dire qu'un pays a respecté l'obligation de travailler pour éliminer l'arme nucléaire. Aujourd'hui, il n'y a pas de raison logique pour maintenir et développer davantage une telle puissance de feu cataclysmique, la diminution des armes nucléaires ne suffit pas mais la sécurité se trouve dans l'abolition des armes nucléaires et le renforcement du droit international. L'idée que la dissuasion nucléaire, est primordiale à la sécurité d'une nation, est la supposition la plus dangereuse qui se soit transmise de la période de la guerre froide à cette nouvelle période.

Le 22 septembre 2005, le nouvel Observateur permanent du Saint-Siège auprès des Nations Unies, Mgr Celestino Migliore3104, a prononcé un discours dans le cadre de la Conférence sur l'application du Traité d'interdiction des essais nucléaires, annonçant que le but du traité était de mettre fin aux essais d'armes nucléaires « *devrait être l'objectif de chaque Etat* » : « *Parce que les armes nucléaires sont incompatibles avec la paix que nous recherchons pour le XXI*^{ème} *siècle* ». Il a ajouté

3100 - Pierre HASSNER, « La violence et la paix, de la bombe atomique au nettoyage ethnique », 2^{éme}édition du seuil, 2000, 370.p

3101 - Joseph NYE, « Nuclear Ethics », New York, free press, 1986, p.136.

3102 - Nicolas ROCHE et Hubert TARDY-JOUBER, *op.cit.*

3103 - Patrice BOUVERET & Jean-Marie COLLIN, « Interdire les AN », *op.cit.*

3104 - Celestino MIGLIORE, né le 1er juillet 1952 à Coni dans la région italienne du Piémont, est un prélat catholique italien et nonce apostolique du Saint-Siège en France depuis 2020.

: « *La dissuasion nucléaire devient de plus en plus intenable même si elle est exercée au nom de la sécurité collective* ». Dans son discours de célébration de la Journée mondiale de la paix le 1er janvier 2006, le roi Benoît XVI3105, en faveur du désarmement nucléaire : « *Que dire des gouvernements qui comptent sur les armes nucléaires pour garantir la sécurité de leurs pays ? Avec d'innombrables personnes de bonne volonté, on peut affirmer que cette perspective, hormis le fait qu'elle est funeste, est tout à fait fallacieuse.* » Dans une guerre nucléaire, il n'y a pas de vainqueurs, seulement des victimes, et la vérité de la paix exige que toutes les nations-gouvernements qui déclarent ou cachent des armes nucléaires à long terme, et les gouvernements qui ont l'intention d'acquérir des armes nucléaires, fassent des choix clairs et fermes pour aller dans le sens du progrès et négocier le désarmement nucléaire , et les politiques dissuasives nucléaires, doivent être remplacées par des mesures de désarmement concrètes basées sur le dialogue et les négociations multilatérales. Ajoutant que le pape, à plusieurs reprises, a suivi les traces de ses prédécesseurs, montrant la voie du désarmement et réaffirmant à quel point la possession d'armes nucléaires est "immorale" et " une menace". S'adressant aux participants du Symposium international sur le désarmement le 10 novembre 2017, il a déclaré : « lors de cette réunion que l'existence des armes nucléaires est en soi une logique de peur qui concerne non seulement les parties au conflit, mais l'ensemble de l'espèce humaine ».

En somme, les relations internationales ne peuvent être dominées par la force militaire, l'intimidation mutuelle et la démonstration d'un arsenal de guerre. « *Les armes de destruction massive, en particulier les armes atomiques, ne peuvent être à la base de la coexistence pacifique des membres de la famille humaine, mais doivent être inspirées par une éthique de solidarité* ».3106

Conclusion

En guise de conclusion, les avancées de la science et la maîtrise technologique croissante de son environnement physique ont donné à l'humanité, en plus de la possibilité d'améliorer considérablement son sort, la capacité de provoquer une catastrophe sans précédent. L'avènement des armes nucléaires a amené ce pouvoir bien au-delà de la compréhension humaine. Néanmoins, depuis la fin de la guerre froide, de nombreuses voix se sont élevées, appelant parfois à l'élimination des armes nucléaires, cette demande est plus une proposition de principe qu'une véritable ambition de long terme, en rupture avec les réalités incontournables du monde d'aujourd'hui, et tant que des changements majeurs n'ont pas profondément modifié l'environnement politique mondial, elle paraît difficile à réaliser cet objectif et la communauté internationale peut sans aucun doute dépasser l'ère nucléaire, mais cela ne se fera ni facilement ni rapidement, mais avec l'implication de l'opinion publique internationale, les armes nucléaires pourraient devenir des armes du passé.3107

La dissuasion nucléaire se trouve aujourd'hui dans une situation paradoxale : le fait nucléaire revient en force sur le devant de la scène, tandis que, en parallèle, une logique prohibitionniste de l'arme nucléaire s'ancre durablement dans le paysage international, avec l'adoption récente d'un traité d'interdiction des armes nucléaires.

3105 - Joseph ALOISIUS RATZINGER, né le 16 avril 1927 à Marktl, dans l'État libre de Bavière, en Allemagne, est un prélat et théologien catholique allemand, élu pape le 19 avril 2005 sous le nom de Benoît XVI. En qualité d'évêque de Rome, il est le 265e pape de l'Église catholique jusqu'à sa renonciation en 2013.

3106 - Discours du pape François aux participants au symposium international organisé par le dicastère pour le service du développement humain intégral, sur le désarmement, salle clémentine vendredi, 10 novembre 2017. https://www.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2017/november/documents/papafrancesco_20171110_convegno-disarmointegrale.html , consulté le 5/12/2020.

3107 - Lysiane ALEZARD, « Y a-t-il un avenir pour l'arme nucléaire » ? *In Recherches Internationales*, N°46, 1996. Pp. 90-94.

Références bibliographiques

- ALEZARD Lysiane, « Y a-t-il un avenir pour l'arme nucléaire » ? *In Recherches Internationales*, N°46, 1996.
- BOUVERET Patrice , « Les ONG, moteur du désarmement », *in* Revue internationale et stratégique 2014/4, N° 96,Editions, IRIS.
- BOUVERET Patrice et COLLIN Jean-Marie, « Interdire les armes nucléaires » /note N° 12, septembre 2019, *fondation de l'écologie politique*. http://icanfrance.org/consulté le 13/09/2022.
- CORTEN Olivier et PIERRE Klein, « Droit d'ingérence ou obligation de réaction ? », *coll. de droit international*, éditions Bruylant, préface de jean SALMON.
- DEAN Calma, « AN : pour éliminer la menace, il faut éliminer les armes (ONU) », https://news.un.org. consulté le 12/06/2021.
- DOCHERTY Bonnie, RAFFERTY Jullian et ZWIJNENBURG Wim, « Désarmement humanitaire, Armed Conflict and Civilian Protection Initiative », Octobre 2019, https://humanitariandisarmament.org ,consulté le 24/05/2022.
- GEOMAERE Éric et OST François, « L'action humanitaire : questions et enjeux », Édition, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1998.
- GUTERRES Antónios, « Assurer notre avenir commun », p.17, https://www.un.org/fr, consulté le 08/09/2021.
- HASSNER Pierre, « La violence et la paix, de la bombe atomique au nettoyage ethnique », 2éme édition du seuil, 2000.
- JANATI IDRISSI Abdelhak, « Droit international humanitaire », 1 ère édition 2006, HILAL impression.
- JANATI IDRISSI Abdelhak et ZEROUALI Mohammed, « Le droit international à l'aube du troisième millénaire »,1ère édition 2004, HILAL Impression.
- KELLENBERGER Jakob, « Les armes nucléaires » in *CICR*, seconde éditions, février 2013.
- NYE Joseph, « Nuclear Ethics », New York, free press, 1986.
- PFANNER Toni, « Débat humanitaire : droit, politiques, action », *in Revue internationale du croix rouge*, volume 97, sélection française, 2015/3.
- ROCHE Nicolas et TARDY-JOUBERT Hubert, « Peut-on réconcilier morale et dissuasion nucléaire ? » *Commentaire*, N° 168, hiver 2019-2020.
- SALADE Richard, TICKNER Robert et WYNNE-POPE Phoebe, « Protège l'humanité des conséquences humanitaires catastrophiques des armes nucléaires, recentrer le débat autour de l'impact humanitaire. », in *Revue internationale de la croix rouge*, volume 57, sélection française 2015/3.
- SALADE Richard, TICKNER Robert et WYNNE-POPE Phoebe « Protecting humanity from the catastrophic humanitarian consequences of nuclear weapons: Reframing the debate towards the humanitarian impact, » *International Review of the Red Cross* (2015), 97 (899), human cost of nuclear weapons.
- SERRES Michel, « Pantopie : de hermès à petite poucettes », *le pompier*.
- TERTRAIS Bruno, « Défense et illustration de la dissuasion nucléaire », in *Fondation pour la recherche stratégique*, www.Frstrategie.org, consulté le 13/05/2021.
- WARE Allyn, « De la motivation au succès : organiser l'action de la société civile pour infléchir la politique en matière d'armement nucléaire », *forum de désarmement*.
- « Armament et desarmament and international Security », *les rapports du GRIP* 2019/2. Résumé du SIPRI Yearbook 2019.
- « Conférence des Parties chargée d'examiner le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires en 2010 », *Document final, document des Nations Unies* NPT/CONF.2010/50 (Vol. I), New York.
- Conseil des délégués du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Sydney, Australie 17-18 novembre 2013, « Vers l'élimination des armes nucléaires Plan d'action quadriennal ».

- « Défendre notre avenir commun » : chapitre 1 : Le désarmement au secours de l'humanité. *Guide d'action parlementaire à l'appui du désarmement, pour la sécurité et le développement durable*, https://disarmamenthandbook.org , consulté le 06/09/2019.
- Declaration du 20e Congrés Mondial, 25 Aout 2012, «International Physicians for the Prevention of Nuclear War, » https://www.ippnw.org , consulté le 12/7/2020.
- Discours du pape François aux participants au symposium international organisé par le dicastère pour le service du développement humain intégral, sur le désarmement, salle clémentine vendredi, 10 novembre 2017. https://www.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2017/november/documents/papafrancesco_20171110_convegno-disarmointegrale.html , consulté le 5/12/2020.
- « Evolution de la notion de dissuasion nucléaire », février 2005, https://www.irsem.fr, consulté le 23/10/2022.
- Note d'information n° 4, « armes nucléaires et droit international humanitaire », https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/fr/assets/files/2013/4132-4-nuclear-weapons-ihl-2013-fre.pdf ,consulté le 14/11/2024.
- Protocole I et II de 1977 des conventions de Genève.
- Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 5 décembre 2013, [sur la base du rapport de la Première Commission (A/68/411)] ,68/32, Suivi de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur le désarmement nucléaire de 2013. http://www.mvtpaix.org , consulté le 24/05/2022.
- www.cicr.org
- https://www.un.org /fr/events/nuclear weapon elimination.

ISSN:2509-0291

الإصـــــــدار رقم 55

دجنبر 2024

La preuve pénale contemporaine

Hamouti nadia

Professeure à université sidi mohamed ben abdellah Fès

Safae el bakouhi

Doctorante chercheuse à université sidi mohamed ben abdellah Fès

Résumé :
L'objet d'une poursuite pénale consiste en des faits matériels qui se produisent dans la plupart des cas en secret et dont les auteurs d'infraction s'efforcent de dissimuler les caractéristiques et d'effacer les traces, ce qui fait que les preuves directes, telles que le témoignage et l'aveu, sont rarement disponibles. Le juge pénal doit recourir à un autre moyen indirect en revenant aux faits du crime et en essayant de les interroger, en recherchant les traces et les indices laissées par l'auteur sur le lieu du crime, afin d'extraire du fait connu le fait inconnu, de sorte que les deux faits établissent entre eux un lien qui permet de détecter le crime et de l'attribuer à l'accusé. Il n'y a pas de procès sans discussion sur les preuves matérielles et morales dont le juge peut tirer des preuves judiciaires, surtout dans le cadre d'une libre appréciation, dans laquelle il jouit d'une grande liberté de preuve par l'application du principe de l'intime conviction du juge pénal.

Contemporary criminal law evidence

Abstract:
The object of a criminal prosecution consists of material facts which in most cases occur in secret, and of which the perpetrators strive to conceal the characteristics and erase the traces, with the result that direct evidence, such as testimony and confession, is rarely available. The criminal judge has to resort to another indirect means by going back to the facts of the crime and trying to question them, looking for traces and clues left by the perpetrator at the scene of the crime, in order to extract from the known fact the unknown fact, so that the two facts establish a link between them that allows the crime to be detected and attributed to the accused. There can be no trial without discussion of the material and moral evidence from which the judge can derive judicial proof, especially in the context of a free assessment by the judge, in which the judge enjoys great freedom of proof through the application of the principle of the criminal judge's intimate conviction.
Mots clés :
Preuve, présomption, empreinte, indice.

Introduction

Des découvertes scientifiques successives ont confirmé que chaque être humain possède un ensemble d'empreintes digitales qui le distingue des autres personnes, et ces empreintes digitales ont contribué de manière significative à la détection des infractions et à l'identification de leurs auteurs, ce qui peut constituer une preuve permettant d'attribuer l'infraction à l'accusé ou de l'acquitter. Ces empreintes digitales sont nombreuses et variées, telles que les empreintes digitales, les empreintes oculaires, les empreintes vocales, les empreintes auriculaires, les empreintes olfactives, etc.

Le criminel prend généralement toutes les précautions nécessaires pour ne pas être identifié lors de la perpétration de son crime et tente de rectifier ce qu'il a laissé derrière lui ou les outils qui a utilisé pour

commettre son crime3108. Cependant, il laisse souvent des traces physiques humaines sur la scène du crime ou sur le corps de la victime sous la forme d'empreintes digitales, de sang contaminé, de salive, de sperme ou de traces de cheveux. L'analyse de ces traces peut permettre de relier l'accusé au crime, et l'examen médical de la victime ou de l'auteur du crime peut permettre de percer le mystère du crime et de l'attribuer à l'accusé. La problématique qui se pose est de savoir la force de la preuve en matière pénale, ce qui soulève de nombreuses questions importantes :

-Qu'est-ce que la preuve pénale contemporaine, quelle est son importance ?

-Quels sont les moyens de preuve pénale dans la législation nationale et internationale ?

-Quelle est l'ampleur de l'utilisation des preuves pénales contemporaines ?

-Quelle est l'efficacité de la preuve en matière pénale ?

Ces questions nous imposent de s'interroger sur les indices provenant du corps humain (**partie I**) ainsi que les indices provenant du développement technologique (**partie II**).

I- Indices provenant du corps humain

La majorité des indices provenant du corps humain sont les empreintes digitales, paumes et plantes des pieds ainsi que les fluides corporels

A- Empreintes digitales

Les empreintes digitales présentent plusieurs caractéristiques, dont les plus importantes sont les suivantes3109 :

-Les empreintes digitales sont immuables : elles commencent à se former dès le troisième et quatrième mois du fœtus.

Elles restent inchangées jusqu'à la mort, elles peuvent changer de taille ou de surface, mais la forme de leurs lignes et de leurs marques distinctives reste inchangée, sauf si elles sont altérées, comme une maladie de la couche cutanée, une blessure profonde, ou un effet artisanal qui peut entraîner une modification partielle de la forme3110.

-Les empreintes digitales de deux personnes ou les doigts d'une même personne ne sont pas identiques, elles ne peuvent pas s'appliquer à deux personnes différentes dans le monde, la probabilité de concordance entre deux cas est de un sur 64 milliards3111, et deux empreintes digitales ne peuvent pas s'appliquer à une personne, et qu'elles ne sont pas affectées par des facteurs génétiques3112.

-Nombre de signes distinctifs pour une concordance d'empreintes digitales : Lorsqu'il compare deux empreintes digitales, le dactylo technicien s'appuie sur un certain nombre de signes distinctifs qui doivent être présents dans chacune d'elles avant de décider qu'elles sont identiques3113. Les dactylos techniciens ont convenu que 12 signes distinctifs devaient être présents, à condition que ces signes soient parfaitement clairs et qu'ils ne comportent pas d'ouverture de pore3114.

-Possibilité de relever les empreintes digitales : De nos jours, il est possible de faire apparaître les empreintes digitales sur toutes les surfaces qui en sont imprégnées.

B- Présomption d'empreintes digitales, paumes et plantes des pieds

Les empreintes digitales sont le plus ancien type d'empreintes connu de l'homme. Elles permettent de distinguer chaque individu des autres, et ces empreintes varient entre les empreintes digitales, les empreintes palmaires et les empreintes plantaires3115.

3108 Janey levy, careers in criminal profiling, published by rosen publishing group, Inc. United states. First edition, 2008. P :19.

3109 **عبد الله بن محمد اليوسف، علم البصمات وتحقيق الشخصية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2012، ص 85**

3110 Janey levy, careers in criminal profiling, published by rosen publishing group, Inc. United states. First edition, 2008. P :43.

3111 **سامي حرب المنذري، موسوعة العلوم الجنائية، مركز بحوث شرطة الشارقة، الطبعة الأولى،2007، ص 169**

3112 Ibid.

3113 José Luis de la Cuesta, Résolutions des Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal.2006. P :27.

3114 Ibid.

3115 Candice Roman-Santos, Concerns Associated with Expanding DNA Databases, Hastings Science & Technology Law Journal, California, Vol. 2:2, 2010. P : 41.

Le législateur n'a pas défini la présomption3116, les juristes de droit positif en ont donné plusieurs, dont nous nous limiterons à trois :

La première définition est celle du Code civil français dont l'article 1349 définit la présomption comme les résultats que la loi ou le juge tire d'un fait connu pour connaître un fait inconnu3117. La deuxième définition est que la présomption est le lien juridique que la loi peut établir entre certains faits, ou un résultat que le juge doit tirer de certains faits3118. La troisième définition de la présomption c'est qu'une relation hypothétique que la loi crée entre certains faits ou une relation logique que le juge déduit entre un fait connu et un fait inconnu3119.

Il ressort des définitions précédentes que la présomption est la synthèse d'un processus mental mis en œuvre par le législateur pour déduire un fait inconnu d'un fait connu, et que ce processus nécessite l'existence de deux faits, dont l'un est connu et l'autre inconnu, et que ces deux faits présentent un lien étroit et nécessaire, de sorte que les présomptions judiciaires reposent sur deux éléments :

L'élément matériel : C'est un fait établi que le juge choisit parmi les faits de la cause et ce fait est appelé preuve, qui est l'élément matériel de la présomption. Ces preuves sont divisées en deux parties :

Les preuves matérielles : Il s'agit de traces tangibles que l'on peut trouver sur l'auteur ou sur le lieu du crime, comme l'arme utilisée pour le crime.

Les preuves morales : Il s'agit de preuves de nature immatérielle qui ne peuvent être perçues par les sens, comme la disparition de l'accusé après avoir commis l'infraction, ou l'existence d'une inimitié entre l'accusé et la victime.

L'élément moral : Il s'agit d'un processus de déduction effectué par le juge, pour parvenir de ce fait établi au fait inconnu, et ce grâce à l'intelligence et au discernement du juge, et c'est l'élément moral de la présomption.

C- Examen médico-légal

La médecine légale est l'une des sciences auxiliaires les plus importantes dans le domaine judiciaire, de sorte que les juges se tournent souvent vers les médecins légistes pour les aider à résoudre des cas ambigus qui impliquent des questions techniques qui ne relèvent pas de la compétence des juges, comme les décès suspects, les blessures, les agressions sexuelles et les empoisonnements3120.

Les tribunaux ont également recours à l'examen des fluides corporels laissés sur les lieux d'un crime ou d'un suspect, et ces sécrétions jouent un rôle important dans le domaine des preuves médico-légales.

Ces sécrétions jouent aussi un rôle très important dans le domaine de la preuve pénale, pour prouver la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, et ces fluides sécrétés par le corps humain varient entre le sang, le sperme, la salive, l'urine, et d'autres3121.

Le principe général est que le juge pénal est libre de fonder sa conviction sur tout élément de preuve qui lui est présenté dans l'affaire, puisqu'il est établi que la juridiction de jugement n'est pas liée par l'avis de l'expert, non seulement sur la base du code de procédure pénale, mais aussi sur la base du principe de la liberté du juge de former sa propre conviction3122, puisque le rapport de l'expert ne représente qu'un élément de preuve dans une affaire publique qui est soumis au jugement et à l'appréciation du juge, et du principe selon lequel la juridiction de jugement est l'expert le plus élevé,

---

3116 Les définitions sont l'œuvre des juristes et non du législateur.

3117 Article 1349 : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Code civil Français, institut français d'information juridique. Edition : 2014. P :225.

3118 **د/ رؤوف عبيد، مباد الإجراءات الجنائية في القانون المصري، القاهرة. دار الفكر العربى، 2005. ص: 613.**

3119 **مسعود زبدة، القرائن القضائية، موفم للنشر والتوزيع، 2001، ص 32**

3120 Benoit Garnot. Les témoins devant la justice. Rennes. Pur. 2002. P:150.

3121 Upasana M. Bhilota, Dhara J. Patel, Brain Fingerprinting, International Journal of Computer Science and Information Technologies, USA, Vol. 4 (1), 2013. P:67.

3122 Vu que l'expertise ne relève pas de la compétence du juge pénal, un expert judiciaire est un spécialiste chargé par les juridictions d'instruire des points à caractère technique.il lui est interdit de donner son avis sur tous points de droit d'après l'article 2 de la loi 45.00 relative aux experts judiciaires.

puisque l'expertise médicale, comme tout autre moyen de preuve, est soumise au principe de la liberté de la preuve. Sur la base de ce qui précède, les conclusions du médecin expert ne lient pas le juge, qui peut, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire absolu dans l'examen des preuves, rendre un jugement contraire aux conclusions du médecin expert3123.

Le rapport du médecin légiste n'est qu'une des preuves présentées au juge, qui peut être réfutée par tous les moyens et ne pas être acceptée si elle s'avère incompatible avec d'autres preuves et éléments de preuve, de sorte que le juge cherche à peser les preuves, en écartant ce qui ne lui semble pas convaincant en son âme et conscience et en adoptant les preuves dont il est convaincu.

Le rapport médico-légal, malgré son importance d'un point de vue scientifique et technique, n'est qu'un élément de preuve utilisé pour rendre des jugements et n'oriente en rien le tribunal.

II- Indices provenant du développement technologique

Le développement technologique a conduit à l'invention de nombreux dispositifs audiovisuels qui peuvent être utilisés dans de nombreux domaines pour faciliter le processus de communication et de documentation de l'information3124.

Ce développement scientifique a donné aux services d'enquête de la police et même aux particuliers la possibilité de surveiller et d'espionner les gens où qu'ils se trouvent, même s'ils sont chez eux, par exemple en enregistrant leurs conversations, en surveillant leurs téléphones et en les filmant à distance à l'aide de caméras vidéo, ce qui a permis d'obtenir de nombreuses informations sur la personne suspectée et de résoudre de nombreuses affaires criminelles, voire de prévenir et de détecter les crimes avant qu'ils ne se produisent, ce qui a entraîné de grands progrès dans le domaine criminel3125.

A- Surveillance électronique

On présente souvent la surveillance électronique comme un moyen qui participe à la modification de l'exercice de la justice pénale. Dans un contexte où les mesures alternatives se multiplient, sa technicité peut sembler contradictoire avec l'ouverture à la singularité et à l'expression du justiciable qui se manifeste actuellement dans la procédure pénale.

La surveillance électronique des justiciables, peu importe sa forme, est actuellement présentée par de nombreux responsables politiques et magistrats comme une mesure visant à moderniser l'exercice de la justice pénale3126.

La surveillance électronique peut servir de preuve pénale en fournissant des éléments concrets sur les actions, les communications ou les déplacements d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction. En revanche, son utilisation comme preuve est encadrée par des règles strictes pour respecter les droits fondamentaux3127, notamment le droit à la vie privée et le respect des procédures judiciaires (ex : mandat pour écoute téléphonique).

B- Surveillance auditive des conversations personnelles

L'authenticité d'un enregistrement sonore en tant que preuve pénale varie selon que l'enregistrement est légitime ou non : Si l'enregistrement a été réalisé illégalement, par exemple sans le consentement ou la connaissance de la personne concernée ou de l'autorité judiciaire, ou s'il a été réalisé par l'autorité judiciaire mais que les procédures légales n'ont pas été respectées, il ne fait aucun doute que l'enregistrement a été réalisé illégalement3128, et que la preuve qui en découle est invalide, car ce qui est construit sur le mensonge est faux, et l'invalidité de la procédure d'enregistrement a une conséquence importante.

3123 Alexandra j Roberts, everything new is old again: Brain fingerprinting and evidentiary analogy, 9 Yale journal of law & technology. USA. 2007. P:234.

3124 Robert Taylor, Computer Crime, "in Criminal investigation" edited by Charles Swanson, N. Chamelin and L. Territto, Hill Inc. 5th edition 1992. P:102.

3125 **د/محمد الأمين البشري، الأدلة الجنائية الرقمية مفهومها ودورها في الإثبات، ص 128، 129**

3126 René Levy, « Scripta manent : la rédaction des procès-verbaux de police », *Sociologie du travail*, n°4, 1985. P : 408-423.

3127 Article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme.

3128 Bandintar: la Protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine. J.C.P. 1971. P :243

L'invalidité de la procédure d'enregistrement a pour effet important d'exclure les preuves qui en découlent parce qu'elles ont été obtenues illégalement.3129

Si l'enregistrement audio a été réalisé de manière légitime, par exemple avec le consentement et la connaissance de la personne, ou avec l'autorisation du juge d'instruction, et que toutes les procédures légales ont été respectées, cet enregistrement est valide, et l'appréciation de sa valeur probante est une question laissée au juge du fond, à condition qu'il motive sa décision de manière logique et solide. Il est seul habilité à en apprécier l'authenticité3130. Il peut l'adopter dans son intégralité, le rejeter, en retenir une partie qu'il juge conforme aux circonstances de l'incident, ou le considérer comme un simple élément de preuve destiné à renforcer les preuves existantes dans l'affaire, selon sa satisfaction et sa conviction personnelle, sans aucun commentaire à cet égard.

C- La preuve numérique

La majorité des législations comparatives sont favorables à l'acceptation de la preuve numérique dans la preuve pénale, et c'est la position de certaines législations : américaine3131 et britannique3132.

La présence de preuves numériques dans l'ordinateur est devenue une présomption que l'ordinateur fonctionnait correctement, et ces preuves peuvent donc être utilisées comme preuves, la charge de la preuve du contraire incombant à l'accusé.3133

L'article 133 de la loi sur la justice pénale de 20033134 permet au tribunal d'accepter une copie d'un document si l'original n'est pas disponible, que le document existe toujours ou non, à condition que son authenticité soit vérifiée, et cela s'appliquerait aux informations stockées dans des appareils électroniques.3135

Le développement technologique a connu une large diffusion d'un autre type de criminalité, dite cybercriminalité, ce qui a imposé au législateur marocain de promulguer des lois pour combler le vide législatif dans le domaine de la lutte contre la cybercriminalité afin de réaliser la cybersécurité3136. Parmi les textes répressifs qui visent à réaliser la cybersécurité en luttant contre la cybercriminalité, on peut citer les lois suivantes :

-La loi n° 20.05 sur la cybersécurité3137 :

-La loi n° 07.03 modifiant le Code pénal en ce qui concerne les infractions liées aux systèmes de traitement automatisé de données.

3129 Albert Chavanne, les résultats de l'audio-surveillance comme preuve pénale, Revue internationale de droit comparé, Année 1986, Volume 38, Numéro 2. P750, 751.

3130 James L. Chapman, Field Evaluation of Effectiveness of VSA (Voice Stress Analysis) Technology in a US Criminal Justice Setting. Scientific Journal Criminalistics and Court Expertise, USA. 2012.P :34.

3131 La position de la législation américaine : Les règles de preuve du droit anglo-saxon comprennent la règle du ouï-dire et la règle de la meilleure preuve. Selon ces règles, les rapports, les informations et les données conservées sous quelque forme que ce soit, ainsi que les faits, les événements, les opinions et les résultats d'analyse transmis par les personnes ayant des connaissances et une expérience dans le cadre d'activités et de pratiques réglementées sont des preuves admissibles devant les tribunaux pénaux parce qu'il s'agit de données plus précises et conservées d'une manière scientifique différente des autres preuves par ouï-dire, et les preuves judiciaires électroniques sont de cette nature parce qu'elles sont préparées par des calculs précis et incontestables et qu'elles sont conservées.

3132 La position de la législation britannique : La loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale aborde la question de l'admissibilité des données informatiques et de l'Internet en tant que preuves en matière pénale.

3133 Jean Graven, Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal. Revue de science criminelle et de droit pénal, paris, série, N° 3.1950. P:334, 335.

3134 Criminal Justice Act 2003.

3135 Alberto R. Gonzales, Regina B. Schofield, David W. Hagy, Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Law Enforcement and Prosecutors, National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, Special report, JAN. 2007. P15, 16.

3136 Dahir n° 69.20.1 du 4 Dhul Hijjah 1441 (25 juillet 2020) portant application de la loi n° 20.05 sur la cybersécurité

3137 Loi n° 07.03 modifiant le code pénal en ce qui concerne les infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé des données, promulguée par le Dahir n° 1.03.197 du 16 Ramadan 1424 (11 novembre 2003), Journal officiel n° 5171 du 27 Shawwal 1424 (22 décembre 2003), p. 4284.

-Titre III relatif aux sanctions, aux mesures préventives et à l'inspection des infractions de la loi n° 53.05 relative à l'échange électronique de données juridiques.
-Loi n° 31.08 établissant des mesures de protection des consommateurs.
-Le titre VII relatif aux sanctions de la loi n° 08.093138 relative à la protection des personnes concernées par le traitement des données à caractère personnel.

La notion de la vie privée ou du droit à la vie privée dans le domaine de l'information est plus étendue que la protection des données ou des informations stockées électroniquement dans un ordinateur, étant donné qu'elles contiennent les secrets personnels et familiaux d'un individu3139. Les données à caractère personnel sont l'un des droits les plus importants attachés à la personnalité et relevant de la vie privée de l'individu3140.

L'un des objectifs des lois citées ci-dessus est de protéger la vie privée des personnes contre toute atteinte par tout moyen des technologies modernes3141, y compris l'image et le son, de sorte qu'elle s'applique aux traitements automatisés ou non automatisés, complets ou partiels, de données à caractère personnel3142.

Parmi les infractions qu'on peut citer, on trouve :

Atteinte au droit à l'image

Dans le monde du droit, ce que l'on appelle le droit à l'image est apparu, afin de protéger l'image d'une personne contre toutes les atteintes ou violations susceptibles de porter atteinte à son honneur et à sa dignité. telles que l'utilisation de l'image pour diffamer la personnalité de son propriétaire ou pour être exploitée afin de promouvoir une idée ou un produit donné, ce qui a conduit à la nécessité de reconnaître l'existence d'un droit de l'homme à son image qui lui permet d'empêcher les autres de le photographier ou de publier son image sans son consentement3143, et a nécessité l'intervention du législateur pour imposer une protection dans différentes branches du droit et même au niveau du texte constitutionnel3144.

Nous constatons également que la plupart des constitutions internationales, y compris la Constitution marocaine de 20113145, ont établi une protection pénale en général pour criminaliser et punir toute violation de la vie privée3146.

L'authenticité d'une image en matière de preuve pénale est acceptable si elle est réalisée d'une manière légitime. Elle doit faire l'objet d'une décision de l'autorité judiciaire et être présentée devant des experts pour en confirmer l'authenticité3147.

3138 Le premier article / premier alinéa de la loi 09-08 relative à la protection des données à caractère personnel définit les données à caractère personnel comme toute information de toute nature, quel qu'en soit le support, y compris le son et l'image, se rapportant à une personne identifiable ou identifiée directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments caractéristiques de son identité physique, physiologique, sexuelle, psychique, économique, culturelle ou sociale.

3139 Le traitement automatisé des données à caractère personnel désigne toute opération ou ensemble d'opérations effectuées sur des données à caractère personnel.

3140 **يسري حسن القصاص. الضوابط الجنائية لحرية الراي والتعبير. دراسة مقارنة. القاهرة. 2010. ص 235**

3141 **مدحت عبد الحليم رمضان. الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية. دار النهضة العربية. القاهرة. 2001. ص 77**

3142 **ادريس النوازلي. عولمة جرائم الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة وما في حكمها في ظل القانون المغربي والقانون المقارن. الطبعة الاولى. 2019. ص: 117**

3143 Le législateur marocain a criminalisé cette agression en se basant sur l'article 447-1 au 447-3 du code pénal ainsi que la loi 131-13. Le législateur français quant à lui se s'est basé sur l'article 226-1 à 226-8/9 du code pénal français.

3144 **محمد النشطاوي. في الحرية والحق مع دراسة للنظام القانوني للحريات العامة في المغرب. مطبعة النجاح الجديدة. 2019. ص:207**

3145 L'article 21 de la Constitution marocaine stipule que tous ont droit à la sécurité de leur personne, de leurs proches et de leurs biens. Les pouvoirs publics assurent la sécurité des populations et du territoire national dans le respect des libertés et droits fondamentaux garantis à tous.

3146 y compris le droit de l'homme à son image, et le pouvoir judiciaire a joué un rôle prépondérant dans la construction d'une structure solide pour défendre ce droit, à travers l'application de la loi.

3147 **محمد زكي أبوعامر، "الاثبات في المواد الجنائية"، ط. 1، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر. 2011، ص: 122**

Le juge pénal dispose d'un large pouvoir et d'une liberté totale, et c'est à lui de coordonner les différents éléments de preuve pour prouver ou réfuter l'affaire, et en fin de compte pour rendre un jugement d'innocence ou de culpabilité3148.
En revanche, il faut souligner que le droit à l'image n'est pas un droit absolu, mais plutôt un droit restreint, car il est soumis à des exceptions qui autorisent la publication de l'image lorsqu'il s'agit des faits ou d'incidents qui se déroule au sein de la communauté ou lorsqu'il s'agit d'un intérêt public, ce qui est l'une des raisons pour laquelle la presse est autorisée de le faire3149.

Conclusion :

Le développement scientifique et technologique a entraîné une grande révolution dans le domaine de la preuve pénale et a fourni aux autorités chargées de la lutte contre la criminalité un certain nombre d'indices contemporains qui leur ont permis de détecter plus facilement la criminalité et d'appréhender les criminels, et sur lesquels se fondent de nombreux jugements de condamnation et d'acquittement. Cela a nécessité l'étude de ces indices et de la légitimité de leur recours, de leur autorité en matière de preuve pénale et de l'étendue de leur impact sur la conviction émotionnelle du juge lorsqu'il rend des jugements judiciaires, à la fois dans la charia et dans le droit. On a examiné et analysé un grand nombre de preuves contemporaines et a examiné leur force probante et la mesure dans laquelle il est légitime d'y recourir en tant que preuve pénale dans la loi, dans le cadre de la légalité procédurale liée aux procédures d'obtention de preuves.
Cette étude nous a permis de tirer un certain nombre de conclusions, dont les plus importantes sont les suivantes : L'importance de la preuve dans la preuve pénale : La preuve est considérée comme le moyen le plus important de la preuve pénale sur lequel le juge s'appuie pour atteindre la vérité, et pour connaître l'étendue du lien de l'accusé avec le crime ou le lui refuser, car la preuve est plus fiable que les témoins ; parce que les faits ne peuvent pas mentir, et l'importance de la preuve judiciaire dans la preuve pénale a augmenté après le développement scientifique et le boom technologique de cette époque dans le domaine de la recherche criminelle, où des méthodes scientifiques précises ont été développées dans divers domaines des sciences médicales, physiques et numériques, qui aident à révéler la vérité et à démasquer les auteurs de crimes.
Ainsi, on a contrasté les forces et les faiblesses de la preuve judiciaire contemporaine : Les preuves judiciaires contemporaines ne sont pas au même niveau en termes de force probante, certaines sont suffisamment solides pour être concluantes, et d'autres sont suffisamment faibles pour n'être considérées que comme des preuves supplémentaires qui renforcent le reste des preuves sans s'appuyer sur elles seules pour la preuve.

Références

-Albert Chavanne, les résultats de l'audio-surveillance comme preuve pénale, Revue internationale de droit comparé, Volume 38, Numéro 2. 1986.

-Alberto R. Gonzales, Regina B. Schofield, David W. Hagy, Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Law Enforcement and Prosecutors, National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, Special report, JAN. 2007.

- Alexandra j Roberts, everything new is old again: Brain fingerprinting and evidentiary analogy, 9 Yale journal of law & technology. USA. 2007.

-Bandintar: a Protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine. J.C.P. 1971.

3148 أشرف جمال قنديل، "حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته"، ط. 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص: 289.
3149 En se référant à la loi 88.13 relative à la presse et à l'édition, plusieurs éléments entre en vigueur en ce qui concerne les procédures à suivre pour respecter la prise d'une image dans un lieu privée ou public.

- Benoit Garnot. Les témoins devant la justice. Rennes. Pur. 2002.

- Candice Roman-Santos, Concerns Associated with Expanding DNA Databases, Hastings Science & Technology Law Journal, California, Vol. 2:2, 2010.

-Code civil Français, institut français d'information juridique. Edition: 2014.

-Convention européenne des droits de l'Homme.

-Constitution Marocaine de 2011.

-Françoise Digneffe & Thierry Moreau, *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale, Bruxelles*, De Boeck-Larcier, 2006.

-James L. Chapman, Field Evaluation of Effectiveness of VSA (Voice Stress Analysis) Technology in a US Criminal Justice Setting. Scientific Journal Criminalistics and Court Expertise, USA. 2012.

- Janey levy, careers in criminal profiling, published by rosen publishing group, Inc. United states. First edition, 2008.

-Jean Graven, Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal. Revue de science criminelle et de droit pénal, paris, série 1950, N° 3. Juillet –septembre.

-José Luis de la Cuesta, Résolutions des Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal.2006.

-René Levy, « Scripta manent : la rédaction des procès-verbaux de police », *Sociologie du travail*, n°4, 1985.

-Robert Taylor, Computer Crime, "in Criminal investigation" edited by Charles Swanson, N. Chamelin and L. Territto, Hill Inc. 5th edition 1992.

- Upasana M. Bhilota, Dhara J. Patel, Brain Fingerprinting, International Journal of Computer Science and Information Technologies, USA, Vol. 4 (1), 2013.

أشرف جمال قنديل، "حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته"، ط. 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012

ادريس النوازلي. عولمة جرائم الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة وما في حكمها في ظل القانون المغربي والقانون -المقارن. الطبعة الاولى. 2019.

محمد زكي أبوعامر، "الاثبات في المواد الجنائية"، ط. 1، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر. 2011-

محمد الأمين البشري، الأدلة الجنائية الرقمية مفهومها ودورها في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية، جامعة نايف-العربية للعلوم الأمنية. العدد 33. 2002

محمد النشطاوي. في الحرية والحق مع دراسة للنظام القانوني للحريات العامة في المغرب. مطبعة النجاح الجديدة. 2019.

مدحت عبد الحليم رمضان. الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية. دار النهضة العربية. القاهرة. 2001. -

د/ رؤوف عبيد، مباد الإجراءات الجنائية في القانون المصري.2021-

مسعود زبدة، القرائن القضائية، موفم للنشر والتوزيع، 2001-

عبد الله بن محمد اليوسف، علم البصمات وتحقيق الشخصية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2012-

سامي حرب المنذري، موسوعة العلوم الجنائية، مركز بحوث شرطة الشارقة، الطبعة الأولى،2007-

يسري حسن القصاص. الضوابط الجنائية لحرية الراي والتعبير. دراسة مقارنة. القاهرة. 2010. -

ISSN:2509-0291

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

La région au Maroc : vers une nouvelle action territoriale

HAKIM NAHAL

Docteur en droit public et sciences politiques

Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales Rabat Agdal Université Mohammed V- RABAT.

Résumé :
Notre article a pour objectif de mettre en exergue les différentes techniques d'aménagement des compétences de la collectivité territoriale régionale, et de cerner les différentes schématisations de fonctionnements de la région.
Pour ce faire, nous avons opter pour une approche qui décrit le cadre général des compétences de la nouvelle région, dans contexte en perpétuel changement, et situe les échelons multiples de l'intervention des collectivités régionales dans cet ensemble. Ensuite, dans une deuxième partie, selon la loi organique 111.14, les nouveaux modes de répartition des compétences sont analysées de manière plus spécifiques. Enfin, les orientations futures sont discutées à la lumière des nouvelles orientations en matière de régionalisation.
Mots clés : compétences ; région ; collectivité territoriale ; loi organique orientations ;

The region in Morocco : Towards a new territorial action

Abstract:
This article aims to highlight the methods of organizing the competencies of regional local authorities and to outline the various operational frameworks of the region. In a constantly evolving context, we adopt an approach that describes the general framework of the new region's competencies and positions the different levels of regional authority intervention. The second part analyzes, in accordance with Organic Law 111.14, the new modes of competency distribution in greater detail. Finally, future directions are discussed in light of recent trends in regionalization.
Keywords: competencies; region; local authority; organic law; directions.

Introduction:

L'organisation territoriale semble prendre les rails de la réforme par l'adoption d'une nouvelle culture tendant à faire de la relation entre l'Etat et les collectivités territoriales une relation d'assistant, de coopération et de partenariat au lieu de la culture de tutelle et de domination qui prédominait sous l'égide des lois anciennes, tout en recherchant l'efficacité de l'action publique territoriales.
Toutefois, l'efficacité de l'action des collectivités territoriales constitue un impératif persistant, qui a incité les pouvoirs publics à repenser les modes de gestion en introduisant de nouveaux outils tendant à garantir à ces collectivités les buts escomptés de leur création.
Ces outils se résument dans les moyens et instruments conférées aux collectivités territoriales, leur offrant ainsi les conditions d'une gestion démocratique de leurs affaires.
Mais une meilleure gestion des affaires territoriales ne peut avoir lieu qu'après une claire répartition de leurs compétences, ainsi qu'après un renforcement accru de leurs prérogatives.
La gestion démocratique des collectivités territoriales est investie sous l'égide de la nouvelle réforme d'une forte consolidation juridique par le biais des trois lois organiques et ce en vue de garantir à ces entités les moyens les plus adéquats pour réaliser leur développement, tout en se fondant sur des principes phares leur permettant de mettre en œuvre les politiques de développement territorial.

Problématique:

La constitution a tracé les grandes de ligne de la gestion démocratique des collectivités territoriales, en laissant le soin au législateur organique de déterminer les compétences dévolues à ces entités, et de fixer par conséquent les conditions de gestion démocratique de leurs affaires, leur compétences propres, celles partagées avec l'Etat et celles qui leur sont transférées par ce dernier.

La problématique réside dans le fait de savoir comment et dans quelle mesure sont régis les principes phares de gestion des affaires régionales ?

Pour aborder cette problématique, une série de questions est proposée :

Comment se présentent-elles les compétences de l'organisation régionale du Maroc ? Quels sont les pouvoirs qui y participent et comment interagissent-ils les uns avec les autres ? Comment les nouveaux modes de répartition des compétences subissent-ils cette nouvelle inflexion de gestion ?

Hypothèses de recherche :

En explorant ces pistes, j'ai formulé des hypothèses de recherche qui guident ma démarche scientifique. Ces hypothèses constituent des points d'ancrage, des suppositions que je teste et affine au fil de mon enquête. Elles représentent des axes de réflexion qui structurent ma recherche et alimentent la construction progressive de mes conclusions.

- La première hypothèse : Le pouvoir régional est basé sur des techniques pour être une solution stratégique de développement régionale.
- La deuxième hypothèse : les perceptions des modes de répartition des compétences sont un facteur de réalisation et de réussite dans un cadre spatial durable.

Paragr. 1: La technique énumérative des compétences

La nouvelle réforme régionale a mis fin aux insuffisances fonctionnelles engendrée par la charte régionale ancienne, tel que le chevauchement des compétences, les contradictions entre les domaines… Bien qu'il s'agît de trois types de compétences (propres ; transférées et consultatives), il n'en demeure pas moins que celles-ci engendrent une certaine ambigüité sous le silence du constituant et du législateur quant à la précision et à la détermination, ce qui donne une grande importance de la technique numérative comme base de référence des compétences régionales.

A. Importance de la technique énumérative des compétences

D'ailleurs, cette technique trouve comme fondement constitutionnel l'article 140 qui précise que « sur la base du principe de subsidiarité, les collectivités territoriales ont des compétences propres, des compétences partagées avec l'Etat et celles qui leur sont transférables par ce dernier ».

De ce fait, le panel des compétences dévolues à la région a subi sous l'égide de la nouvelle constitution une consolidation appuyée qui traduit la volonté des pouvoirs publics visant de donner un sens à l'action régionale. Il s'agit d'une décision profonde qui offre aux conseils régionaux le pouvoir décisionnel.

Au plan législatif, la loi organique relative à la région énonce fans son article 96 que : « le conseil de la région règle par ses délibérations les affaires faisant partie des compétences de la région et exerce les attributions qui lui sont conférées par les dispositions de la présente loi organique ». Il apparait bien que le législateur organique a emprunté cette nouvelle formule en rejetant la fameuse clause générale utilisée dans la charte régionale de 1997 qui énonçait que « le conseil régional règle par ses délibérations les affaire de la région ».

De ce fait, l'adoption de la technique énumérative par liste pour la répartition des compétences adoptées par le constituant et le législateur organique vise à trouver des solutions adéquates aux problèmes relatifs aux compétences, qui avaient sous l'égide de l'ancienne charte un caractère seulement indicatif [3150] , en s'orientant vers une détermination claire des interventions du conseil

((3150)) Voir à cet effet : El Yaâgoubi. (M), « La nouvelle conception du rôle du conseil communal à la lumière de la loi n°78.00 », in « Réflexion sur la démocratie locale au Maroc », Imprimerie El Maârif Al Jadida. Rabat. 2007. P. 92. Harsi. (A), « Gestion locale et principe de subsidiarité au Maroc », in « Institutions et forces politiques au Maroc (Aspects constitutionnels et administratifs généraux) ». Imprimerie. Info-Print. Fès. 2007.P .96.

régional.

Il faut noter que la détermination des blocs de compétences conférées à la région a subi un changement relatif, désormais la région est investi du pouvoir d'exercice des compétences propres, des compétences partagées, et des compétences transférables(3151), le législateur organique a eu le soin de supprimer les compétences consultatives qui existait sous l'égide de la charte régionale de 1997, et de prévoir par conséquent une nouvelle catégorie de compétence qui est les compétences partagées entre la région et l'Etat, d'autant plus il a donné une définition précise aux trois types de compétences, et ce pour enlever toute ambiguïté qui peut surgir au cours de l'exercice de ces compétences par les conseils régionaux.

Il s'agit donc d'une première dans la vie de cette collectivité territoriale de donner une définition au bloc de compétences, ainsi les compétences propres comportent les compétences qui lui sont dévolues par l'Etat et qui font à cet effet, l'objet d'un transfert plénier, réalisant en quelque sorte la substitution pure et simple de la collectivité concernée à l'Etat, sur le fondement d'un bloc de compétence (3152).

Quant aux compétences partagées, il s'agit d'une sphère de compétences qui implique les deux grandes entités, l'Etat et la collectivité régionale et ce en vue de réaliser un exercice efficace basé sur les principes de progressivité et de différenciation (3153), donc l'Etat se porte avec l'idée du partage comme une entité à part égale avec la région qui était soumise à une tutelle excessive de sa part.

Pour les compétences transférées, ce sont les compétences que l'Etat peut transférer à certaines collectivités régionales, ces compétences même s'élargir et se transformer pour devenir des compétences propres et ce par le biais d'une simple modification de la loi organique relative aux régions, mais il faut noter que ces compétences ne sont pas identiques pour toutes les régions du Royaume et ce en raison des moyens et capacités de chaque région , ce qui peut engendrer une certaine dissymétrie entre collectivités d'une même strate »(3154).

B. Les échelons multiples de l'intervention des collectivités régionales

En fait, les trois types de compétences témoignent de la conscience des pouvoirs publics de la nécessité d'enlever toute ambigüité, toute contradiction, et toute expression qui laisse surgir des interprétations différentes de la part des gestionnaires locaux et qui peut créer des chevauchements de compétences et qui peut par conséquent fausser les interventions des conseils et ruiner les efforts du législateur.

Ainsi, l'effort de la détermination des compétences régionales est clairement affiché dans la loi organique qui a prévu les trois types de compétences avec toute une série pour chacune, le législateur en donnant une définition et une précision des compétences du conseil semble s'orienter vers une spécialisation (3155) de la collectivité régionale que vers une catégorisation (3156) de ses compétences.

En outre, il faut noter que la loi organique relative aux régions a enregistré une innovation remarquable en matière des compétences propres, en substituant le programme de développement régional au plan de développement. A cet effet, l'article 81 précise que : « la région exerce des compétences propres dans le domaine régional. Elle est chargée également de l'élaboration et du suivi et l'exécution programme de développement régional et du schéma régional de l'aménagement du territoire ».

Il s'avère que la réforme régionale a introduit de nouveaux concepts de développement en infiltrant les outils de gestion antérieurs en les transformant en de nouveaux moyens capables de réaliser plus de développement a cette entité, est l'exemple le plus pertinent qu'on peut citer à cet effet, est le programme de développement régional qui constitue d'une part, un outil de management public visant

((3151)) L'article 80 de la loi organique n°111-14 précitée.
((3152)) Melloni. (D), « Printemps arabe et démocratie territoriale : le renouveau marocain »…. P. 54.
((3153)) - article 80 de la loi organique précitée.
((3154)) Melloni. (D), « Printemps arabe et démocratie territoriale : le renouveau marocain »…précité. P. 54.
((3155)) Moreau. (J), « Administration régionale, départementale et municipale ». DALLOZ-Mémento. 11e édition. 1995. P. 178.
((3156)) Harsi. (A), « La gouvernance locale au Maroc entre la décentralisation et la déconcentration ». REMALD. Série « Thèmes actuels ». n°46. 2004. P. 71.

une programmation multi annuelle, sans omettre qu'il est le résultat de la participation des différentes couches du pays et qui constitue d'autre part, un instrument de gestion financière basée sur les résultats.

La mission de la collectivité régionale connait un très large champ d'interventions, elle se décline principalement sous forme de domaines classés et énumérées sous formes de compétences qui touchent directement la vie des citoyens.

Il s'agit en premier lieu, des interventions économiques et sociales, de l'aménagement du territoire, de la sécurité publique, de la coopération et du partenariat que la collectivité régionale au terme de la loi organique, de respecter dans son programme régional.

Le volet social semble prendre une place plus importante, l'article 94 de la loi organique n°111-14 précise : « qu'en matière du développement social, la région s'occupe, notamment, de la promotion sociale, de l'habitat social, et de l'assistance sociale ».

Il faut noter que les régions disposent, de ce fait, d'une prééminence en matière de développement économique local, en assurant des actions d'organisation, de suivi et de coordination en matière d'amélioration de l'attractivité de l'espace territorial et de sa compétitivité économique, ainsi que de prise des mesures et dispositifs facilitant l'environnement de l'entreprise et l'emplacement des activités économiques génératrices de richesse et d'emploi [(3157)].

La région dispose encore une place prépondérante en matière de l'aménagement du territoire, dans la mesure où elle adopte le schéma régional de l'aménagement du territoire [(3158)] , vis-à-vis duquel les autres collectivités territoriales doivent se conformer en mettant en œuvre leur propre politique de l'aménagement du territoire.

En matière de coopération et du partenariat, la région est investie du pouvoir de conclure des conventions en la matière avec les administrations publiques, les établissements publics, les instances non gouvernementales étrangères, les autres instances publiques ou les associations reconnues d'utilité publique pour la réalisation d'un projet ou d'une activité d'intérêt commun, et ce conformément à l'article 162 de la loi organique précitée.

Concernant les politiques sectorielles qui relèvent du pouvoir étatique, la région est désormais investie du pouvoir d'intervention dans plusieurs domaines, à savoir le transport, puisqu'elle lui incombe la mission de préparation du plan du transport à l'intérieur de son ressort territorial, ainsi que l'organisation des services du transport routier non urbain entre les personnes des collectivités territoriales situés dans son ressort territorial [(3159)].

Pour la formation professionnelle, la formation continue et l'emploi, il acquiert une grande importance par la loi organique relative aux régions, il suffit de remarquer qu'elles sont prévues dans le deuxième pôle des compétences concernant le développement régional [(3160)].

La recherche scientifique [(3161)] est également un domaine d'une grande valeur que les autres collectivités ne peuvent guerre en assumer la responsabilité, c'est la raison pour laquelle le législateur organique a eu le soin de confier cette mission à la collectivité régionale.

Concernant la protection de l'environnement, la région est investie du pouvoir de la préservation des inondations, de ressources naturelles, de la diversité biologique et de la lutte contre la pollution et la désertification, la préservation des zones protégées, des écosystèmes forestiers et la préservation des ressources en eau et ce conformément à l'alinéa d de l'article 91 de la loi organique précitée.

En fait, la région se voit ses compétences de plus en plus élargie pour y inclure des domaines sensibles

((3157)) Les articles 80, 81, 82 de la loi organique n°111-14 précitée.
((3158)) L'article 88 de la loi organique n°111-14 précitée.
((3159)) Article 82 de la loi organique n° 111-14 précitée.
((3160)) L'alinéa b de l'article 82 de la loi organique n°111-14 précitée.
((3161)) L'article 91 de la loi organique n°111-14… précitée. p. 210

tels que : la sauvegarde du patrimoine, la culture (3162), le sport(3163), l'énergie(3164), le tourisme(3165) et la santé(3166), domaines dont le niveau régional s'avère le plus adéquat pour en assumer la gestion.
Mais il faut noter que la région s'est préservé le droit d'assumer la mission la plus importante qui est la formation continue(3167), puisque le niveau régional s'avère le niveau le plus pertinent pour assurer la formation continue au profit des élus locaux ainsi qu'au profit des membres et des fonctionnaires des collectivités territoriales(3168), puisqu'il s'agit d'un espace de prédilection de dispensions de diverses formes de formation(3169) et ce en vue de préserver l'autonomie du pouvoir décisionnel et de consolider le principe de libre administration dans la gestion des affaires territoriales.
L'objectif de la loi organique est de confier à la collectivité régionale le soin de gérer un ensemble de compétences plus ou moins cohérent dans un domaine d'action précis et ce dans le but d'éviter que les différentes compétences des collectivités territoriales et de l'Etat ne s'entrecroisent (3170). Cette loi organique eu le soin de déterminer les attributions de manière limitative, en les distinguant en trois catégories (3171), et par conséquent a franchi le pas vers le renforcement officiel du caractère local de certaines compétences qui étaient accordées conjointement aux collectivités locales et aux services étatiques sous l'égide des lois anciennes et créaient le chevauchement des compétences entre ces collectivités territoriales.

Paragr.2: Les nouveaux modes de répartition des compétences

Les modalités de répartition des compétences nécessitent l'adoption de certains principes phares qui constituent le ciment de base de cette opération visant par conséquent de réaliser entre les collectivités territoriales différentes une certaine complémentarité et coopération au service du citoyen qui est le même citoyen des trois collectivités (communs, préfecture ou province et région). Il s'agit en premier lieu du le principe de subsidiarité, (A) en suite de l'interdiction d'une tutelle d'une collectivité sur une autre (B) et enfin sur la règle de prééminence de la région. (C)

A. La subsidiarité: le désengagement de l'Etat de certains domaines

Le principe de la subsidiarité est un principe selon lequel chaque territoire et chaque niveau de gouvernance a le devoir d'apporter des réponses spécifiques à des questions communes, tout en nouant des relations fluides et mouvantes entre les institutions.
L'article 140 de la constitution précise que « sur la base du principe de subsidiarité, les collectivités territoriales ont des compétences propres, des compétences partagées avec l'Etat et celles qui leur sont transférables par ce dernier ».
Il s'agit d'un principe fondamental du régime démocratique qui préconise un ordre institutionnel reconnaissant une certaine autonomie dans l'exercice du pouvoir, et dont l'application reste tributaire de la définition des intervenants à chaque stade de développement régional, pour éviter le manque de coordination, l'absence de visibilité et de lisibilité dans la planification, la mauvaise exécution des décisions et la confusion au sein des populations (3172).

((3162)) L'article 91 et 94 de la loi organique n°111-14 précitée.
((3163)) L'article 94 de la loi organique n°111-14 précitée.
((3164)) L'article 91et 94 de la loi organique n°111-14 précitée.
((3165)) L'article 82 et 91 de la loi organique n°111-14 précitée.
((3166)) L'article 94 de la loi organique n°111-14 précitée.
((3167)) Le décret n° 2.16.297 précité, fixe les modalités d'organisation des sessions de formation continue au profit des membres des conseils des collectivités territoriales, leur durée, les conditions pour en bénéficier et la contribution des collectivités territoriales (…).
((3168)) L'article 82 de la loi organique n°111-14 précitée.
((3169)) El Merghadi. (M), « L'action publique locale et l'emploi : Quel rôle pour les collectivités locales ? ». RDE, n°17. 1999. P. 16-17.
((3170)) Baumard. (A), « L'action commune entre collectivités territoriales : la collectivité territoriale chef de file ». Thèse. Université Nantes Angers Le Mans. 2012. P. 10.
((3171)) Harsi. (a), «La libre administration des collectivités territoriales », in Benabdellah (M.A), (ss.dir.de), « La régionalisation avancée ». Revue de DROIT & STRATEGIES DES AFFAIRES AU MAROC (Dossier), n °4, juillet-aout 2015. P. 21.
((3172)) Haddy. (M), « Réflexion sur la région et le développement régional ». P. 106.

De ce fait, la subsidiarité constitue la pierre angulaire de l'organisation territoriale du Royaume et le fondement d'une gestion moderne, qui cherche la conciliation entre la démocratie et l'espace, et souligne les dimensions libérales et de solidarité en laissant aux individus et aux communautés mineures ou inférieures ce qu'ils peuvent faire avec leur propre labeur (3173).

En cherchant à mettre en place des structures capables de bien gérer les besoins de leurs habitants, le législateur organique a opté pour une répartition des compétences ne laissant guerre la place à la confusion. De ce fait, il a veillé à une détermination claire des domaines de compétences partagées et transférables de l'Etat aux collectivités territoriales, fondée sur le principe de subsidiarité (3174).

La consécration décisive (3175) du principe de subsidiarité par le législateur tend à répondre aux problématiques de base qui touchent le fondement des territoriales et qui ne manquera pas de rejaillir sur les principes mêmes de détermination des compétences décentralisées (3176).

Les trois lois organiques relatives aux collectivités territoriales semblent se mettre d'accord sur la méthode attributive comme moyen de répartition des compétences, et dont le principe de subsidiarité s'avère le fondement de base, qui confère aux collectivités territoriales le soin de prendre les décisions adéquates à leur échelon territorial et d'accomplir des missions qui semble n'être pertinente que pour cet échelon et qui n'ont pas fait l'objet d'une consécration ni constitutionnelle ni législative pour les autres échelons territoriaux.

La concrétisation du principe de subsidiarité par la loi organique relatives aux régions illustre le désengagement relatif de l'Etat (3177) en faveur de la région notamment pour certaines matières d'une grande importance, tel que : le développement économique régional, l'aménagement du territoire, la formation continue et l'emploi (3178). De ce fait la collectivité régionale devient par le biais de ce principe une des suppléantes de l'Etat (3179), mais il ne s'agit pas d'un retrait total de l'Etat en faveur de cette entité, l'Etat se préserve les fonctions les plus importantes et continue de jouer son rôle de régulateur et de contrôleur.

D'autre part, ce principe s'impose comme une norme de contrôle(3180), dans la mesure où il peut servir comme fondement d'une part, dans les avis de la Cour constitutionnelle, lorsqu'il s'agit d'une mauvaise appréciation du législateur qualifiée d'une « erreur manifeste d'appréciation», et d'autre part dans les jugements du tribunal administratif lorsqu'il s'agit d'une mauvaise interprétation donnant lieu au conflit de compétences entre les collectivités territoriales ou entre une collectivités et l'Etat.

De ce fait, le principe de subsidiarité offre aux collectivités territoriales la possibilité d'exercer, avec une latitude étendue, des compétences pour lesquelles la loi, volontairement lacunaire, aurait tacitement manifesté l'intention de leur conférer une investiture générale (3181).

Ce principe met toutes les entités publiques dans la même sphère, que ce soit les différentes collectivités territoriales ou l'Etat, puisqu'elles sont soumises aux mêmes principes juridiques, et c'est dans cette même sphère que l'Etat se désengage de plus en plus pour laisser place à la région qui s'impose de plus en plus, et permet par conséquent la constitution d'une substance des compétences locales et du pouvoir local (3182).

((3173)) Alami. (M. Mchiche), « Région+Démocratie=Développement ». Ed. Fondation Sidi Mchiche Alami.1ère édition. 1997.P.24.

((3174)) -L'article 94 de la loi organique n°111-14 précité.
-L'article 90 de la loi organique n°113-14…précitée. P 273.

((3175)) Melloni. (D), « Printemps arabe et démocratie territoriale : le renouveau marocain »…précité. P. 55.

((3176)) Ba Mohammed. (N), «Les enjeux constitutionnels et politiques de la décentralisation territoriales à la lumière du nouveau constitutionnalisme marocain »…précité. p. 115.

((3177)) Mecherfi. (A), « Les collectivités territoriales dans la Constitution marocaine », op cité. p105.

((3178)) L'article 80, 81,82, 88 et 91 de la loi organique n°111-14 précitée.

((3179)) Alaoui. (Abdelali Darif), « Les régions : locomotives de développement et de démocratisation ». Le journal « Le Temps », n° du 23 au 29 octobre 2015. P. 20.

((3180)) Melloni. (D), « Printemps arabe et démocratie territoriale : le renouveau marocain », op cité. P 56.

((3181)) بوجيدة محمد: "تداخل اختصاصات الدولة و الجماعات المحلية بين القانون و الممارسة" م.س.ص. 67-73

((3182))Auby. Jean-Bernard, « La décentralisation et le droit. Editeur: LGDJ,Collection : Systèmes Parution : 24/01/2006.

La subsidiarité demeure la solution la plus adéquate pour résoudre les problèmes de chevauchement et enchevêtrement de compétences dans lesquelles ruiner les collectivités locales, en recherchant le niveau le plus pertinent pour l'exercice des missions et attributions d'intérêt général, la détermination des responsabilités entre les différentes collectivités publiques est de nature à garantir une complémentarité des rôles de tous les acteurs [(3183)].

Le principe de subsidiarité adopté par notre pays, a franchi le pas vers une gestion démocratique des collectivités territoriales, qui jette la lumière sur les réalités et les désirs des populations [(3184)], en essayant de trouver les meilleures solutions pour réaliser leur développement territorial.

En fait, la réponse aux besoins des citoyens est le résultat de la participation de l'ensemble des acteurs dans la prise de décision que ce soit les collectivités territoriales, l'Etat, la société civile, le secteur privé, qui désormais sous l'égide de la constitution et les lois organiques relatives aux collectivités territoriales sont devenues les acteurs des politiques publiques territoriales.

La subsidiarité fixe les limites entre les principes générateurs régissant l'organisation territoriale du Royaume, il veille à ce fait au respect du principe de l'unité de l'Etat, en garantissant la compétence d'attribution aux collectivités territoriales par le biais d'une simple habilitation législative et dont l'exercice est assurée par le pouvoir réglementaire local, et en garantissant une liberté de gestion et une autonomie inédite et intangible, ainsi qu'une compétence générale dans l'exercice de leurs missions[(3185)].

Donc, il s'avère bien que ce principe constitue en droit administratif un instrument déterminant de la démocratie territoriale à travers lequel les citoyens locaux décident pleinement des questions qui les concernent au premier plan.

B. L'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre: une contribution à la préservation de l'identité des collectivités territoriales

La relation entre l'Etat et les collectivités locales a été longtemps animée par le désir de conférer une certaine liberté à ces entités, mais ce désir était marqué par le souci de préservation de la sécurité de l'Etat. De ce fait, le désistement de l'Etat de céder ces libertés aux collectivités été entachée par la tutelle excessive sur les décisions de ces entités. Aujourd'hui Le principe classique de gestion démocratique semble franchir une nouvelle ère avec sa consolidation par le principe de la libre administration, en s'unissant ils constituent le fondement de base des libertés locales.

La prise en conscience des problématiques de libertés locales a déclenché la demande sans cesse de l'autonomie de ces entités vis-à-vis du pouvoir central. Toutefois, l'accroissement de cette autonomie ainsi et que celles des compétences conférées auxdites collectivités, peut remettre en cause tous les efforts mis en place par les pouvoirs publics pour en assurer cette autonomie, peut donner lieu à un autre type de tutelle d'une collectivité sur une autre.

Le principe de l'autonomie locale vise l'exclusion de toute forme de tutelle, ni de la part de l'Etat ni de la part de toutes autres entités publiques, il constitue donc le fondement essentiel pour préserver la liberté de gestion de la collectivité concernée.

La constitution a trouvé une réponse à la problématique touchant la liberté de gestion des collectivités locales, elle précise dans son article 143 : « qu'aucune collectivité ne peut exercer de tutelle sur une autre », il s'agit d'une innovation importante qui fait de la liberté de gestion des collectivités territoriales une garantie constitutionnelle interdisant à aucune collectivités de s'immiscer dans les affaires d'une autre.

Ce même article confirme dans son 2ème alinéa que la prééminence, que la région est appelée à assurer

---

P. 84.

((3183)) Boujida. (M), « Quelques éléments d'analyse du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales marocaines », in A. Mecherfi (ss.dir.de), « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales : Etude comparée ». Actes des Xème journées maghrébines de droit, organisées par le réseau des juristes Maghrébins (REJMA). Imprimerie Al Maârif Al Jadida. Rabat. 17-18 Avril 2015. P. 17177.

((3184)) Rousset. (M), « L'administration marocaine, son droit et son juge. P. 161.

((3185)) Melloni. (D), « Printemps arabe et démocratie territoriale : le renouveau marocain « , op cité. P. 57.

dans l'élaboration et le suivi du programme de développement régional et du schéma régional d'aménagement du territoire, doit nécessairement veiller au respect des compétences propres des autres collectivités territoriales.

Dans le même sens, la loi considère que ces collectivités territoriales sont égales et chacune dispose d'une sphère de compétences sur son champ territorial. A cet effet, la loi organique relative aux régions se réfère à l'article 143 précité, et confirme la prééminence de la région par rapport aux autres collectivités dans l'élaboration, l'exécution et le suivi des programmes de développement (…) et dans le respect des compétences propres de chacune d'elles [(3186)].

Il faut noter que l'article 6 de loi n°47-96 relative la région précisait que : « le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région, et à cet effet, décide des mesures à prendre pour lui assurer son plein développement économique, social et culturel, et ce dans le respect des attributions dévolues aux autres collectivités locales ».

Et complète à cet effet son article 2 que « la coopération interrégionale ou avec d'autres collectivités locales ne peut avoir pour conséquence, l'établissement d'une tutelle d'une collectivité sur une autre ».

De ce fait, l'ancienne charte régionale bien qu'elle encourageât la coopération entre les régions, n'autorisait aucune forme de hiérarchie et de supériorité entre ces collectivités [(3187)]. Donc il s'agit d'une disposition qui a vu le jour en 1997 et qui n'a fait l'objet d'une protection constitutionnelle que sous l'égide de la nouvelle constitution.

Il apparait donc, que les carences en matière de développement créent le recours à la coopération entre les collectivités territoriales en vue d'assurer une efficience et une bonne satisfaction des besoins de la population locale [(3188)]. Ce recours est toléré pour lutter contre les inégalités de puissances et des moyens financiers entre les niveaux territoriaux, toutefois, il peut créer une certaine dépendance ou même une sorte de tutelle vis-à-vis de la collectivité qui dispose de richesses.

Toutefois, la constitution est venue pour poser les limites entre les actions des collectivités territoriales dans la mesure où chacune garde ses limites sans s'imposer sur l'autre.

Ce qui reflète, le souci de mettre en place un équilibre entre le respect de l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur l'autre et la nécessité de coordination dans certaines matières [(3189)], dont le caractère hybride est plus que patent.

C. la reconnaissance juridique de la prééminence de la région

La région en tant collectivité territoriale du premier rang est investi de certaines prérogatives par rapport aux autres collectivités dans la nouvelle réforme, il s'agit en premier lieu de la règle de la prééminence qui est consacré par la constitution qui précise dans son article 143 que: « Dans l'élaboration et le suivi des programmes de développement régionaux et des schémas régionaux d'aménagement des territoires, la région assure, sous la supervision du président du conseil de la région, un rôle prééminent par rapport aux autres collectivités territoriales ».

En dépit de la reconnaissance de la prééminence de la région pour la première fois par la constitution, il n'en demeure pas moins que l'ancienne charte régionale met implicitement l'accent sur le rôle prééminent de la région par rapport aux autres collectivités territoriales, rien que la lecture du préambule de la loi n° 47-96 sur la région énonce que « la création de la région conforte la décentralisation non seulement en instituant une nouvelle collectivité locale (…), mais également, en

((3186)) L'article 5 de la loi organique n°111-14…précitée. P. 198.

((3187)) Mecherfi. (A), «Les collectivités territoriales dans la Constitution marocaine », in A. Mecherfi (ss.dir.de), « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales…précité. p. 95. Gelin-Racinoux. (L), « La fonction de chef de file dans la loi du 13 aout 2004 ». AJDA 12 février 2007. P. 283. Turpin. (D), « Les nouvelles compétences des régions », AJDA, 15 septembre 2008.p. 1653 et s. Auby (J.F), « La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ? ». AJDA. 1984. P. 419.

((3188)) Zair. (T), « La notion constitutionnelle de prééminence de la région ». REMALD, numéro double 112-113, septembre-décembre 2013.p. 33. Turpin. (D), « Les nouvelles compétences des régions » p. 1653.

((3189)) Bouet. (J.B), « L'administration décentralisée du territoire ; choix et perspectives ouverts sous la cinquième République », Thèse, Université d'Angers, 2006, p. 365-367.

mettant au service de la régionalisation toutes les potentialités que recèle la déconcentration». Mais les promesses contenues dans le préambule étaient tout à fait en contradiction avec la réalité contenue dans la charte et qui laissait surgir une tutelle excessive.

La prééminence constitutionnelle de la région est à la fois de nature sémantique et organique [(3190)]. Sémantique, dans la mesure où cette prééminence est ressentie dès le titre neuf de la constitution qui est intitulé « Des régions et des autres collectivités territoriales ».

La prééminence de la région apparait chaque fois que les collectivités territoriales sont citées, cette version donnant la première place à la région comme entité territoriale par rapport aux autres est utilisée par le constituant seize fois, et ce en raison purement symboliques tes que, l'envergure du territoire régional par rapport aux autres collectivités qui font part de celle-ci, et sur me plan fonctionnel il s'avère qu'elle représente l'espace le plus adéquat pour l'élaboration et l'exécution des politiques publiques territoriales.

Sur le plan organique, la région est représentée au sein de la chambre des conseillers, par le un tiers des 3/5 des membres représentant les trois collectivités territoriales jusqu'à que certains juristes l'ont nommé la chambre des régions [(3191)].

D'autre part, il faut noter que la loi organique relative aux régions, a repris textuellement les dispositions de l'article 143 de la constitution, en précisant dans son article 5 que « la région assure un rôle prééminent par rapport aux autres collectivités territoriales dans l'élaboration, l'exécution et le suivi des programmes de développement régional et des schémas régionaux d'aménagement du territoire, dans le respect des compétences propres des autres collectivités territoriales.

Les pouvoirs publics concernés sont tenus de prendre en compte la prééminence de la région indiquée dans l'alinéa ci-dessus ».

De ce fait, la consécration de la prééminence de la région par rapport aux autres collectivités territoriales est conçue non seulement comme une solution des problèmes de chevauchement des compétences hérités des lois de la décentralisation, mais également comme l'objet d'une restructuration permanente de la notion du territoire [(3192)].

Mais il faut noter que cette prééminence n'est accordée à la région que dans l'élaboration l'exécution et le suivi des programmes de développement, puisque cette entité est supposée être le laboratoire principal de la confection des projets de grande envergure qui peuvent intéressés les trois collectivités, ce qui donne à celle-ci le droit d'avoir le soin de décider et d'élaborer les politiques publiques territoriales cohérentes pour l'ensemble du territoire.

Cela dit que la région comme entité territoriale dispose d'un pouvoir de décision dans les matières qui sont de nature régional et qui relèvent de son territoire.

La prééminence constitue l'un des mécanismes pratiques et matériels[(3193)] qui vise la modernisation de l'action territoriale sous l'égide d'une régionalisation avancée illustrant ainsi, l'impulsion du Maroc vers un modèle de développement régional progressif et définitif[(3194)] visant à réorienter les relations entre l'Etat et de la région vers le partenariat, l'assistanat, puisque dans les différents échelons territoriales c'est qui en a le dernier mot par rapport aux autres collectivités, ce qui peut déclencher des questions autour de la place de cette entité dans l'architecture étatique, qui demeure de plus en plus renforcée jusqu'à limiter toute puissance de l'Etat[(3195)].

((3190)) El Yaâgoubi. (M), « Les fondements constitutionnels de la décentralisation et de la régionalisation avancée »… précité. P. 58-59.

((3191)) El Ghazi. Sobhallah, « Problématique de la situation de la seconde chambre du Parlement ».

((3192)) Deberre. Jean-Christophe, « Décentralisation et développement local » https://shs.cairn.info/revue-afrique-contemporaine1-2007-1-page-45?lang=fr

((3193)) Zair. (T), « La notion constitutionnelle de prééminence de la région »… précité. P. 27.

((3194)) Qazbir. (H), « Les progrès de la régionalisation au Maroc ». P. 529.

((3195)) Haddy. (M), « Réflexion sur la région et le développement régional »… précité. P. 98.

Conclusion

L'édification de la région en tant que collectivité territoriale décentralisation constitue un choix stratégique tourné vers l'avenir. Ainsi, une étape importante a été franchise avec l'adoption de la nouvelle organisation régionale.

La régionalisation avancée, véritable chantier stratégique, est au cœur des préoccupations de toutes les politiques publiques nationales. Son ambition première consiste à stimuler le développement équitable et équilibré de tous les territoires, à promouvoir le développement social et à garantir la décentralisation et le transfert de compétences.

En effet, l'article 140 de la Constitution du Royaume stipule que "Sur la base du principe de subsidiarité, les collectivités territoriales ont des compétences propres, des compétences partagées avec l'État et celles qui leur sont transférables par ce dernier. Les régions et les autres collectivités territoriales disposent, dans leurs domaines de compétence respectifs et dans leur ressort territorial, d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs attributions".

Ainsi, la régionalisation avancée apportera sans nul doute une contribution déterminante au développement économique et social du Maroc et stimulera la mise en place des politiques publiques qui constituent la clé de voûte du développement de l'école marocaine.

Références :

- El Yaâgoubi. (M), « La nouvelle conception du rôle du conseil communal à la lumière de la loi n°78.00 », in « Réflexion sur la démocratie locale au Maroc », Imprimerie El Maârif Al Jadida. Rabat. 2007. P. 92. Harsi. (A), « Gestion locale et principe de subsidiarité au Maroc », in « Institutions et forces politiques au Maroc (Aspects constitutionnels et administratifs généraux) ». Imprimerie. Info-Print. Fès. 2007.
- Melloni. David, « Printemps arabe et démocratie territoriale : le renouveau marocain »
- Moreau. (J), « Administration régionale, départementale et municipale ». DALLOZ-Mémento. 11e édition. 1995.
- Harsi. (A), « La gouvernance locale au Maroc entre la décentralisation et la déconcentration ». REMALD. Série « Thèmes actuels ». n°46. 2004.
- El Merghadi. (M), « L'action publique locale et l'emploi : Quel rôle pour les collectivités locales ? ». RDE, n°17. 1999.
- Baumard. (A), « L'action commune entre collectivités territoriales : la collectivité territoriale chef de file ». Thèse. Université Nantes Angers Le Mans. 2012.
- Harsi. (a), «La libre administration des collectivités territoriales », in Benabdellah (M.A), (ss.dir.de), « La régionalisation avancée ». Revue de DROIT & STRATEGIES DES AFFAIRES AU MAROC (Dossier), n °4, juillet-aout 2015.
- Haddy. (M), « Réflexion sur la région et le développement régional » REMALD n° 54-55 2004, janvier-avril .
- Alami. (M. Mchiche), « Région+Démocratie=Développement ». Ed. Fondation Sidi Mchiche Alami.1ère édition. 1997.
- Ba Mohammed. Najib, «Les enjeux constitutionnels et politiques de la décentralisation territoriales à la lumière du nouveau constitutionnalisme marocain ».
- Mecherfi. (A), « Les collectivités territoriales dans la Constitution marocaine »,
- Alaoui. (Abdelali Darif), « Les régions : locomotives de développement et de démocratisation ». Le journal « Le Temps », n° du 23 au 29 octobre 2015.
- Auby. Jean-Bernard, « La décentralisation et le droit. Editeur : LGDJ,Collection : Systèmes Parution : 24/01/2006
- Boujida. (M), « Quelques éléments d'analyse du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales marocaines », in A. Mecherfi (ss.dir.de), « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales : Etude comparée ». Actes des Xème journées maghrébines de droit, organisées par le réseau des juristes Maghrébins (REJMA). Imprimerie Al Maârif Al Jadida. Rabat. 17-18 Avril 2015.

- Rousset. (M), « L'administration marocaine, son droit et son juge. Contribution à la doctrine marocaine de droit public 1965-1995. Editeur : Marrakech : Pumag. 1995
- Mecherfi. (A), «Les collectivités territoriales dans la Constitution marocaine », in A. Mecherfi (ss.dir.de), « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales.
- Auby (J.F), « La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ? ». AJDA. 1984.
- Zair. (T), « La notion constitutionnelle de prééminence de la région ». REMALD, numéro double 112-113, septembre-décembre 2013.p. 33. Turpin. (D), « Les nouvelles compétences des régions »
- Bouet. (J.B), « L'administration décentralisée du territoire ; choix et perspectives ouverts sous la cinquième République », Thèse, Université d'Angers, 2006,
- El Yaâgoubi. (M), « Les fondements constitutionnels de la décentralisation et de la régionalisation avancée »
- Deberre. Jean-Christophe, « Décentralisation et développement local ».. https://shs.cairn.info/revue-afrique-contemporaine1-2007-1-page-45?lang=fr
- Qazbir. (H), « Les progrès de la régionalisation au Maroc ».
- La loi organique n°111-14 relative aux régions B.O N° 6440 du 09 Joumada I 1437 (18 Février 2016) .
- Le décret n° 2.16.297 précité, fixe les modalités d'organisation des sessions de formation continue au profit des membres des conseils des collectivités territoriales, leur durée, les conditions pour en bénéficier et la contribution des collectivités territoriales (…)

Sécurité et Intelligence artificielle : Du défi à l'alliance

Karim SEFFAR

Enseignant-chercheur

Département de droit privé

Laboratoire Droit, Société et Systèmes Comparés

F.S.J.E.S Ain Chock

Université Hassan II de Casablanca

Soufiane MOUHSSINE

Doctorant en droit privé

Laboratoire Droit, Société et

Systèmes Comparés

F.S.J.E.S Ain Chock

Université Hassan II de Casablanca

Résumé - Les avancées technologiques récentes des systèmes d'intelligence artificielle (IA) ont entraîné des progrès majeurs, mais aussi des préoccupations sécuritaires légitimes, nécessitant une régulation adaptée. À mesure que ces systèmes s'intègrent davantage dans notre quotidien, la coordination entre leur sécurité technique et juridique devient une nécessité pour garantir leur fiabilité et instaurer la confiance indispensable à leur adoption généralisée. Ainsi, l'objectif de cet article est d'examiner les implications du développement de l'IA pour la sécurité, tant juridique que technique, de disséquer leur intersection, car l'IA et la sécurité évolueront désormais en tandem, et enfin de formuler des recommandations pour concilier progrès technologique et encadrement juridique, assurant ainsi stabilité et confiance légitimes. L'approche méthodologique adoptée est interdisciplinaire, puisant dans des concepts et des connaissances issus du droit, des sciences sociales et de l'informatique. L'analyse conclut que la sécurité technique ne constitue pas seulement une condition du bon fonctionnement des systèmes d'IA, mais aussi un préalable indispensable à l'établissement d'un environnement juridique sûr et prévisible, rassurant tant les utilisateurs que les législateurs.
Mots clés : *Sécurité ; Intelligence artificielle ; Régulation ; Normes ; Technique ; Juridique.*

Security and Artificial Intelligence: From Challenge to Alliance

Abstract – Recent technological advancements in artificial intelligence (AI) systems have led to significant progress, but also to legitimate security concerns, necessitating appropriate regulation. As these systems become increasingly integrated into our daily lives, the coordination between their technical and legal security has become essential to ensure their reliability and to foster the trust required for their widespread adoption. Thus, the purpose of this article is to examine the implications of AI development for both legal and technical security, to dissect their intersection, as AI and security will now evolve in tandem, and ultimately to formulate recommendations for reconciling technological progress with legal oversight, thereby ensuring legitimate stability and trust. The adopted methodological approach is interdisciplinary, drawing from concepts and knowledge derived from law, social sciences, and computer science. The analysis concludes that technical security is not only a condition for the proper functioning of AI systems, but also a prerequisite for establishing a safe and predictable legal environment that reassures both users and legislators.
Keywords: *Security; Artificial Intelligence; Regulation; Standards; Technical; Legal.*

Introduction

« *La technologie génère sa propre insécurité* 3196 »

Les avancées technologiques récentes des systèmes d'intelligence artificielle (IA) ont engendré des progrès significatifs, mais également des inquiétudes légitimes en matière de sécurité3197. Le développement, le déploiement et l'utilisation intensive de ces systèmes mettent en lumière l'impératif d'assurer à la fois une sécurité juridique et technique, considérée comme le préalable indispensable pour établir un environnement juridique fiable3198 et rassurant pour les utilisateurs et les législateurs. Bien que ces nouvelles technologies soient puissantes, elles demeurent terriblement vulnérables et dangereuses3199. Pour cette raison, leur résurgence dans le débat public s'est accompagnée d'une montée des préoccupations quant à leur impact sur le droit en général et sur la sécurité juridique en particulier3200.

Dans ce contexte, il n'est donc pas surprenant qu'en 2022, l'ONU ait appelé à un moratoire sur certaines utilisations d'IA3201, en raison des risques très sérieux qu'elle représente pour les droits des individus. De même, en mars 2023, des sommités du secteur technologique ont demandé un moratoire sur le développement d'IA3202, afin de permettre l'élaboration de règles juridiques et de protocoles de sécurité adaptés à la conception et au développement de cette technologie. Sans de telles mesures, la poursuite effrénée du développement des outils d'IA risque de rendre cette technologie insaisissable pour le droit3203, engendrant ainsi une insécurité juridique et technique3204. Mais avant toute analyse, il est indispensable d'élucider la confusion terminologique qui hante le domaine d'IA. Souvent désignée par un terme unique, l'intelligence artificielle recouvre en réalité une multitude de technologies distinctes qu'il est difficile de définir avec précision. Des expressions telles que *algorithmes d'apprentissage automatique*, *réseaux neuronaux*, *systèmes experts*, *agents intelligents*, *modèles prédictifs* sont autant d'appellations utilisées tour à tour pour représenter des technologies très différentes, mais souvent regroupées sous le vocable générique d'intelligence artificielle. Cette diversité contribue à faire de l'IA une sorte de « mythe moderne »3205, une technologie à la fois omnipotente et insaisissable.

3196 Bertrand WARUSFEL, « Technologies et sécurité : réguler pour reprendre le contrôle », Cahiers de la sécurité et de la justice : revue de l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, 2021, p. 254.
3197 Geoffroy HERMANN, « IA et cybersécurité : une boucle émergente de rétroactions », *Revue Défense Nationale*, 2019/6 N° 821, 2019, p. 133.
3198 Miles BRUNDAGE, "Toward Trustworthy AI Development: Mechanisms for Supporting Verifiable Claims", ArXiv, 2020, https://arxiv.org/abs/2004.07213.
3199 Jérôme DENIS, « L'informatique et sa sécurité. Le souci de la fragilité technique », Réseaux : communication, technologie, société, 2012, 30 (171), p.163.
3200 Stanislas RENONDIN DE HAUTECLOCQUE, « L'intelligence artificielle : les différents chemins de la régulation », *Éthique publique*, vol. 23, n° 2, 2021, en ligne depuis le 23 Février 2022, consulté le 17 Octobre 2024.
3201 Le Haut-Commissariat de l'ONU aux droits de l'homme (HCDH) a appelé la communauté internationale à imposer un moratoire sur certains systèmes d'IA, le temps de « mettre en place un dispositif pour protéger les droits humains quant à leur utilisation ».
3202 Dans une lettre ouverte publiée le 29 mars 2023 par le *Future of Life Institute*, plus de 1 100 personnalités éminentes du secteur des technologies ont demandé de suspendre temporairement la recherche sur l'intelligence artificielle, en raison des risques majeurs qu'elle pourrait poser pour la société et l'humanité.
3203 Hervé CAUSSE, *Le droit sous le règne de l'Intelligence Artificielle*, Essai, 2023, p. 202.
3204 Olivier KEMPF, Eloïse BERTHIER, « IA, explicabilité et défense », *Revue Défense Nationale*, 2019/5 N° 820, 2019, p. 73.
3205 Malte ZIEWITZ, "Governing Algorithms: Myth, Mess, and Methods", Science, Technology, & Human Values, 41(1), 2016, p. 3.

La difficulté de donner une définition claire et consensuelle à l'IA est bien notoire, y compris parmi les spécialistes du domaine3206. Pour les besoins de cet article, nous adopterons la définition retenue par le parlement européen dans sa résolution législative sur l'IA3207, qui permet d'encadrer notre réflexion avec des repères communs. Selon l'article 3 du règlement : « *les systèmes d'IA sont des systèmes automatisés conçus pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie, qui peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des données d'entrée qu'il reçoit, la manière de générer des résultats tels que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels* ». Le terme « sécurité », quant à lui, trouve ses racines dans le latin "securitas", évoquant l'absence de soucis, la tranquillité d'esprit, dérivé lui-même de "securus", signifiant exempt de soucis, dépourvu de crainte, et en paix[3208]. Ainsi, la sécurité se définit comme la propriété de ce qui ne génère pas de danger, créant un environnement où les individus ou les entités ne sont pas exposés à des événements critiques ou à des risques divers tels que les défaillances, les accidents, les agressions physiques ou le vol. Ce concept est étroitement lié aux notions de risque, de protection, de prévention et de confiance, constituant ainsi un socle pour la stabilité et le bon fonctionnement de toute société ou système3209.

Dans le cadre de cet article, nous examinerons principalement deux aspects interdépendants de la sécurité : la sécurité juridique et la sécurité technique, que nous expliciterons plus en détail par la suite. Il est surprenant de constater que peu d'auteurs se sont penchés sur la relation entre la sécurité et l'intelligence artificielle, et qu'il n'existe pratiquement pas de travaux juridiques spécifiquement consacrés à ce sujet. Certaines études ne l'abordent que brièvement, se limitant à traiter des questions purement techniques, négligeant ainsi les dimensions juridiques. Ce travail vise à combler cette lacune, tout en invitant à réfléchir à la vaste notion de sécurité, qu'elle soit juridique, technique, fonctionnelle ou opérationnelle et à identifier les principaux défis menaçant son intégrité. Pour ce faire, nous concentrerons notre attention sur la problématique suivante : **dans quelle mesure le déploiement et l'utilisation croissante de l'intelligence artificielle remettent-ils en question les fondements de la sécurité, et quelles mesures peuvent être envisagées pour harmoniser le progrès de l'IA avec la préservation d'un cadre juridique fiable et protecteur ?** Pour répondre à cette problématique, et offrir une vision globale et nuancée des interactions inextricables entre la sécurité et l'intelligence artificielle, nous examinerons, dans un premier temps, la relation entre l'IA et la sécurité juridique **(1)**, avant d'aborder, dans un deuxième temps, de manière concrète, la relation entre l'IA et la sécurité technique **(2)**.

3206 Conseil de l'Europe, « A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework », DGI, 2019/05, p. 16.

3207 Résolution législative du Parlement européen du 13 mars 2024 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle).

3208 Dictionnaire de l'Académie française, 9e édition.

3209 Dario AMODEI, et al, "Concrete Problems in AI Safety", *ArXiv*, 2016, https://arxiv.org/abs/1606.06565. Consulté le 17 Oct. 2024.

1- Sécurité juridique et intelligence artificielle

À première vue, l'on pourrait postuler l'existence d'une incompatibilité entre la sécurité juridique3210, impérieuse pour assurer la stabilité et la prévisibilité du droit, et l'intelligence artificielle, dont l'évolution est caractérisée par sa dynamique parfois imprévisible. Cependant, une analyse plus approfondie, révèle une relation plus complexe. La sécurité juridique ne se limite pas à une immuabilité rigide, mais englobe également la capacité d'adaptation et de réactivité du système juridique aux évolutions sociétales et technologiques. De même, l'intelligence artificielle, bien que porteuse de défis et de changements rapides et disruptifs **(1.1)**, peut être encadrée par des dispositifs juridiques appropriés, permettant ainsi de concilier innovation et stabilité juridique. Ainsi, loin de s'exclure mutuellement, la sécurité juridique et l'intelligence artificielle peuvent converger vers un équilibre, favorisant une régulation adaptée aux défis contemporains **(1.2)**.

1.1. Enjeux de la sécurité juridique à l'ère de l'IA

La sécurité juridique, selon les termes de Jean Carbonnier, est un « besoin juridique élémentaire »3211, constituant le fondement même du Droit **(1.1.1.)**. Ce besoin, déjà fondamental, devient de plus en plus pressant à mesure que le paysage juridique s'efforce de s'adapter aux nouvelles réalités induites par l'intelligence artificielle **(1.1.2.)**.

1.1.1. La sécurité juridique : un idéal à atteindre

Le principe de sécurité juridique, initialement à l'époque de la Rome antique3212 et ensuite consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) et la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), a été graduellement intégré dans différents ordres juridiques nationaux. À travers les époques et dans tous les systèmes juridiques, la sécurité juridique a été et demeure une préoccupation centrale3213, « *de tous côtés, on entend parler de sa nécessité, des manques du droit scruté à l'aune de ses exigences, des réformes qu'il conviendrait de promouvoir pour la rendre plus effective. On l'invoque à tout propos, on lui consacre des articles passionnés (...) Professeurs, juges, avocats ou politiques, ont les yeux de Chimène pour la sécurité juridique* »3214. Bien que son achèvement absolu semble impossible, elle doit demeurer un objectif louable vers lequel les systèmes juridiques doivent tendre3215, sans pour autant jamais vouloir l'atteindre3216.

Cette notion, qui « *irrigue l'ensemble du droit* »3217 et qui constitue une des valeurs indispensable à l'existence de tout État de droit3218, se définit comme « *l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation* »3219.

Elle englobe trois impératifs fondamentaux :

3210 Jean-Baptiste THOMAS-SERTILLANGES, « Droit et Technologies : concilier l'inconciliable : Réflexions épistémologiques pour un droit des libertés technologiques », Les Cahiers du numérique, 10, 2014, p. 23.
3211 Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, éd. LGDJ, 1992, p. 172.
3212 Dominique SOULAS DE RUSSEL, Philippe RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », Revue Internationale de Droit Comparé, 2003, p. 85.
3213 Jean-Louis BERGEL, « La Sécurité Juridique », Revue du notariat, vol 110(2), 2008, p. 273.
3214 Manuel DELMARRE, « La sécurité juridique et le juge administratif français», AJDA, N°4, 2004, p.186.
3215 Charlotte LEMIEUX, « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste », dans Droit contemporain, Cowansville (Québec), Les Editions Yvon Blais, 1998, p. 503.
3216 Guillaume VALDELIÈVRE, « La sécurité juridique : Le point de vue de l'avocat », Titre VII 2020/2 (N° 5), Éditions Conseil constitutionnel, 2020, p. 12.
3217 Antoine CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », Recueil Dalloz, n°37/7090, 2002, p. 2814.
3218 Laurent LEVENEUR, préface, thèse de Thomas PIAZZON, La sécurité juridique, Défrénois, coll. Doctorat et Notariat, t. 35, 2009, p. 5.
3219 Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, Thèse, Paris, Université Paris II, 2006.

- L'accessibilité matérielle (accessibilité *au* droit) et intellectuelle (accessibilité *du* droit) de la règle de droit assurant à la fois sa clarté et son intelligibilité par une formulation précise, compréhensible et non équivoque et en évitant la profusion et la complexité, et aussi la communication et la publication de ces règles ;
- La stabilité des droits et des situations individuelles ;
- La prévisibilité des normes de sorte que l'on puisse prévoir la solution des situations juridiques et compter sur elle, grâce à des moyens de contraintes garantissant la réalisation des droits3220.

Par le respect de ces trois impératifs, la confiance des citoyens envers les institutions et la stabilité des relations sociales et économiques s'instaurent. Elle permet aux individus et entreprises de prévoir les conséquences de leurs actions, assurant ainsi l'ordre et la sécurité. Elle protège également son corollaire, la confiance légitime, qui préserve la stabilité des situations établies et limite les effets négatifs des changements réglementaires3221. Comme le souligne la doctrine, « *la sauvegarde de la sécurité juridique constitue un gage de stabilité pour la société [...] et conditionne l'exercice des droits des citoyens ainsi que le développement économique* »3222. De plus, la sécurité juridique est un rempart contre l'arbitraire et l'opportunisme juridique. Là où elle fait défaut, « *il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision et les pires injustices se multiplient avec le désordre* »3223, rendant impossible la réalisation d'un véritable progrès sociétal. C'est précisément en raison de ces multiples enjeux qu'elle a été depuis toujours un idéal à atteindre, vers lequel tout système juridique doit inlassablement tendre, même si son accomplissement absolu reste inatteignable. Néanmoins, ce principe est désormais mis à l'épreuve et compromis par les nouvelles réalités introduites par les systèmes d'intelligence artificielle.

1.1.2. La sécurité juridique : un principe à défendre

Depuis l'avènement de l'IA jusqu'à nos jours, son expansion et son omniprésence redéfinissent continuellement les contours du paysage juridique à travers l'apparition de nouvelles situations inédites auxquelles le droit doit faire face. De la capacité de l'IA à créer du contenu et à rédiger des livres à son rôle d'agent pouvant causer des dommages qui sont civilement et/ou pénalement punissable, en passant par sa compétence à conclure des contrats intelligents, les applications de l'IA se multiplient et se diversifient. Ces nouvelles réalités présentent des défis pour le principe de sécurité juridique dans ses trois composantes :

- Premièrement, en ce qui concerne l'accessibilité du droit, il convient de distinguer deux situations. Dans les pays dotés d'une législation sur l'IA3224, l'introduction normative de celle-ci engendre une complexité qui complique la compréhension et l'interprétation des lois et réglementations, en raison de leur technicité3225. Cette complexité peut rendre les règles juridiques opaques et moins accessibles pour les citoyens, et parfois même pour les experts. Pour remédier à cette insécurité, il est essentiel d'améliorer l'accessibilité matérielle et intellectuelle du droit, en renforçant sa clarté et son intelligibilité. D'autre part, dans les pays dépourvus de législation spécifique sur l'IA, qui sont nombreux, l'insécurité juridique découle de l'absence même de cadre réglementaire, créant ainsi un vide juridique et des incertitudes concernant les droits et obligations des parties impliquées dans des situations liées à l'IA. Pour traiter cette insécurité, il est nécessaire d'adopter des règles qui réglementent l'utilisation de l'intelligence artificielle.

3220 Jean-Louis BERGEL, *Op. cit.*, p. 30.
3221 Roseline MARILLER, « La sécurité juridique : un concept européen multiforme », Revue du notariat, 110(2), 2008, p 465.
3222 Éric CEVAER et Cécile DAVÈZE, La sécurité juridique : un défi authentique, 111ème congrès des notaires de France de 2015, p. 10.
3223 Georges RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n°50, p.154.
3224 Plusieurs pays ont déjà mis en place des réglementations concernant l'IA, notamment l'Union européenne, les États-Unis, le Canada, la Chine, le Royaume-Uni, Singapour, la France, l'Allemagne, le Japon et la Corée du Sud…etc.
3225 Bilel BENBOUZID, Dominique CARDON, « Machines à prédire », Réseaux, 2018/5 n° 211, 2018, p. 13.

- Deuxièmement, en ce qui concerne la stabilité du droit, l'évolution rapide de la technologie de l'IA pose un défi à la capacité du système juridique à maintenir des règles cohérentes et prévisibles dans le temps. Les avancées rapides et disruptives dans le domaine de l'IA poussent le droit dans ces retranchements, soulèvent des questions morales, juridiques et éthiques complexes3226 et peuvent rendre obsolètes les réglementations existantes. Cela nécessite des mises à jour constantes pour refléter les nouvelles réalités technologiques.
- Troisièmement, en ce qui concerne la prévisibilité des normes juridiques, l'utilisation croissante de l'IA pour prendre des décisions autonomes soulève des défis quant à la capacité des individus à anticiper les conséquences juridiques de leurs actions. Par exemple, les contrats intelligents basés sur l'IA peuvent introduire des éléments d'automatisation qui rendent difficile la prévision des résultats juridiques en cas de litige. Cette incertitude peut compromettre la confiance des individus dans le système juridique et entraver l'application efficace des lois. L'IA peut introduire des éléments d'incertitude en raison de sa complexité et de sa capacité à générer des résultats imprévus. Les décisions prises par les systèmes d'IA peuvent être difficiles à anticiper et à comprendre, ce qui compromet la capacité des individus et des organisations à prédire les conséquences de leurs actions.

1.2. Réformes juridiques nécessaires face aux défis de l'IA

Certains pays ont déjà pris des mesures pour réglementer l'IA **(1.2.1.)**, alors que d'autres accusent encore un retard qui peut être préjudiciable **(1.2.2.)**.

1.2.1. Évolution des cadres juridiques

Les pays européens ont été parmi les premiers à tenter de réglementer l'IA. Leur longue expérience en recherche a culminé avec l'adoption du règlement sur l'IA (IA ACT)3227 le 13 mars 2024, par un vote unanime au sein du Conseil de l'UE. Considéré comme la première loi sur l'IA au monde, l'IA ACT a pour objectif« *d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur et de promouvoir l'adoption d'une intelligence artificielle (IA) axée sur l'humain et digne de confiance, tout en garantissant un niveau élevé de protection de la santé, de la sécurité et des droits fondamentaux consacrés dans la Charte, notamment la démocratie, l'état de droit et la protection de l'environnement, contre les effets néfastes des* systèmes d'IA *dans l'Union, et en soutenant l'innovation* »3228. Le règlement sur l'IA adopte une approche fondée sur le risque3229, avec une portée extraterritoriale. Il s'applique à tout fournisseur de systèmes d'IA mettant sur le marché ou mettant en service des systèmes dans l'UE, indépendamment de leur localisation géographique. Les utilisateurs de systèmes d'IA situés dans l'UE, ainsi que les fournisseurs et utilisateurs de systèmes situés dans des pays tiers dont les résultats sont utilisés dans l'UE, sont également concernés3230. Ainsi, le règlement a un impact global, et tout acteur économique opérant sur le marché européen doit s'y conformer. La majorité des dispositions du règlement sur l'IA ne seront applicables qu'à l'issue d'une période de transition de 24 mois, soit

3226 Alain BENSOUSSAN, Jérémy BENSOUSSAN, *IA, robots et droit*, Bruylant, Éditions Larcier, collection Théorie et pratique, 1ère édition, 2019, p. 16.

3227 IA ACT ou Résolution législative du Parlement européen du 13 mars 2024 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle).

3228 Article 1 du règlement européen sur l'intelligence artificielle.

3229 Le cadre du Règlement établit quatre catégories de risques pour les systèmes d'IA, en fonction de leur potentiel de nuisance :

- Systèmes interdits : Toute IA représentant une menace évidente pour la sécurité ou les droits fondamentaux des citoyens de l'UE.
- Systèmes à haut risque : Ces systèmes nécessitent des obligations strictes en matière de conformité et de surveillance humaine.
- Systèmes à risque limité : Ces systèmes sont soumis à des obligations de transparence.
- Systèmes à risque minimal : Ces systèmes ne présentent que peu ou pas de risque et sont soumis à une réglementation minimale.

3230 Article 2 du règlement européen sur l'intelligence artificielle.

vers 2025. Pendant cette période, les entreprises et autres acteurs concernés devront se préparer à la mise en conformité. En cas de non-conformité, le Règlement prévoit des sanctions sévères, pouvant aller jusqu'à 35 millions d'euros ou 7 % du chiffre d'affaires annuel mondial, offrant ainsi une incitation forte à la conformité.

À l'autre bout du globe, les États-Unis adoptent une approche réglementaire plus souple et distincte de celle des pays européens en matière d'intelligence artificielle. En raison de leur système économique libéral, de leur culture qui privilégie la compétition, l'innovation et la prise de risques, ainsi que de leur structure de gouvernance décentralisée, ils considèrent qu'une réglementation mondiale juridiquement contraignante pour l'IA n'a pas vraiment de sens3231. Toutefois, l'absence de règles strictement contraignantes ne doit pas être interprétée comme une absence totale de régulation. Parallèlement, la réglementation de l'IA au Maroc en est encore à ses balbutiements. En dépit des avancées significatives dans le domaine du numérique, le cadre juridique national n'a pas encore su suivre le rythme effréné des évolutions technologiques, laissant persister un vide réglementaire autour de l'IA. Cette situation met en évidence la nécessité urgente de doter le pays d'un dispositif juridique adapté pour encadrer cette technologie aux implications profondes et multiples.

L'une des premières initiatives dans cette perspective a été la création, en 2017, de l'Agence de Développement du Digital (ADD), en vertu de la loi N°61.163232. Cet établissement public, placé sous la tutelle du Ministère de la Transition Numérique et de la Réforme de l'Administration, a pour mission de déployer la stratégie de l'État en matière de développement numérique. Parmi ses principales attributions figure la mise en place d'un cadre normatif pour les produits et services numériques, un élément clé dans l'édification d'un environnement juridique propice au développement de l'intelligence artificielle. En outre, l'ADD œuvre à rapprocher les citoyens de l'administration via la digitalisation des services publics, tout en promouvant une société numérique, notamment à travers la sensibilisation, la formation et le soutien à l'innovation3233. L'Agence joue également un rôle crucial dans l'instauration d'un écosystème IA, en contribuant à l'adaptation du cadre réglementaire aux spécificités de cette technologie.

En complément de l'ADD, le gouvernement marocain a lancé en 2023 la Commission nationale pour le numérique (CND), à travers le décret n°2.23.9513234. Cette commission, présidée par le chef du gouvernement, joue un rôle essentiel dans le développement d'un cadre réglementaire pour l'intelligence artificielle. Chargée de finaliser la Stratégie nationale pour le développement du numérique, la CND mène des consultations publiques et organise des ateliers afin de recueillir les avis des experts et des citoyens sur les enjeux de l'IA. Ces efforts témoignent de la volonté des autorités marocaines de rattraper leur retard en matière de réglementation tout en tenant compte des préoccupations juridiques, éthiques et sociales soulevées par cette technologie.

Par ailleurs, le Maroc a su s'inscrire également dans une dynamique internationale en matière de réglementation de l'IA, notamment en adhérant aux recommandations de l'Unesco sur l'éthique de l'intelligence artificielle en 2022. Ce texte, bien que non contraignant juridiquement, offre aux États des orientations pour intégrer des principes éthiques dans leurs législations. Il proscrit, entre autres, le recours à des pratiques telles que la notation sociale et la surveillance de masse, tout en encourageant la création d'organes indépendants pour la protection des droits des citoyens dans l'ère

3231 Yannick MENECEUR, « Réglementation de l'intelligence artificielle : une perspective transatlantique », Les temps électriques, V. 1.0, 2023, p. 2.
3232 Loi n°61-16 portant création de l'Agence de développement du digital, publiée au Bulletin Officiel n°6604 du 14 septembre 2017.
3233 Article 3 de la loi n°61-16 portant création de l'Agence de développement du digital.
3234 Le décret n°2.23.951 portant création de la Commission nationale pour le développement numérique.

numérique. Dans le cadre de la mise en œuvre de ces recommandations, le Maroc, en partenariat avec l'UNESCO, a organisé plusieurs ateliers de concertation en octobre 2023. Ces ateliers ont permis de réunir des experts du secteur public et privé pour discuter des cadres normatifs, de la recherche et du développement, ainsi que des impacts sociaux, juridiques et économiques de l'intelligence artificielle. En définitive, bien que le cadre réglementaire de l'intelligence artificielle au Maroc soit encore en construction, les initiatives prises par les autorités témoignent de la volonté ferme de doter le pays d'un dispositif juridique adapté aux défis technologiques. Le Maroc s'engage ainsi dans une voie prometteuse, où la régulation de l'intelligence artificielle s'inscrit au cœur de sa stratégie de transformation numérique.

1.2.2. Le retard d'une réglementation de l'IA comme source d'insécurité juridique

Le décalage entre le temps réglementaire et le temps technologique n'est plus à démontrer. Déjà en 2009, Larry Downes notait que « *si les technologies évoluent à un rythme très rapide et exponentiel, les systèmes économiques et sociaux, quant à eux, évoluent de manière incrémentale* »3235. Cette observation est d'autant plus pertinente avec le développement de l'intelligence artificielle, qui progresse souvent si rapidement que les législateurs n'ont pas suffisamment de temps pour s'adapter et proposer des solutions juridiques appropriées. Ainsi, l'évolution technologique ne se traduit pas instantanément par un changement juridique. En s'adaptant à une nouvelle réalité, le législateur est inévitablement en retard ; dans certaines situations, ce retard peut être significatif et devenir une source d'insécurité juridique[3236].

Dans ce contexte, les acteurs impliqués dans le développement et l'utilisation de l'IA peuvent se retrouver dans une situation d'incertitude quant aux normes applicables, aux responsabilités légales et aux conséquences de leurs actions. Cela nous place un état d'insécurité juridique que le droit est censé éviter « *le droit, c'est la sécurité ou ce n'est rien* »3237, et « *un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un* »3238. Souvent, le traitement de l'insécurité que l'on trouve dans les divers systèmes juridiques suppose d'améliorer l'accessibilité matérielle et intellectuelle du droit (en améliorant sa clarté et son intelligibilité) pour tous et de consacrer un principe général de sécurité juridique. Cependant, dans certains contextes, comme au Maroc en ce qui concerne la régulation de l'IA, l'insécurité juridique découle non pas de la complexité des règles existantes ou de leur prolifération, mais plutôt de leur absence même. Cela est dû en grande partie au développement rapide de l'IA qui ne laisse pas suffisamment de temps aux législateurs pour s'y adapter et trouver des solutions juridiques. De ce fait, le droit est condamné à être toujours en retard sur la technologie, obligeant l'homme à la réglementer a posteriori, lorsque les problèmes qu'elle engendre ne peuvent plus être résolus par les recettes existantes du droit positif. Cela est d'autant plus vrai en matière IA. En effet, sa force disruptive, sa nature immatérielle et son omniprésence extraterritoriale remettent en question les fondements mêmes sur lesquels le droit repose et interrogent sans cesse ses frontières traditionnelles.

3235 Larry DOWNES, *Laws of Disruption: Harnessing the New Forces that Govern Life and Business in the Digital Age*, Basic Books, New York, 2009.

3236 William DROSS, « L'encadrement des technologies par le droit : nécessité et source de changements », Revue du notariat, 106(3), 2004, p. 5.

3237Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », AJDA, 1995, n° spécial, p. 151.

3238Jean BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », dans Liber amicorum Pierre Pescatore, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 53.

2- Sécurité technique et intelligence artificielle

La sécurité technique des systèmes d'intelligence artificielle implique d'abord d'identifier les défis techniques auxquels ils sont confrontés **(2.1.)**, puis d'examiner les approches juridiques nécessaires pour garantir leur fiabilité **(2.2.)**.

2.1. Défis techniques de la sécurité des systèmes d'IA

Pour prévenir les conséquences des propriétés techniques, parfois « incontrôlables », des systèmes d'IA **(2.1.1.)**, il est impératif d'assurer un niveau optimal de sécurité technique **(2.1.2)**.

2.1.1. Propriétés techniques déstabilisantes des systèmes d'IA

Pour mieux comprendre comment les systèmes d'intelligence artificielle remettent en question nos conceptions actuelles de la sécurité, il est nécessaire d'identifier certaines de leurs propriétés qui peuvent affecter cette notion :

- **Opacité et inintelligibilité :** les systèmes d'IA sont souvent qualifiés de « *boîtes noires* »3239 en raison de leur fonctionnement souvent très obscur et opaque3240. La complexité des modèles utilisés rend difficile, voire impossible, l'identification des mécanismes sous-jacents qui expliquent les résultats produits. Même lorsque les algorithmes sont théoriquement compréhensibles, ils sont protégés du regard public par au moins trois moyens : la complexité technique, les pratiques de secret qui les entourent et le secret commercial3241. Cette opacité limite la transparence et pointe nos limites lorsqu'il s'agit de comprendre totalement, d'interpréter ou d'expliquer, le fonctionnement de systèmes d'intelligence artificielle.

- **Évolution et imprévisibilité :** certains systèmes d'IA, notamment ceux dotés de l'apprentissage automatique3242, ont la capacité d'apprendre continuellement en se fixant leurs propres sous-objectifs, ce qui les rend difficiles à prévoir et à contrôler. Leur aptitude à fixer à aller plus loin de leur programmation initiale sans intervention humaine, tout en évoluant en fonction de données externes, conduit à des résultats souvent inattendus et imprévisible. Cela complique la mise en place d'un cadre de juridique stable et prévisible, car leurs actions peuvent varier selon des circonstances non programmées initialement.

- **Interconnexion et portée mondiale :** les systèmes d'IA sont déployés à grande échelle grâce à l'interconnexion des technologies modernes. Ils deviennent omniprésents dans les sociétés industrialisées, gérant des tâches essentielles et influençant de nombreux aspects de la vie quotidienne. Toutefois, cette diffusion rapide et massive pose des problèmes de contrôle et de sécurité, et rend difficile toute tentative de règlementation3243.

- **Autonomie fonctionnelle :** les systèmes d'IA peuvent fonctionner de manière relativement indépendante de leurs créateurs. Cette autonomie opérationnelle soulève des inquiétudes quant à la maîtrise des décisions prises par ces systèmes. Le « problème de contrôle » devient ici

3239 Jean-Sébastien VAYRE, « Comment décrire les technologies d'apprentissage artificiel ? : Le cas des machines à prédire ». Réseaux, 2018/5 n° 211, 2018, p. 71.
3240 Dominique CARDON, *À quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des Big data*, Le Seuil, Paris, 2015, p. 112.
3241 Claire RICHARD, « Dans la boîte noire des algorithmes : Comment nous nous sommes rendus calculables », Revue du Crieur, 2018/3 N° 11, 2018, p. 76.
3242 L'apprentissage automatique (ou *machine Learning*) est une branche de l'intelligence artificielle qui permet aux machines d'apprendre à partir de données, sans être explicitement programmées pour accomplir une tâche spécifique. Il s'agit d'un processus dans lequel un algorithme analyse des données pour en extraire des patterns (modèles) ou des régularités et utilise ensuite ces informations pour faire des prédictions ou prendre des décisions.
3243 Conseil de l'Europe, « A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework », DGI, 2019/05, p. 23.

central, car ces systèmes peuvent agir sans intervention humaine directe, exacerbant les risques liés à leur imprévisibilité et à leur manque de contrôle.
Ces quatre propriétés problématiques soulignent les défis que les systèmes d'IA posent en matière de sécurité, tant juridique que technique.

2.1.2. La nécessité d'une sécurité technique robuste pour les systèmes d'IA

Pour garantir que les systèmes d'intelligence artificielle agissent de manière fiable et contrôlable, et pour prévenir des résultats indésirables, voire potentiellement catastrophiques, il est nécessaire de sécuriser ces systèmes à travers quatre phases de leur cycle de vie :

- **Sécurisation dès la conception :** l'intégration de dispositifs de protection techniques dès la phase de conception des systèmes d'intelligence artificielle est devenue une réponse prometteuse aux préoccupations éthiques et juridiques liées à l'utilisation de ces technologies. Cette approche consiste à « implanter » certaines valeurs directement dans la conception et le fonctionnement des algorithmes3244, permettant ainsi une régulation en temps réel, plutôt que de manière préventive ou corrective. Les premières initiatives dans ce domaine se concentraient principalement sur la protection et la confidentialité des données, donnant naissance aux concepts de « vie privée dès la conception » et de « protection des données dès la conception »3245. En intégrant ces normes directement dans l'architecture des systèmes d'information, les chercheurs et ingénieurs cherchent à solidifier les cadres juridiques existants.

- **Sécurisation de l'environnement d'apprentissage :** « *l'intelligence artificielle est une forge : son feu celui de la donnée, son enclume le hardware, son marteau l'algorithmie* »3246. L'une des principales actions dans la sécurisation des systèmes d'intelligence artificielle (IA) consiste à encadrer la phase de collecte les données d'entraînement. Le contrôle efficace de ces systèmes est inenvisageable sans garantir la sécurité des données, car, comme le souligne une métaphore courante, « *l'algorithme est une moulinette : ce que l'on a en sortie dépend de ce qu'on lui donne à l'entrée* »3247. En d'autres termes, un algorithme n'a de sens qu'à travers les données qu'il analyse, et les biais sont souvent davantage présents dans les données que dans les algorithmes eux-mêmes. Un autre enjeu crucial est celui des données inconnues. Lorsqu'un modèle est entraîné avec ces données, il est difficile d'évaluer la probabilité qu'une attaque malveillante permette de régénérer ces données à partir du modèle3248.

- **Sécurisation de l'environnement de traitement :** la sécurisation de l'environnement de traitement est fondamentale pour garantir à la fois l'intégrité du processus d'apprentissage et la fiabilité des résultats produits par les algorithmes. Cet environnement constitue le cadre qui permet au système d'apprendre à prédire l'avenir. Cela nécessite l'utilisation de vastes ensembles de données d'entraînement, rigoureusement contrôlés, qui sont essentiels pour affiner les prédictions et optimiser les performances des systèmes intelligents.

- **Sécurisation de l'environnement de déploiement :** le déploiement d'un système d'intelligence artificielle en conditions réelles est une étape cruciale dans son cycle de vie. Après la phase de développement et de tests en environnement contrôlé, l'IA doit fonctionner dans des conditions beaucoup plus variables et complexes. C'est ici que se pose le défi de la sécurité technique, car le système est exposé à de nouveaux types de risques : imprévus liés à l'infrastructure, erreurs

3244 Henry WAI-CHUNG YEUNG, Neil M. COE, "Toward a Dynamic Theory of Global Production Networks", Economic Geography, Clark University, vol. 91(1), 2015, p. 29-58.
3245 Conseil de l'Europe, « A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework », *Op. cit.*, p. 72.
3246Rudy GUYONNEAU, Arnaud LE DEZ « Combat et intelligence numériques », *Revue Défense Nationale*, 2019/5 N° 820, 2019, p. 136.
3247 Claire RICHARD, *Op. cit.*, p. 73.
3248 Olivier KEMPF, Eloïse BERTHIER, *Op. cit.*, p. 73.

dans l'interaction avec des données réelles, ou encore failles de sécurité exploitables par des cyberattaques. Une des approches pour sécuriser ces systèmes est l'audit des algorithmes, qui permet de les tester en conditions réelles. Contrairement aux analyses d'impact qui se concentrent sur les phases initiales du développement, l'audit algorithmique intervient une fois le système en fonctionnement. Il utilise des outils spécifiques pour détecter et analyser les effets indésirables des algorithmes, offrant ainsi une surveillance continue3249. Cette pratique est de plus en plus reconnue comme essentielle, notamment pour les systèmes à haut risque où les conséquences d'une défaillance peuvent être graves.

2.2. Approches juridiques pour la sécurité technique des systèmes d'IA

Les approches juridiques visant à encadrer la sécurité technique des systèmes d'IA reposent sur deux piliers essentiels : l'établissement de normes de sécurité et les obligations imposées aux opérateurs **(2.2.1.)**. La sécurité technique, en tant que pré-requis, se révèle ainsi être un gage indispensable pour atteindre une véritable sécurité juridique **(2.2.2.)**.

2.2.1. Normes de sécurité technique et obligations des opérateurs

Afin de permettre à l'homme de « garder la main » sur les systèmes d'intelligence artificielle, de garantir un développement responsable, de maîtriser leurs propriétés déstabilisantes et parfois imprévisibles, et de combler le retard législatif et réglementaire dans ce domaine, de nombreux organismes, tant publics3250 que privés3251, à l'échelle européenne et internationale3252, se sont engagés dans l'élaboration de normes technico-éthiques3253. Ces initiatives incluent la publication de feuilles de route, de codes de conduite, ainsi que la mise en place de lignes directrices et de recommandations sur l'IA, avec un objectif commun : proposer des cadres d'action clairs pour les développeurs de solutions d'IA, fondés sur des principes de haut niveau tels que la transparence, l'équité, la responsabilité et la protection de la vie privée. Cette ruée vers la normalisation et la certification dans le domaine de l'IA illustre la nécessité mondiale de disposer d'orientations technico-éthiques pour accompagner le développement de l'IA, en l'absence de règles légales contraignantes. Une norme se définit comme « *un document technique destiné à établir des solutions communes à des exigences spécifiques* »3254. Elle permet de « *définir un langage commun entre les différents acteurs, de clarifier et harmoniser les pratiques, ainsi que de fixer un niveau de qualité pour les produits et services* »3255. Bien que leur application, tant dans le secteur public que privé, soit

3249 Desai DEVEN, Joshua KROLL, « Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law », Harvard Journal of Law & Technology, Forthcoming, Georgia Tech Scheller College of Business, Research Paper No. 17-19, 2017, p. 37.
3250 Parmi ceux-ci figurent le Groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle nommé par la Commission européenne, le groupe d'experts sur l'IA dans la société de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), le Conseil consultatif sur l'utilisation éthique de l'intelligence artificielle et des données à Singapour, et le comité spécial sur l'intelligence artificielle de la Chambre des Lords du Royaume-Uni (UK). Dans le cadre de leurs mandats institutionnels, ces comités ont produit des rapports et des documents d'orientation sur l'IA.
3251 Des entreprises telles que Google et SAP ont publié des lignes directrices et des principes sur l'IA. Des déclarations et des recommandations ont également été émises par des associations professionnelles et des organisations à but non lucratif telles que l'Association for Computing Machinery (ACM), Access Now et Amnesty International.
3252 L'étude démontre que la sous-représentation relative de zones géographiques telles que l'Afrique, l'Amérique du Sud et centrale et l'Asie centrale indique que le débat international sur l'IA éthique ne se déroule pas de manière équitable à l'échelle mondiale. Les pays développés façonnent ce débat plus que d'autres.
3253 Jusqu'à aujourd'hui, au moins 200 lignes directrices éthiques ont été élaborées à travers le monde pour fournir des principes de haut niveau comme base pour le développement responsable de l'IA.
3254 Tom CELLUCCI, "*Developing Operational Requirements: A Guide to the Cost-Effective and Efficient Communication of Needs*", Technical report, U.S. Department of Homeland Security, 2008.
3255 AFNOR, *Parler normes couramment*, L'essentiel, 2014, p. 6.

volontaire, l'adoption des normes peut faciliter les processus de certification. Toutefois, l'accès aux normes reste souvent payant.

Les normes actuelles mettent en avant les bonnes pratiques, qu'il s'agisse de l'encadrement des procédures entourant les systèmes d'IA ou des méthodes techniques de conception et d'évaluation tout au long de leur cycle de vie. Cependant, leur caractère volontaire fait l'objet de critiques, certains estimant que ces normes sont insuffisamment contraignantes, laissant ainsi l'industrie agir à sa guise3256 et créant un fossé entre leur formulation et leur mise en pratique3257. Ainsi, « (…) *si ces principes font consensus, l'absence d'instructions claires, concrètes et opérationnelles sur la manière d'atteindre réellement ces objectifs rend leur adoption complexe* »3258. Les critiques pointent également une prise en compte insuffisante des spécificités techniques des algorithmes et du contexte dans lequel ils sont mis en œuvre3259. Actuellement sur la scène internationale, l'Organisation internationale de normalisation (ISO) est à la pointe de l'élaboration de normes techniques pour l'IA avec 17 standards déjà publiés et 24 en cours de développement3260. Ces normes couvrent un large éventail de sujets, dont plusieurs abordent des enjeux éthiques majeurs, comme les impacts sociaux de l'IA3261, la définition d'une IA "de confiance"3262, et l'adaptation de la gestion des risques à cette technologie3263. D'autres se concentrent sur des aspects plus pratiques, en établissant des méthodes de conception visant à prévenir les biais3264 ou en fixant des critères de qualité pour les données3265.

2.2.2. Sécurité technique : un gage pour la sécurité juridique

La sécurité technique des systèmes d'intelligence artificielle apparaît comme une condition *sine qua non* pour garantir et édifier une véritable sécurité juridique. Les systèmes d'IA ne peuvent fonctionner de manière fiable que si leur architecture technique repose sur des mécanismes robustes et sûrs, assurant à la fois la transparence, l'explicabilité et la prévisibilité de leurs opérations. Ces éléments techniques sont le socle sur lequel la sécurité juridique peut se bâtir, car ils permettent aux acteurs juridiques d'anticiper les risques, d'attribuer la responsabilité en cas de défaillance et d'assurer une conformité avec les normes en vigueur. L'interdépendance entre la sécurité technique et la sécurité juridique repose essentiellement sur la maîtrise des algorithmes, la gestion des données et la surveillance des modèles d'IA3266. Un système techniquement sécurisé réduit les risques d'erreurs, de biais ou de cyberattaques ; facteurs qui pourraient fragiliser la sécurité juridique en compromettant la confiance des utilisateurs et des régulateurs3267.

À l'inverse, des failles techniques peuvent exposer les opérateurs à des risques juridiques majeurs, notamment en termes de responsabilité civile ou pénale, mais aussi en matière de protection des droits fondamentaux, comme le droit à la vie privée ou à la protection des données à caractère

3256 Hadrien POUGET, "The EU's AI Act Is Barreling Toward AI Standards That Do Not Exist", Lawfare, 2023.
3257 Anna JOBIN, Marcello IENCA, Effy VAYENA, « The Global Landscape of AI Ethics Guidelines », *Nature Machine Intelligence*, vol. 1, 2019, p. 403.
3258 Mélanie GORNET, Winston MAXWELL, « Normes techniques et éthique de l'IA », CNIA 2023, Conférence Nationale en Intelligence Artificielle, July 2023, Strasbourg, France. Hal-04121843.
3259 Bilel BENBOUZID, Dominique CARDON, « Contrôler les IA », *Réseaux*, 2022/2 N° 232-233, 2022, p. 13.
3260 https://www.iso.org/sectors/it-technologies/ai (consulté le 16 octobre 2024).
3261 ISO/IEC TR 24368:2022, Information technology — Artificial intelligence — Overview of ethical and societal concerns (https://www.iso.org/standard/78507.html).
3262 ISO/IEC TR 24028:2020 Information technology, Artificial intelligence, Overview of trustworthiness in AI intelligence.
3263 ISO/IEC 23894:2023 Information technology, Artificial intelligence, Guidance on risk management.
3264 ISO/IEC TR 24027:2021, Information technology, (AI), Bias in AI systems and AI aided decision making.
3265 ISO 8000-1:2022 Data quality.
3266 Thomas LE GOFF, *Enjeux juridiques de l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le secteur de l'électricité*, Thèse de doctorat de Droit privé, Université Paris Cité, 2023, p. 111.
3267 Cynthia CHASSIGNEUX, « La confiance, instrument de régulation des environnements électroniques », Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2007, p. 443.

personnel3268. De ce fait, la sécurité technique constitue un véritable gage pour la sécurité juridique. Elle assure que les systèmes d'IA respectent non seulement les standards technologiques mais aussi les exigences légales et éthiques, facilitant ainsi l'intégration harmonieuse de l'intelligence artificielle dans les cadres juridiques existants. Cette alliance entre sécurité technique et juridique est d'autant plus cruciale dans un contexte où la réglementation de l'IA, bien qu'en pleine évolution, demeure encore lacunaire dans certaines pays. Elle offre une garantie de conformité et de résilience face aux évolutions technologiques et aux exigences réglementaires croissantes.

Conclusion

Les progrès actuels de l'IA constituent une rupture nécessitant de rebattre les cartes pour appréhender les multiples facteurs déterminants en sécurité3269 ; l'enjeu principal reste celui de savoir comment assurer un niveau de sécurité éprouvé pour ces systèmes intelligents. À mesure que les systèmes d'IA deviennent de plus en plus intégrés dans nos vies quotidiennes, la coordination entre leur sécurité technique et juridique devient de plus en plus pressante. Cette interrelation, loin d'être un simple défi, marque le début d'une alliance essentielle pour une régulation efficace et responsable de l'IA ; l'objectif de cette régulation étant de tracer les contours essentiels de l'interaction entre la sécurité technique et juridique dans le développement des systèmes d'IA, tout en mettant en exergue les adaptations nécessaires au sein des cadres législatifs pour garantir une régulation efficace à même de concrétiser les objectifs de sécurité et de confiance qui sous-tendent l'intégration de ces technologies dans notre société.

Ainsi, l'atteinte d'une sécurité technique optimale n'est pas seulement une condition de bon fonctionnement des systèmes d'IA, mais aussi un préalable indispensable à la réalisation d'un environnement juridique sûr et prévisible, permettant de rassurer non seulement les utilisateurs, mais aussi les législateurs, en renforçant la confiance dans l'usage des systèmes d'IA. Étant donné que les règles juridiques existantes ne suffiront pas à couvrir l'ensemble des risques générés par ces systèmes, il est essentiel de concevoir d'autres solutions pour atteindre cette sécurité technique optimale. Ces solutions peuvent être d'ordre technique, mais également économique3270. Cette démarche doit s'accompagner d'un dialogue constant entre les acteurs du droit et de la technologie. En somme, le succès de cette alliance entre sécurité technique et juridique est déterminant pour favoriser un développement harmonieux et éthique de l'intelligence artificielle, tout en préservant les droits de tous les citoyens.

3268 Bertrand WARUSFEL, *Op. cit.*, p. 254.
3269 Geoffroy HERMANN, *Op. cit.*, p. 136.
3270 Thomas LE GOFF, *Op. cit.*, p. 40.

Bibliographie

- BENBOUZID Bilel, CARDON Dominique, « Machines à prédire », Réseaux, 2018/5 n° 211, 2018.
- BENBOUZID Bilel, CARDON Dominique, « Contrôler les IA », *Réseaux*, 2022/2 N° 232-233, 2022.
- BENSOUSSAN Alain, BENSOUSSAN Jérémy, *IA, robots et droit*, Bruylant, Éditions Larcier, collection Théorie et pratique, 1re édition, 2019.
- BOULOUIS Jean, « Quelques observations à propos de la sécurité *juridique* », dans Liber amicorum Pierre Pescatore, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987.
- CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, éd. LGDJ, 1992.
- CARDON Dominique, *À quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des Big data*, Le Seuil, Paris, 2015.
- CEVAER Éric et DAVÈZE Cécile, La sécurité juridique : un défi authentique, 111ème congrès des notaires de France de 2015.
- CONSEIL DE L'EUROPE, « A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework », DGI, 2019.
- CRISTAU Antoine, « L'exigence de sécurité juridique », Dalloz, 2002.
- DELMARRE Manuel, *La sécurité juridique et le juge administratif français*, AJDA 2004.
- DEVEN Desai, KROLL Joshua, « Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law », Harvard Journal of Law & Technology, Forthcoming, Georgia Tech Scheller College of Business, Research Paper No. 17-19, 2017.
- DOWNES Larry, *Laws of Disruption: Harnessing the New Forces that Govern Life and Business in the Digital Age*, Basic Books, New York, 2009.
- DROSS William, « L'encadrement des technologies par le droit : nécessité et source de changements », Revue du notariat, 106(3), 2004.
- GORNET Mélanie, MAXWELL Winston, « Normes techniques et éthique de l'IA », CNIA 2023, Conférence Nationale en Intelligence Artificielle, July 2023, Strasbourg, France.
- GUYONNEAU Rudy, LE DEZ Arnaud « Combat et intelligence numériques », *Revue Défense Nationale*, 2019/5 N° 820, 2019.
- HERMANN Geoffroy, « IA et cybersécurité : une boucle émergente de rétroactions », *Revue Défense Nationale*, 2019/6 N° 821, 2019.
- IA ACT ou Résolution législative du Parlement européen du 13 mars 2024 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle.
- JOBIN Anna, IENCA Marcello, VAYENA Effy, « The Global Landscape of AI Ethics Guidelines », *Nature Machine Intelligence*, vol. 1, 2019.
- KEMPF Olivier, BERTHIER Eloïse, « IA, explicabilité et défense », *Revue Défense Nationale*, 2019/5 N° 820, 2019.
- LE GOFF Thomas, *Enjeux juridiques de l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le secteur de l'électricité*, Thèse de doctorat de Droit privé, Université Paris Cité, 2023.
- MENECEUR Yannick, « Réglementation de l'intelligence artificielle : une perspective transatlantique », Les temps électriques, V. 1.0, 2023.
- PACTEAU Bernard, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », AJDA, 1995.
- PIAZZON Thomas, *La sécurité juridique*, Thèse, Paris, Université Paris II, 2006.
- POUGET Hadrien, "The EU's AI Act Is Barreling Toward AI Standards That Do Not Exist", Lawfare, 2023.

- RENONDIN DE HAUTECLOCQUE Stanislas,« L'intelligence artificielle : les différents chemins de la régulation », Éthique publique [en ligne], vol. 23, n° 2 | 2021, en ligne depuis le 23 Février 2022.
- RICHARD Claire, « Dans la boîte noire des algorithmes : Comment nous nous sommes rendus calculables », Revue du Crieur, 2018/3 N° 11, 2018.
- RIPERT Georges, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n°50.
- VALDELIÈVRE Guillaume, « La sécurité juridique : Le point de vue de l'avocat », Titre VII 2020/2 (N° 5), Éditions Conseil constitutionnel, 2020.
- VAYRE Jean-Sébastien, « Comment décrire les technologies d'apprentissage artificiel ? : Le cas des machines à prédire ». Réseaux, 2018/5 n° 211, 2018.
- WAI-CHUNG YEUNG Henry, COE Neil M., "Toward a Dynamic Theory of Global Production Networks", Economic Geography, Clark University, vol. 91(1), 2015.
- WARUSFEL Bertrand, « Technologies et sécurité : réguler pour reprendre le contrôle », Cahiers de la sécurité et de la justice : revue de l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, 2021.

Le droit de la concurrence à l'ère de l'IA : impact et perspectives

MEHDIOUI SARA

Ph.D. candidate, F.S.J.E.S, Sidi Mohamed Ben Abdellah University- Fes

Résumé :
Cet article explore les différentes problématiques et enjeux qui se font sentir dans le domaine de la concurrence à l'ère de l'intelligence artificielle (IA). Alors que l'IA offre des opportunités considérables pour le développement du marché de la concurrence en particulier, elle soulève également des questions purement juridiques concernant l'identification des pratiques anticoncurrentielles, la responsabilité, la preuve, etc.
Un tel constat a exhorté le législateur en droit comparé, et d'une ampleur moins accentuée au Maroc, à établir des normes et standards pour s'adapter aux transformations profondes pouvant s'opérer dans la relation de concurrence lorsque celle-ci s'établit au travers de systèmes numériques appartenant à l'IA.
Mots clés : la concurrence ; intelligence artificielle, droit

The Law of Competition in the Age of AI: Impact and Perspectives

Abstract:
This article explores the various issues and challenges that arise in the field of competition in the age of artificial intelligence (AI). While AI offers significant opportunities for the development of the competition market, it also raises purely legal questions regarding the identification of anti-competitive practices, the detection of violations, the responsibility of actors, and the enforcement of penalties.
Such observations have prompted legislators in comparative law, and to a lesser extent in Morocco, to establish norms and standards to adapt to the profound transformations that may occur in competitive relationships when they are facilitated by AI-based digital systems.

Introduction :

Le monde commence à prendre la mesure de l'ampleur de la révolution de l'intelligence artificielle (IA), dont les technologies provoqueront des vagues de progrès dans les infrastructures de base (commerce, transport, santé, éducation, marchés financiers, la production alimentaire et la durabilité environnementale). De ce fait, réussir à adopter l'IA, dans les différents contextes nationaux et international propulserait, sans aucun doute, les économies en avant et remodèlerait les sociétés et la façon par lesquelles ces dernières sont régulées3271.

Certes, le progrès rapide réalisé par l'IA a transformé la conception au monde des affaires, qu'il soit au niveau matériel ou immatériel, suscitant à la fois enthousiasme et inquiétude3272. Cet état de chose est susceptible de soulever des questions importantes quant à son impact potentiel sur l'économie mondiale du point de vue des différents intervenants notamment de la perspective économique et juridique3273.

3271 إريك شميدت: الذكاء الاصطناعي والمنافسة الاستراتيجية العالمية، للمزيد انظر: الذكاء الاصطناعي والمنافسة الاستراتيجية العالمية (consulté le 14/10/2024 à 14H22) (alarabiya.net)

3272 Jonathan Paiano : « Révolution de l'IA : comment les nouvelles générations d'IA vont transformer le monde », consulté le 19/09/2024.

3273 Kristalina GEORGIEVA, « L'IA transformera l'économie mondiale. Faisons en sorte que l'humanité y soit gagnante », pour plus de détails voir : (imf.org)(consulté le 09/10/2024 à 11h10)

Cependant, il est difficile de prévoir exactement cet impact, puisque l'IA s'infiltre dans les économies de manière complexe. Une élaboration bien structurée d'une politique optimale s'avère donc nécessaire pour garantir une exploitation sûre des immenses potentialités de l'IA.

Sans aucun doute, l'IA a profondément perturbé de nombreuses disciplines juridiques, y compris le droit de la concurrence vu son caractère purement pratique et procédural. En effet, l'émergence de la technologie sophistiquée soulève des défis complexes pour les autorités de la concurrence et les législateurs résultant ainsi à une certaine mise en question de la notion au niveau du concept, des caractéristiques, ainsi que ces répercussions potentielles au niveau du droit des affaires, et plus spécifiquement.

En mai 2024, l'OCDE a publié un rapport mettant l'accent sur le potentiel transformateur de l'IA concernant divers marchés. Les risques potentiels pour la concurrence ont été mis en avant par l'organisation, tels que les barrières à l'accès aux données de qualité et à la puissance de calcul, qui sont essentiels pour le développement et le déploiement de technologie d'IA. Il est donc indéniable que les enjeux liés à la transparence des algorithmes, à la responsabilité des acteurs impliqués dans la prévention des abus de position dominante relèvent tous des domaines où le droit de la concurrence doit s'adapter pour répondre aux multiples défis posés par l'IA.

Le 23 mars 2022, le **Maroc** a été parmi les premiers pays à annoncer la mise en œuvre des recommandations de l'**UNESCO** sur l'éthique de l'**IA**, parmi lesquelles la création d'un Comité National de Pilotage (CNP) en avril 20183274. Un an après, le Royaume a rejoint un projet pilote visant à évaluer son état de préparation à l'IA à travers une méthodologie spécifique appelée RAM « Readiness Assessment Methodology». Cette démarche a permis d'analyser le paysage de l'**IA au Maroc**, mettant en lumière les différentes opportunités de développement ainsi que les lacunes à combler, notamment au niveau réglementaire. Le Maroc est ainsi devenu le premier pays en Afrique, et dans le monde arabe, à avoir terminé cette évaluation, marquant ainsi son engagement à adopter une **IA** inclusive et éthique, tout en favorisant un environnement numérique de confiance3275.

En somme, l'IA représente un nouveau défi pour le droit de la concurrence à plusieurs niveaux, notamment en ce qui concerne la possibilité d'appliquer les règles juridiques existantes à toutes les questions que l'intrusion l'IA peut soulever (la détection des pratiques anticoncurrentielles, la qualification des infractions, la responsabilité des contrevenants).

L'intérêt de sujet :

Le sujet a un double intérêt ; le premier est purement académique puisqu'il se situe dans l'accumulation scientifique concernant l'impact de l'IA, ou tout variable technologique, sur le droit de la concurrence et les problématiques que peut en générer une telle relation.

Le deuxième se penche sur la dimension pratiques puisqu'il concerne l'impact technologique sur les différentes interactions entre acteurs et intervenants (administration, entreprises, consommateurs, juridictions…etc.)

Problématique :

Notre problématique de recherche concerne le régime juridique encadrant le jeu de la concurrence et ses différents rouages (la loi 104.12). Peut-on affirmer que ce dernier englobe les différentes problématiques théoriques ou pragmatiques, ou constitue-t-il un obstacle à la discipline dans l'ère de l'IA ?

Plan :

Pour répondre à une telle problématique, on a opté pour un plan binaire comme suit :

Partie1 : l'intelligence artificielle au monde de la concurrence : Etat des lieux

Partie2 : le droit de la concurrence à l'ère de l'IA : ruptures et continuité

3274 Il s'agit du comité de pilotage, l'une des trois composantes du système de gouvernance du gouvernement ouvert au Maroc, qui inclut aussi le comité d'implémentation et l'espace société civile. Pour plus de détails voir : le manuel du Comité de Pilotage, 2éme version, Juin 2022.

3275 Le Maroc à l'ère de l'IA : les recommandations de l'Unesco - Le Matin.ma

Partie1 : l'intelligence artificielle au monde de la concurrence : Etat des lieux

Il va sans dire que l'incorporation de l'IA dans le domaine de la concurrence a radicalement transformé la manière dont les entreprises réagissent aux différentes variables sur le plan conceptuel, structurel ou fonctionnel du marché.

En tirant parti des immenses quantités de données disponibles, l'IA propose aux entreprises des outils performants pour appréhender les comportements des consommateurs, anticiper les évolutions des concurrents et prendre des décisions stratégiques éclairées en la matière.

Une étude du cadre conceptuel de l'IA prenant en compte les différents contribution doctrinal et institutionnel s'avère donc nécessaire **(chapitre1)**, avant de se pencher sur le cadre juridique de la concurrence à l'ère de l'IA **(chapitre2).**

Chapitre 1 : le cadre conceptuel de l'IA

L'IA est considérée comme une grande avancée pour les sciences existantes, en raison des facilités qu'elle offre pour améliorer la qualité de vie et bien être aux citoyens. Il convient donc de se questionner sur les définitions de l'IA comme étant un procédé technologique et technique au service de l'entreprise **(Section 1),** et quels sont ces différentes caractéristiques ? **(Section2)**.

Section1 : l'intelligence artificielle : essai de définition

L'IA, en tant que théorie et réalité empirique, existe depuis un certain temps déjà. Le terme a été inventé en 1956 par John McCarthy pour désigner « la science et les techniques de fabrication de machines intelligentes »3276. Depuis, le phénomène a pris de l'ampleur et les efforts se sont concentrés sur l'adaptation des différentes tâches (raisonnement, prise de décisions, résolution de problèmes), effectuées par des ordinateurs.

De point de vue doctrinal, l'IA est une notion difficilement fluctuante et saisissable. S'il n'est pas aisé pour un juriste de cerner parfaitement ses contours, l'IA peut être abordée à partir de la définition usuelle qu'en a donné l'un des pères fondateurs de la technologie, Marvin Minsky, pour qui cette dernière désigne la « *science qui consiste à faire faire aux machines ce que l'homme ferait moyennant une certaine intelligence* »3277.

Dans cette même perspective, la communication de la Commission Européenne sur l'IA a proposé la définition suivante *« L'IA désigne les systèmes qui font preuve d'un comportement intelligent en analysant leur environnement et en prenant des mesures - avec un certain degré d'autonomie - pour atteindre des objectifs spécifiques.3278 Les systèmes dotés d'IA peuvent être purement logiciels, agissant dans le monde virtuel (assistants vocaux, logiciels d'analyse d'images, moteurs de recherche ou systèmes de reconnaissance vocale et faciale, par exemple) mais l'IA peut aussi être intégrée dans des dispositifs matériels (robots évolués, voitures autonomes, drones ou applications de l'internet des objets, par exemple).* »3279

Conceptuellement, cela fait référence à la capacité d'une machine à apprendre de ses expériences. Pour y parvenir, elle s'appuie sur la collecte et l'utilisation de grandes quantités de données numériques, le *big data*, ainsi que sur des algorithmes autonomes capables d'apprentissage automatique, connus sous le nom de *machine Learning* ou *deep Learning*.

Section 2 : les caractéristiques de l'IA

Bien qu'un système d'information intelligent puisse simuler certains comportements humains et tromper sur sa véritable nature, il n'a ni conscience, ni émotion, ni intention puisqu'il se base sur une logique purement objective3280. A l'inverse, le droit dans son ensemble se fonde, de manière

3276 John McCarthy est professeur émérite à Stanford et est considéré comme un pionnier dans le domaine de l'IA.

3277 CNIL, Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'IA, 15 déc. 2017, p. 16.

3278 Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions. Un plan coordonné dans le domaine de l'IA, Bruxelles, le 7.12.2018.

3279 Commission européenne lignes directives en matière de éthiques pour une IA digne de confiance, 8 avril 2019, p1.

3280 Selon certains auteurs l'IA n'est qu'une forme d'intelligence objective, froide, désincarnée, auquel toutes les dimensions subjectives propres à l'intelligence humaine font défaut.

discrète mais certaine, sur la subjectivité propre aux personnes humaines3281. Cette notion de subjectivité est donc incompatible avec l'objectivité de l'IA3282.

Une autre caractéristique majeure de l'IA, devant faire l'objet d'une attention soutenue, réside dans sa propre autonomie par rapport aux influences extérieures. Certes, bien qu'il soit intelligent, un système informatique est inévitablement soumis à sa programmation, l'IA n'est donc pas indépendante, elle n'établit pas en elle-même ses propres règles de fonctionnement. Elle n'en demeure toutefois pas moins indépendante. Plus précisément, elle est conçue pour garder certaines marges de manœuvre dans la réalisation de tâches qui lui sont assignées.3283

Chapitre 2 : le régime juridique du droit de la concurrence à l'ère de l'IA

Ces dernières décennies, l'IA s'est imposée comme une technologie transformatrice dotée d'un vaste potentiel pour remodeler divers secteurs d'activité et de leur réglementation, soulevant ainsi des questions complexes en matière de droit de la concurrence tant niveau national (**section 1**), qu'international (**Section 2**).

Section 1 : sur le plan national

Les avancées de l'IA au Maroc offrent des opportunités de modernisation et de leadership régional dans l'utilisation en la matière. En effet, l'année 2023 a été riche législativement pour le droit de la concurrence afin de le moderniser et de combler certaines lacunes, surtout au regard des applications pratiques.

Cependant, aucune disposition juridique n'a été soulevée pour établir un équilibre entre l'innovation de l'IA et la protection de la concurrence dans un contexte en évolution constante. À vrai dire, il y a un silence et un vide juridique en ce sens, d'autant plus que jusqu'à présent il n'y a pas eu de réflexions d'ampleur sur l'IA et le droit de la concurrence d'après plusieurs sources.

Par conséquent, il est légitime d'affirmer que l'IA n'est perçue que par la perspective utilitaire loin de toute réflexion sur ces dimensions théoriques et pratiques prenant en compte les différents problématiques qu'elle peut générer sur certains principes classiques du droit.3284

Section 2 : Au niveau international

Le débat sur l'IA et la protection de la concurrence est sujet de réflexion intensive tant au niveau législative et doctrinale que juridictionnelle, et ce dans plusieurs contextes nationaux.

Dans le cadre de la stratégie numérique de l'UE visant à soutenir la transformation numérique de l'Europe, la loi sur l'IA (*IA Act*) a été proposé par la CE en 20213285. Cette législation fournit une réglementation complète et spécifique pour l'IA.

Si la loi sur l'IA aurait des conséquences sur le droit de la concurrence, l'IA elle-même serait susceptible de remodeler la dynamique concurrentielle des marchés, ce qui conduirait sans aucun doute à de nouvelles formes de comportements anticoncurrentiels, notamment la collusion algorithmique3286.

3281 Il en va de la volonté contractuelle chère au Code civil à la maxime selon laquelle il n'y a point « de crime ni de délit sans intention de le commettre », propre au Code pénal.

3282 BERENGERE Margaritelli, l'IA, risque et opportunité pour le droit de la concurrence, JSS (Journal spécial des sociétés). Pour plus de détails voir : L'IA, risque et opportunité pour le droit de la concurrence (jss.fr)

3283 Jean-Gabriel GANASCIA, La révolution de l'IA (IA) en autonomie, Les Cahiers de la Revue Défense Nationale, p37.

3284 L'IA n'est qu'un procédé pour faciliter l'application et l'exécution du droit de la concurrence. Par exemple, les algorithmes d'IA peuvent être utilisés pour améliorer l'identification de pratiques anticoncurrentielles et l'exécution et le suivi de condamnations.

3285 *Le Système d'IA est un logiciel qui est développé au moyen d'une ou plusieurs des techniques et approches énumérées à l'annexe I et qui peut, pour un ensemble donné d'objectifs définis par l'homme, générer des résultats tels que des contenus, des prédictions, des recommandations ou des décisions influençant les environnements avec lesquels il interagit »,* Article 3 de la proposition de réglementation : Comm. eur., 21 avr. 2021, COM (2021) 206 final, Artificial Intelligence Act, p. 38.

3286 Si les formes traditionnelles de collusion en générale impliquent une communication directe entre les concurrents, la collusion algorithmique tire parti d'algorithmes sophistiqués pour faciliter les comportements anticoncurrentiels.

Dans ce cadre, la CE a lancé deux appels à contributions visant à promouvoir la concurrence dans les mondes virtuels, y compris l'IA. A travers ces appels à contributions, et selon le communiqué de l'Exécutif Européen, la Commission invite toutes les parties prenantes intéressées à partager leurs expériences et à fournir des commentaires sur le niveau de concurrence dans le contexte des mondes virtuels et de l'IA générative.

La Commission procéderait à un examen attentif de toutes les contributions, suite auquel elle pourrait organiser un atelier au deuxième trimestre 2024 pour rassembler toutes les différentes perspectives émergeant des contributions et poursuivre cette réflexion.3287

L'organe a donc insisté que l'application efficace des règles de concurrence de l'UE est essentielle pour maintenir la concurrence au sein du marché unique de l'UE, qui constitue le meilleur atout de l'Europe en termes de création d'emplois et de croissance économique.3288

En outre, la Commission examinerait certains accords étant conclus entre les grands acteurs du marché numérique et les développeurs et fournisseurs d'IA générative afin d'évaluer l'impact de ces partenariats sur la dynamique du marché.

D'autre part, la Commission a confirmé qu'elle procéderait à une évaluation minutieuse du partenariat entre Microsoft et OpenAI en vertu du règlement de l'UE sur les concentrations3289.

Celle-ci a suscité l'inquiétude d'autres autorités nationales de la concurrence quant aux effets anticoncurrentiels potentiels, tels que le verrouillage du marché ou la création de barrières à l'entrée pour les concurrents.

À ce titre, l'autorité allemande de la concurrence a estimé que le partenariat ne constituait pas une fusion à notifier, même si Microsoft acquerrait une "influence concurrentielle importante" sur OpenAI. L'autorité d a néanmoins déclaré qu'elle pourrait lancer une nouvelle enquête si Microsoft renforçait son contrôle sur OpenAI.

Partie2 : le droit de la concurrence à l'ére de l'IA : ruptures et continuité

L'IA est une force transformatrice qui façonne de manière significative de nombreux aspects de la société, y compris le domaine complexe du droit de la concurrence, transformant ainsi la manière dont les entreprises interagissent sur les marchés mondiaux.

Vu ces différentes modalités et dimensions dans le monde des affaires, notamment en droit de la concurrence, on procédera à une mise en exergue des multiples défis qui affronte son implémentation de l'IA **(Chapitre1)**, tout en se renseignant sur les perspectives d'avenir **(Chapitre2).**

Chapitre 1 : L'IA, vecteur de risques pour le droit de la concurrence

L'IA s'est avérée être un vrai instrument d'essor pour le droit de la concurrence. Cependant, on ne peut pas nier le fait qu'elle est susceptible de créer plusieurs risques résultant à un déséquilibre considérable dans le domaine de la concurrence tant au niveau structurel que fonctionnel.

Il s'agira alors d'explorer les risques générés par l'IA **(Section 1),** mais également d'en les différents mécanismes préventifs curatifs mis en application **(Section2).**

Section 1 : Exploration des risques générés par l'IA au niveau des entreprises et consommateurs

L'IA entraine plusieurs défis dans le domaine de la concurrence. Il convient alors de procéder à une énumération, non exhaustive, de ces derniers autant au niveau des entreprises, qu'à celui des consommateurs**.**

Concernant les entreprises, il faut dire que l'IA bouscule le droit de la concurrence comme peut-être aucune innovation technique ne l'avait fait auparavant en raison de ses effets gravement perturbateurs

3287 L'UE veut promouvoir la concurrence dans l'IA, publié dans Maroc Diplomatique, le 09/01/2024.

3288 Marie-Claude BENOIT, Le CEP publie une étude sur la concurrence dans le secteur de l'IA générative, publié le 03 Avril 2024.

3289 Microsoft, une entreprise technologique de premier plan, et OpenAI, une organisation de recherche sur l'IA, ont formé un partenariat stratégique pour collaborer au développement et au déploiement de technologies d'IA avancées.

sur le marché3290. Ces derniers se manifestent dans plusieurs pratiques anticoncurrentiels par excellence, dont le plus important:

- Le risque d'abus de position dominante3291 ayant un double aspect de point de vue de l'IA : le risque de discriminer les consommateurs en fonction de leur propension à acheter le bien ou le service d'une part, et le danger de l'auto-préférence, lorsqu'une plateforme utilise ses algorithmes pour favoriser ses produits ou services au détriment des concurrents de l'autre.

La célèbre affaire « *Google Shopping* » est une illustration de l'impact négatif que peuvent avoir les algorithmes sur le marché3292. C'est là un exemple topique d'abus d'éviction : la firme profite de sa position dominante sur le marché de la recherche (en sa qualité de moteur de recherche) pour avantager ses produits ou services sur le marché aval des comparateurs de prix et ainsi étouffer la concurrence.

Principales utilisatrices de ces technologies, les plateformes dites cruciales ou structurantes, dénommées *gatekeepers* (gardiens de porte) en raison de leur rôle clé dans l'accès à certains marchés, focalisent aujourd'hui à juste titre l'attention du droit de la concurrence3293.

Comme son nom l'indique, le consommateur est souvent défini comme un agent qui entretien avec les biens économiques une relation subjective et cherche en particulier à maximiser la satisfaction que leur procure la consommation de ces biens3294. De ce fait, il peut se trouver dans des situations qui peuvent porter préjudice à sa position économique puisqu'il est souvent synonyme à la partie la plus faible3295. De même, il se voit proposer, de plus en plus couramment, un panel d'offres commerciales particulièrement adaptées, ou à tout le moins visant, son profil3296.

Trois types de dommages pour le consommateur peuvent être considérés3297. Le premier type de dommage tient à la réduction des choix qui lui sont ouverts3298. Ce type de risques repose sur plusieurs techniques usant principalement l'IA. C'est le cas par exemple de la manipulation algorithmique, de l'architecture de présentation des choix volontairement trompeuses, et surtout la diffusion de fausses informations sur la qualité des services3299. Ces dernières présentent deux

3290 Lucas Bettoni, « Les autorités de concurrence face au défi de l'IA », presses de l'université Toulouse Capitole, p540.

3291 « L'abus de position dominante vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou à la suite de la présence de l'entreprise en question, qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normales des services et des produits sur la base de prestation des opérateurs économiques au maintien du développement de la concurrence exercée sur le marché ou au développement de cette concurrence »
Emmanuel COMBE, La politique de la concurrence, 2016, p76.

3292 Comm. UE, 27 juin 2017, aff. AT.39740 ; confirmé par Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17. En l'espèce, Google avait conçu un algorithme servant à rétrograder, sur les pages de résultats de son moteur de recherche, les comparateurs de prix concurrents à son propre service de comparaison de prix. La Commission en a conclu à un abus de position dominante. C'est là un exemple topique d'abus d'éviction : la firme profite de sa position dominante sur le marché de la recherche (en sa qualité de moteur de recherche) pour avantager ses produits ou services sur le marché aval des comparateurs de prix et ainsi étouffer la concurrence.

3293 V. not. M. MALAURIE-VIGNAL, « Concurrence et numérique : un foisonnement d'idées pour dominer les géants », CCE 2020, étude 17.

3294 Guéliffo Hountondji, comprendre la microéconomie, 2015, p11.

3295 JUAN Carlos, VILLALBA Cuellar, Le droit de la consommation : entre protection de la partie faible et bon fonctionnement du marché, thèse de doctorat en droit privé, Université Paris 1 panthéon Sorbonne, 2022, P 52.

3296 Le consommateur interagit donc, directement ou indirectement, avec des intelligences artificielles bien plus souvent qu'il ne peut être amené à le considérer. Il s'agit de profilage, qui permet l'exécution d'algorithmes dit de « coptologie », mène à des suggestions de produits et contenus à consommer.

3297 Dans le même temps, le recours à l'I.A. est indubitablement porteur de gains d'efficience (de Marcellis-Warin et Warin, 2020).

3298 « *As behavioral economics littérature shows, the setting of the default can often determine the outcome (even when transaction costs are minimal)* » (Ezrachi et Stucke, 2020, p. 48).

3299 Nathalie DE MARCELLIS-WARIN, Frédéric MARTY, Eva THELISSON, Thierry WARIN : « intelligence artificielle et manipulations des comportements de marché : l'évaluation ex ante dans l'arsenal du régulateur », Revue internationale de droit économique 2020/2 t. XXXIV, p214.

caractéristiques particulièrement problématiques **:** Premièrement, elles ne sont pas perceptibles au préalable par les consommateurs qui font face à une information incomplète et asymétrique3300. Même après la consommation du service, le client ne peut réellement évaluer sa qualité. Il s'agit donc bien plus de « biens de confiance » que de « biens d'expérience »3301. Deuxièmement, la détection par les autorités de supervision des marchés est particulièrement difficile pour deux raisons : une tient aux difficultés de détection des stratégies algorithmiques, une autre au fait que certaines de ses pratiques se situent à la confluence de la protection des données, de la protection du consommateur et de celle de la concurrence.

Alors que le deuxième type de dommage réside dans la possibilité de la manipulation des choix et donc du comportement du consommateur3302. À ce titre, l'I.A permet des changements et ruptures des paradigmes commerciaux habituels, puisqu'elle peut être utilisée dans le cadre de stratégies conduisant à une limitation de la liberté de choix des consommateurs. Ces derniers peuvent voir l'éventail de leurs choix se réduire en fonction de leur consommation passée, ou encore en fonction du segment de clientèle auquel l'algorithme les rattache**.3303**

Un troisième type de dommage correspond, de son coté, à ce qu'on peut qualifier d'abus d'exploitation3304. Souvent une segmentation très fine des clients, permettant de proposer des prix quasiment personnalisés, peut être conduite par l'IA3305.

Il convient en outre de relever que la discrimination entre les clients peut également prévaloir en cas de prix uniforme. Par conséquent, le vendeur peut profiter de l'avantage informationnel qu'il sait posséder sur son client et de la flexibilité de la production que permettront de façon croissante les modèles d'industrie. De sa part, le consommateur moins expert peut se voir proposer des offres in fines plus coûteuses que la valeur intrinsèque de l'offre personnalisée qui lui est faite3306.

Le consommateur voit son bien-être dégradé au travers d'abus d'exploitation prenant la forme d'un prix personnalisé confiscateur (de son surplus), d'une offre dont le rapport qualité-prix est dégradé ou prenant la forme de barrières à la sortie.

D'autre part, la capacité à prédire les caractéristiques du consommateur (expertise technique, capacité à payer, etc.) permet de faire des offres conduisant à extraire la totalité de son surplus (ce que ne permettraient pas de faire des prix uniformes ou des prix imparfaitement différenciés) ou conduisant à des offres discriminatoires, que cela soit en matière de prix ou de qualité des produits et services proposés3307.

Section 2 : Prévention des risques provoqués par l'IA

Il va sans dire que l'IA pose plusieurs risques autant pour les consommateurs que pour le droit de la concurrence en tant que tel. C'est la raison pour laquelle l'intégration de solutions ou de

3300 Op. Cit., p209.

3301 Karpik L., « traité de sociologie économique », Paris, PUF (Presse Universitaire de France), 2013.

3302 L'une des notions de base dans la manipulation du consommateur par l'IA est le « dark pattern » qui recouvre des manipulations du comportement des consommateurs, basées sur l'identification fine de leurs caractéristiques et plus précisément de leurs faiblesses.

Le terme de pattern désigne la configuration qui ressort de l'observation des différentes données collectées. La forme prise par le nuage de points peut être un indice de pratiques contraires aux règles de concurrence.

3303 L'éventail des solutions disponibles n'est pas artificiellement refermé, mais le comportement du consommateur est altéré par la production de stimuli destinés à biaiser sa décision. Voir: Agrawal A., Gans J. and Goldfarb A., 2017, « How AI Will Change Strategy: A Thought Experiment », Harvard Business Review, https://hbr.org/2017/10/how-ai-will-change strategy-a-thought-experiment (25 novembre 2020).

3304 Certains auteurs l'ont examiné dans le contexte des stratégies de prix sur les marchés numériques (Warin et Leiter, 2012 ; Warin et Troadec, 2016) ainsi que sous un angle d'économie du droit (Marciano, Nicita, et Ramello, 2020).

3305 Nathalie DE MARCELLIS-WARIN, Frédéric MARTY, Eva THELISSON, Thierry WARIN, Op. Cit., p224.

3306 Marty F. and Warin T., 2019. "The Use of AI by Online Intermediation Platforms: Conciliating Economic Efficiency and Ethical Issues", Delphi, 4/2019, pp.217-2250.

3307 Nathalie DE MARCELLIS-WARIN, Frédéric MARTY, Eva THELISSON, Thierry WARIN : « IA et manipulations des comportements de marché : l'évaluation ex ante dans l'arsenal du régulateur », Revue Internationale de Droit Économique, 2020, p. 211.

recommandations pour prévenir les risques est nécessaire. A cela apparait l'importance de plusieurs procédés à prendre, qu'il soit sur le plan juridique ou institutionnel.

Certes, une préservation et protection optimales de la vie privée des consommateurs et des données, nécessitent des dispositions en matière d'accès aux données et à leur utilisation, de surveillance, de suivi et de contrôle3308.

Au Maroc, le contexte encadrant est bel et bien défini en la matière. Il s'agit notamment de la loi 53-05 relative à l'échange électronique des données juridiques, la loi 43-20 relative aux services de confiance pour les transactions électroniques, ainsi que la loi 07-03 complétant le code pénal en ce qui concerne les infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé des données.

Le législateur marocain a été conscient de l'importance de la cybersécurité comme étant un procédé susceptible de renforcer la sécurité des données cryptées à savoir le domaine de la concurrence. De leur côté, les entreprises doivent donc être vigilantes au traitement des données associées à l'identité de leur client, aux personnes ayant accès à ces données et au stockage de ces données. Ces dispositifs doivent se conformer aux règles et lois en vigueur3309.

C'est ainsi que l'entreprise, ou toute personne ayant recours à l'IA vis-à-vis des consommateurs, pourrait conjurer les menaces de cette innovation et profiter des opportunités que recèlent toujours une situation évolutive ou une période de transition et d'incertitude, en facilitant l'acceptation des changements et en réduisant les facteurs de rejet, notamment chez les consommateurs les plus âgés.

La phase de formation et de familiarisation des utilisateurs avec l'IA est primordiale sans pour autant négliger le temps nécessaire à son acceptation sociale. Par conséquent, les jeunes consommateurs, plus réceptifs à ces nouveautés technologiques peuvent s'impliquer plus facilement dans l'adoption de l'IA, et de ces robots collaboratifs notamment3310.

Dans cette perspective, apparait l'importance de la vieille juridique comme étant une notion favorisant la mise en œuvre d'un dispositif de surveillance de l'évolution des lois et règlements dans son domaine d'activité. Cette surveillance permet d'anticiper les actions du législateur ou tout décideur politique dans le sens des intérêts de notre entreprise. La veille juridique apparaît donc comme un instrument d'influence et de lobbying3311.

En effet, une surveillance de près l'évolution des réglementations accompagnée d'une analyse adéquate des décisions judiciaires pertinentes, et d'une identification des meilleures pratiques en matière de conformité, peut aider à anticiper et atténuer les risques potentiels liés à l'utilisation de l'IA.

De plus, cette surveillance permet de détecter les tendances du marché de la concurrence, y compris les actions des concurrents, offrant ainsi aux entreprises la possibilité de s'adapter rapidement et de prendre des mesures proactives pour se conformer aux réglementations et éviter les pratiques anticoncurrentielles ayant lieu sur internet.

Une prévention optimale face aux défis qu'imposent l'IA, doit prendre en considération l'approche institutionnelle qui implique souvent la formalisation de règles et procédures, consolidant ainsi un cadre structuré et stable du phénomène étudier. Au Maroc, cette prise de conscience s'est concrétisée dans le Conseil de la Concurrence ainsi que la HACA3312 qui jouent un rôle proactif dans la régulation et la prévention des risques liés à l'IA en droit de la concurrence. Ce rôle s'accentue de plus quand il s'agit de garantir un environnement concurrentiel sain et équitable, tout en encourageant

3308 Axel CYPEL, Voyage au bout de l'IA : ce qu'il faut savoir sur l'IA, livre publié le 24 octobre 2023, p160.

3309 Med Taher SBIHI, Le droit de cybersécurité au MAROC, lauréat de la faculté de Droit et des sciences économiques de Rabat et du cycle supérieur de gestion de l'ISCAE de Casablanca, LTE Magasin (consulté le 13 septembre 2024 à 00H06).

3310 Officiel Prevention : Sécurité au travail, prévention risque professionnel. Officiel Prevention, annuaire CHSCT (officiel-prevention.com)

3311 Emmanuel DJUATIO, « Le réseau, outil de veille et de développement de l'entreprise », innovations, Cahiers d'économie de l'innovation n°19, 2004-1, p 197.

3312 Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle

l'innovation et la croissance économique. Sur le niveau pratique la mission de ces organes concerne surtout :

- ***La surveillance de la concurrence déloyale :*** elle focalise sur la surveillance des pratiques des entreprises pour s'assurer du respect des règles de la concurrence. Cela inclut la détection et la prévention des pratiques anticoncurrentielles qui pourraient découler de l'utilisation de l'IA, telles que la collusion algorithmique entre concurrents ou l'abus de position dominante grâce à des algorithmes de tarification dynamique.
- ***L'examen des fusions et acquisitions :***il se penche surtout sur l'examen des transactions ayant pour conséquence réduction de la concurrence sur le marché lors des fusions ou des acquisitions mutuelles. Les autorités doivent être, par conséquent, conscientes des implications lors des changements structurelles sur l'innovation, la diversité des offres et les prix pour les consommateurs.
- ***La régulation des plateformes numériques :*** étant donné l'importance des plateformes numériques usant des algorithmes d'IA3313, elles sont assujetties à une régulation stricte de la part des autorités de la concurrence pour s'assurer qu'elles ne favorisent pas leurs propres produits ou services au détriment des concurrents, ou qu'elles n'abusent pas de leur position pour exclure d'autres acteurs du marché.
- ***La transparence et responsabilité des algorithmes3314 :*** il faut dire que l'engagement de la responsabilité, au sens purement juridique, de l'IA est sujet d'un grand débat3315. En effet, les autorités de la concurrence peuvent encourager la transparence de tels algorithmes en exigeant la divulgation des données et des méthodes utilisées par ces derniers, ainsi que la mise en œuvre des mécanismes de supervision pour détecter et corriger les biais ou les comportements anticoncurrentiels.
- ***La collaboration internationale :*** Étant donné que les défis posés par l'IA en matière de concurrence sont souvent transnationaux, les autorités de la concurrence peuvent également jouer un rôle dans la coopération internationale. Cela peut impliquer l'échange d'informations, la coordination des enquêtes et le développement de normes communes pour aborder les problèmes de concurrence liés à l'IA à l'échelle mondiale3316.

En ce qui concerne la HACA, bien qu'elle soit plus spécifiquement axée sur la régulation des médias audiovisuels, elle peut également jouer un rôle dans la régulation des plateformes en ligne qui diffusent du contenu généré par des algorithmes d'IA. Cela pourrait inclure la supervision des algorithmes de recommandation de contenu pour s'assurer qu'ils ne favorisent pas la diffusion de désinformation ou qu'ils ne nuisent pas à la diversité des opinions et des sources d'information.

Vu l'importance du contexte international dans toute approche concernant le phénomène de la concurrence (juridique, économique, culturelle, etc.)3317, un cadre réglementaire mondial axé sur la transparence, la responsabilité et l'inclusivité est essentiel pour que tous puissent profiter des avantages de l'IA. Un tel constat a été affirmé par le secrétaire générale de la CNUCED, à l'occasion de la Journée mondiale des droits des consommateurs, le 15 mars3318.

En effet, il n'est pas méconnu que l'IA est très prometteuse pour le bien-être des consommateurs, grâce à la personnalisation des produits et des services, à l'optimisation de l'assistance à la clientèle et

3313 La plateforme numérique désigne, de façon très large, l'acteur ou le lieu de la mise en relation technique entre des agences hétérogènes. (Par Jean-Samuel BEUSCART et Patrice FLICHY, revue réseaux, 2018/6, n°212, p9)

3314 L'une des plus pertinentes définitions est celle proposée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) : « Un algorithme est la description d'une suite d'étapes permettant d'obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée ». (Par Vincent Cohen-Addad, « Comprendre les algorithmes, leurs risques et leurs promesses. Que recouvre le champ de recherche des algorithmes ? Quelles en sont les limites et les perspectives de développement ? » ; Questions de communication 2022/1 n° 41).

3315 Jamal ATIF, responsabilité, autorité et gouvernance des algorithmes, Hermès la revue 2019/3, n°85, p44.

3316 Cécile Théard-Jallu : « Law and ethics around artificial intelligence, acceleration in Europe and France », Actualités Pharmaceutiques Volume 60, Issue 611, December 2021, Pages 30-35.

3317 Voir à ce propos : Philippe Moreau Defarges, Le droit dans le système international : plus qu'un instrument ? politique etrangére 2019/4, Hiver, p 11-22.

3318 CNUCED : Améliorer le fonctionnement de l'IA pour les consommateurs et les sociétés

au traitement des litiges en ligne. Néanmoins, son utilisation suscite de plus en plus d'inquiétudes, car les efforts déployés pour régir cette technologie continuent de se heurter à des obstacles dans le monde entier3319.

Actuellement, une poignée de géants mondiaux de la technologie contrôlent la plupart des flux de données et des revenus des services numériques. Une telle concentration centralise l'orientation et les avantages de l'IA, ce qui constitue une menace pour la concurrence loyale et aggrave les fractures technologiques déjà existantes, fondées sur la géographie, le sexe, le revenu et la race.3320

Dans cette perspective, la CNUCED3321, intensifie ses appels en faveur d'une plus grande sensibilisation et de cadres réglementaires mondiaux solides, y compris une nouvelle génération de politiques de protection des consommateurs afin de garantir que l'IA profite à tous.

Plus généralement, la CNUCED contribue aux efforts déployés par l'organe consultatif sur l'IA du Secrétaire Général de l'ONU, chargé d'analyser et de formuler des recommandations sur le développement et l'utilisation éthiques de cette technologie transformatrice. Ce dernier ne cesse de plaider en faveur d'un cadre mondial pour guider une IA équitable et responsable, en soulignant la nécessité de la transparence, de la responsabilité et de l'inclusion3322.

Il s'agit donc de rendre les algorithmes d'IA plus transparents et les pratiques de collecte de données plus responsables, plutôt que de laisser les entreprises technologiques soustraire leurs systèmes à l'examen du public.

Du point de vue de la responsabilité, les développeurs doivent veiller à ce que les technologies d'IA aient un impact positif sur les sociétés dans leur ensemble. De plus, les systèmes d'IA devraient être aussi diversifiés et inclusifs que le monde qu'ils sont censés servir.

De leur part, les politiques publiques doivent guider l'innovation et la conception de l'IA afin d'atténuer, et non de perpétuer, les préjugés humains enracinés dans des inégalités socioéconomiques de longue date. Elles doivent également veiller à ce que les biens et services alimentés par l'IA atteignent les populations vulnérables et marginalisées3323.

En somme, la coopération internationale demeurait essentielle pour aider à élaborer des stratégies nationales alignées sur les principes mondiaux, en favorisant un environnement favorable au consommateur. Au même titre, la CNUCED est appelée également à exhorter les entreprises technologiques à adopter des pratiques éthiques de développement de l'IA, en privilégiant le bien-être des consommateurs et les avantages pour la société plutôt que les profits à court terme3324.

Chapitre 2 : Perspectives de l'interaction entre l'IA et le droit de la concurrence

L'interaction entre le droit de la concurrence et l'IA ouvre de vastes perspectives, puisque cette dernière continue de transformer les modèles commerciaux et les stratégies concurrentielles. Cette convergence entre la technologie et le droit de la concurrence rend le paysage réglementaire plus complexe, nécessitant à la fois un cadre juridique adapté à l'évolution technologique **(Section1)**, et une expertise technique pour comprendre pleinement les implications juridiques des technologies émergentes **(section 2)**.

Section 1 : Évolution du cadre juridique pour mieux répondre aux défis

L'adoption de l'*AI Act* par le Parlement Européen le 13 mars 2024, a été largement motivée par une prise de conscience internationale de la nécessité d'encadrer l'IA dans le domaine de la concurrence. Cette législation vise à équilibrer le développement de l'IA tout en maîtrisant les risques potentiels, notamment ceux liés aux comportements anti-concurrentiels induits par les algorithmes et le machine Learning.

3319 Ibid
3320 (unctad.org)
3321 L'Agence des Nations Unies Chargée de la Protection des Consommateurs.
3322 Alexandre Vial, « Systèmes d'IA et responsabilité civile : droit positif et proposition de réforme », Université Bourgogne Franche-Comté, 2022. Français.
3323 Ibid
3324 Ibid

Les autorités de régulation, conscientes que le droit de la concurrence peut être dépassé par ces technologies, cherchent à adapter leurs instruments et à développer de nouvelles méthodes pour détecter les ententes et les abus de position dominante. Ainsi, le cadre juridique évolue vers une régulation plus fine, qui prend en compte les spécificités de l'IA, tout en soutenant l'innovation et en protégeant le jeu normal de la concurrence.

La volonté s'est focalisée sur la promotion des potentialités de l'IA tout en encadrant les risques pesant sur les droits fondamentaux. Pour ce faire, l'*AI Act* est conçu pour être adaptable avec l'évolution technologique, à l'aide d'un mécanisme de mise à jour simplifié.

De même, l'approche de l'*AI Act* concernant les fournisseurs de systèmes d'IA, est fondée sur une identification de 4 niveaux de risques et un encadrement adapté à chacun3325 :

- Le risque inacceptable rend l'usage du système d'IA interdit (ex : exploitation de la vulnérabilité d'un groupe de personnes pour causer un dommage) ;
- Le risque élevé nécessite des mesures de mise en conformité by design, notamment une politique contraignante de gouvernance des données, l'information des utilisateurs (ex : gestion des salariés, dispositifs médicaux) ;
- Le risque limité engendre des mesures simplifiées, dont une obligation de transparence vis-à-vis des utilisateurs (ex : filtre anti-spam).
- Le risque minimal n'est pas réglementé (y compris la majorité des applications d'IA actuellement disponibles sur le marché unique de l'UE, telles que les jeux vidéo et les filtres anti-spam activés par l'IA - au moins en 2021 ; cette situation est en train de changer avec l'IA générative).

Pour les organisations utilisatrices d'IA, diverses obligations sont prévues. C'est le cas du contrôle des données d'entrée, de la conservation des journaux et la suspension de l'utilisation en cas de non-conformité. Cette réglementation est applicable non seulement aux organisations qui conçoivent ou utilisent des technologies d'IA au sein de l'Union Européenne mais aussi à tout opérateur traitant sur le marché unique européen.

Au niveau de la répression, les sanctions financières s'élèveront jusqu'à 35 millions d'euros ou 7% du chiffre d'affaires annuel consolidé.

Enfin, pour l'Europe, l'ambition de régulation de l'IA s'étend au-delà de l'*AI Act*. D'autres projets de textes sont susceptibles de s'appliquer à l'IA, notamment les propositions de Règlement du 21 avril 2021 relatif aux machines, y compris les robots, et la Direction sur la responsabilité civile extracontractuelle en matière d'IA du 28 septembre 2022.3326

D'autre part, au niveau juridictionnel, il faut rappeler que la nature contractuelle du droit des affaires, incluant le droit de la concurrence, requiert l'adoption de règles et de procédures à la fois spécifiques à la logique des affaires et dérogatoires aux principes traditionnels3327, car le droit de la concurrence est motivé par un besoin d'efficacité. La légitimité de ces revendications réside dans le fait que ces tribunaux tiennent compte de la situation exceptionnelle du marché de la concurrence. Effectivement, les tribunaux classiques se distinguent par leur encombrement, le coût prohibitif des poursuites judiciaires, la lenteur du processus, la complexité des démarches à suivre et le formalisme qui entrave souvent l'exercice réel des droits substantiels des consommateurs devant les tribunaux3328. Il serait

3325Sabrin MAECELLIN : « IA et videoprotection augmentée : quel cadre », https://www.village-justice.com/articles/videoprotection-augmentee-quel-cadre,49376.html (consulté le 14/10/2024)

3326 https://www.avocats-mathias.com/technologies-avancees/ia-nouveau-cadre-juridique

3327 Benoît MOORE. "Sur l'avenir incertain du contrat de consommation", Les cahiers de droit. Volume 49, Numéro 1, mars 2008, p 5.

3328 Pierre-Claude LAFOND : les voies de justice du consommateur, éditions Yvon Blais, septembre 2018, p 135.

donc préférable de créer des tribunaux spéciaux dédiés aux pratiques anticoncurrentielles3329 qui suscitent déjà des débats dans le domaine du droit comparatif3330.

Section 2 : le droit de la concurrence et l'IA : perspectives et opportunités d'évolutions

Les entreprises adoptent, de plus en plus, des technologies issues de l'IA3331 (algorithmes de Machine Learning, le Deep Learning, le Traitement Naturel du Langage, Computer Vision, Tensorflow et Keras). Cette évolution rapide des technologies a profondément transformé le paysage du droit de la concurrence, introduisant ainsi une complexité sans précédent. Cette dernière constitue, selon plusieurs auteurs, une problématique multifacette qui nécessite une analyse approfondie3332. En effet, les avancées rapides dans le domaine de l'IA ont entraîné une diversification et une sophistication des techniques utilisées, allant des modèles d'apprentissage automatique aux réseaux neuronaux profonds3333. Cette diversité rend souvent difficile la compréhension exhaustive de ces technologies, même pour les experts en informatique.

En particulier, les algorithmes d'IA utilisés pour la fixation dynamique des prix peuvent ajuster rapidement les prix en fonction des coûts, de la demande et des prix des concurrents, soulevant ainsi des questions sur leur conformité aux principes de concurrence équitable.

De plus, l'utilisation de ces algorithmes par les grandes entreprises peut conduire à des abus de position dominante, étant donné qu'elles disposent souvent d'énormes quantités de données leur conférant un avantage concurrentiel significatif3334.

Certains auteurs ont même identifié un "*Enforcement Gap*" dans la doctrine Anglo-Américaine, suggérant que les autorités de la concurrence pourraient être dépassées par les avancées technologiques et que le droit de la concurrence pourrait nécessiter une mise à jour pour demeurer efficace.3335

Sans aucun doute, la convergence des technologies issue de l'IA, crée de nouveaux défis en matière de réglementation et de gouvernance.3336 En effet, elle peut potentiellement transformer les industries, mais elle nécessite, en contrepartie une compréhension interdisciplinaire approfondie pour garantir une application efficace du droit de la concurrence.

Face à la complexité que peut générer l'utilisation de l'IA, la nécessité d'une expertise face à ses complexités technologiques dans le droit de la concurrence est devenue impérative en raison de l'évolution rapide et de l'impact profond de ces technologies sur les marchés économiques.3337

Dans la même optique, l'expertise en la matière acquiert une importance accrue pour des raisons diverses :

- L'identification et compréhension des risques potentiels de collusion algorithmique, où les systèmes d'IA peuvent inconsciemment coordonner des prix ou des stratégies de marché sans intervention humaine directe, posant ainsi de nouveaux défis pour les autorités antitrust. Les experts peuvent

3329 L'institution des juridictions propres aux conflits liées au droit de consommation était l'un des revendications de la « FNAC Maroc » dans son rapport annuel du développement. Voir à ce propos « Les Casablancais de plus en plus réactifs », LE MATIN, 05 septembre 2012.

3330 Simon CARREAU « Consommateurs et accès à la justice : un guichet unique pour les consommateurs », Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, juin 2011.

3331 CHARLES-ALBERT LEHALLE, La finance de marché à l'ère de l'intelligence bon marché, Revue d'économie financière, 2019/3, n°135.

3332 Hosna AFAINO, « Un cadre juridique s'impose pour maîtriser l'usage de l'IA », MAP (Agence Marocaine de Presse), consulté le 11/10/2024.

3333 Voir Ribeiro/Singh/Guestrin, Why Should I Trust You? Explaining the Predictions of Any Classifier, report de la 22e Conference international ACM SIGKDD (Knowledge Discovery and Data Mining) 2016, pp. 1135-1144 (1139).

3334 Berengére Margaritelli, Op. cit.

3335 Observe par jean christophe roda.

3336 Pascal AGOSTI, Comment les algorithmes peuvent enfreindre le droit de la concurrence, consulté le 22/09/2024. https://www.usine-digitale.fr/article/comment-les-algorithmes-peuvent-enfreindre-le-droit-de-la-concurrence.N998659

3337Berengére Margaritelli, Op. cit.

également aider à évaluer l'impact des technologies de l'IA sur la concurrence et à élaborer des stratégies pour promouvoir l'innovation tout en prévenant les comportements anticoncurrentiels3338.
- la connaissance approfondie de l'IA pour équilibrer efficacement l'innovation et la régulation3339.En effet, la traduction des complexités techniques en directives juridiques compréhensibles et applicables, assure la pertinence des lois face à l'avancement technologique3340.
- la protection des consommateurs en veillant à ce que les avantages de l'IA ne soient pas compromis par des pratiques anticoncurrentielles qui pourraient limiter le choix ou augmenter les prix. Les experts aident ainsi à maintenir un équilibre entre la protection des consommateurs et la promotion d'un environnement concurrentiel sain, essentiel pour le progrès économique et l'innovation3341.

À mesure que les défis posés par les technologies évoluent, les avancées rapides dans les algorithmes d'IA, notamment ceux utilisés pour la fixation des prix et l'analyse des données, exigent une compréhension approfondie de leur fonctionnement et de leurs implications juridiques.
Les acteurs du droit de la concurrence, de leur part, peuvent mieux répondre aux défis posés par l'économie numérique et garantir une concurrence équitable et efficace pour les marchés du futur par plusieurs procédés, notamment :
- **Le smart antitrust :** ce concept représente une approche novatrice dans le domaine du droit de la concurrence, qui tire parti de l'expertise en IA pour améliorer l'efficacité des régulateurs et des praticiens du droit. En effet, la smart antitrust vise à mieux comprendre les dynamiques du marché et à identifier les comportements anticoncurrentiels de manière proactive, surtout avec l'intégration des techniques d'IA telles que l'apprentissage automatique et l'analyse prédictive. Cette approche permet aux autorités de la concurrence de détecter plus rapidement les signaux d'alerte et de prendre des mesures préventives pour protéger la concurrence et les consommateurs3342.
- **Enforcement GAP (le fossé d'application) :** ce procédé fait référence aux différents défis posés par l'évolution rapide de l'IA et son impact sur les marchés.
Sur le niveau pratique, il faut dire que la concentration croissante du pouvoir économique et politique au profit des grandes entreprises technologiques a contribué dans le renforcement de la capacité des régulateurs à appliquer efficacement le droit de la concurrence3343. Dans ce contexte, un nouveau régime de concurrence ex ante, adapté aux technologies a été mis en œuvre.3344

Conclusion

En guise de conclusion, la digitalisation, la numérisation, et la robotisation ont métamorphosé notre monde, simplifiant les procédures et remodelant, par la même occasion, la manière dont nous interagissons avec l'environnement. Cette révolution technologique a transcendé les frontières de multiples secteurs, impactant profondément le tissu de la société.
Le monde juridique, en particulier, n'a pas échappé à cette transformation, puisque beaucoup de théories et principes, issus du droit classique, se sont trouvés dépassés, voir défiés, en présence de l'IA (ex : la qualification des pratiques anticoncurrentiels, la responsabilité pénale et civile, la preuve, la sanction…etc.).

3338Sabine Marcelline, encadrement juridique intelligence artificielle les reponses essentielles, consulté le 13/09/2024 https://www.village-justice.com/articles/encadrement-juridique-intelligence-artificielle-les-reponses-essentielles,47035.html
3339 C'est le cas de l'adoption de l'AI Act par le Parlement européen
3340Théophane Hartmann, Garantir la concurrence dans le domaine de l'IA est essentiel pour préserver la démocratie, selon des experts, consulté le 14/09/2024.
https://www.euractiv.fr/section/intelligence-artificielle/news/garantir-la-concurrence-dans-le-domaine-de-lia-est-essentiel-pour-preserver-la-democratie-selon-des-experts/
3341 https://www.connaitre-ses-droits.net/expertise-judiciaire-et-resolution-des-litiges-en-droit-de-la-concurrence
3342https://www.squirepattonboggs.com/en/services/key-issues/artificial-intelligence/ais-impact-on-antitrust-and-competition-law-issues
3343 Andreas von Bonin, Sharon Malhi, « L'utilisation de l'intelligence artificielle dans l'avenir de l'application du droit de la concurrence Obtenir l'accès Flèche », Journal of European Competition Law & Practice, Volume 11, Numéro 8, Octobre 2020, Pages 468–471, https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa077 Publié : 27 octobre 2020, consulté le 15/10/2024.
3344 Sabine Marcelline, encadrement juridique intelligence artificielle les reponses essentielles, Op. cit.

Notre étude s'est attachée donc à analyser la rapidité de l'innovation dont les technologies d'IA évoluent constamment, ce qui rend difficile l'adaptation du droit de la concurrence à cette cadence. L'objectif s'est donc aligné à démontrer que les notions fondamentales du droit de la concurrence peuvent être adaptés pour réguler les interactions impliquant l'IA.
Par conséquent, face aux défis théoriques, techniques et internationales, le droit de la concurrence devrait adopter une nouvelle approche multidisciplinaire, prenant en compte la dimension économique, sociale, et politique.

Bibliographie :

- إريك شميدت: الذكاء الاصطناعي والمنافسة الاستراتيجية العالمية، للمزيد انظر: الذكاء الاصطناعي والمنافسة الاستراتيجية العالمية (alarabiya.net)
- Jonathan Paiano : « Révolution de l'IA : comment les nouvelles générations d'IA vont transformer le monde » .
- Kristalina GEORGIEVA, « L'IA transformera l'économie mondiale. Faisons en sorte que l'humanité y soit gagnante », pour plus de détails voir : (imf.org)
- Jean-Gabriel GANASCIA, La révolution de l'IA (IA) en autonomie, Les Cahiers de la Revue Défense Nationale.
- Marie-Claude BENOIT, Le CEP publie une étude sur la concurrence dans le secteur de l'IA générative, publié le 03 Avril 2024.
- Guéliffo Hountondji, comprendre la microéconomie, 2015.
- Lucas Bettoni, « Les autorités de concurrence face au défi de l'IA », presses de l'université Toulouse Capitole, p540. Emmanuel COMBE, La politique de la concurrence, 2016.
- V. not. M. MALAURIE-VIGNAL, « Concurrence et numérique : un foisonnement d'idées pour dominer les géants », CCE 2020, étude 17.
- JUAN Carlos, VILLALBA Cuellar, Le droit de la consommation : entre protection de la partie faible et bon fonctionnement du marché, thèse de doctorat en droit privé, Université Paris 1 panthéon Sorbonne, 2022.
- Nathalie DE MARCELLIS-WARIN, Frédéric MARTY, Eva THELISSON, Thierry WARIN : « intelligence artificielle et manipulations des comportements de marché : l'évaluation ex ante dans l'arsenal du régulateur », Revue internationale de droit économique 2020/2 t. XXXIV.
- Karpik L., « traité de sociologie économique », Paris, PUF (Presse Universitaire de France), 2013.
- Agrawal A., Gans J. and Goldfarb A., 2017, « How AI Will Change Strategy: A Thought Experiment », Harvard Business Review, https://hbr.org/2017/10/how-ai-will-change strategy-a-thought-experiment (25 novembre 2020).
- Marty F. and Warin T., 2019. "The Use of AI by Online Intermediation Platforms: Conciliating Economic Efficiency and Ethical Issues", Delphi, 4/2019.
- Axel CYPEL, Voyage au bout de l'IA : ce qu'il faut savoir sur l'IA, livre publié le 24 octobre 2023.
- Emmanuel DJUATIO, « Le réseau, outil de veille et de développement de l'entreprise », innovations, Cahiers d'économie de l'innovation n°19, 2004-1, p 197.
- Jean-Samuel BEUSCART et Patrice FLICHY, revue réseaux, 2018/6, n°212.
- Vincent Cohen-Addad, « Comprendre les algorithmes, leurs risques et leurs promesses. Que recouvre le champ de recherche des algorithmes ? Quelles en sont les limites et les perspectives de développement ? » ; Questions de communication 2022/1 n° 41.
- Jamal ATIF, responsabilité, autorité et gouvernance des algorithmes, Hermès la revue 2019/3, n°85.
- Cécile Théard-Jallu : « Law and ethics around artificial intelligence, acceleration in Europe and France », Actualités Pharmaceutiques Volume 60, Issue 611, December 2021.

- Philippe Moreau Defarges, Le droit dans le système international : plus qu'un instrument ? politique etrangére 2019/4, Hiver.
- Alexandre Vial, « Systèmes d'IA et responsabilité civile : droit positif et proposition de réforme », Université Bourgogne Franche-Comté, 2022. Français.
- Benoît MOORE. "Sur l'avenir incertain du contrat de consommation", Les cahiers de droit. Volume 49, Numéro 1, mars 2008.
- Pierre-Claude LAFOND : les voies de justice du consommateur, éditions Yvon Blais, septembre 2018.
- Simon CARREAU « Consommateurs et accès à la justice : un guichet unique pour les consommateurs », Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, juin 2011.
- Andreas von Bonin, Sharon Malhi, « L'utilisation de l'intelligence artificielle dans l'avenir de l'application du droit de la concurrence Obtenir l'accès Flèche », Journal of European Competition Law & Practice, Volume 11, Numéro 8, Octobre 2020, Pages 468–471, https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa077 Publié : 27 octobre 2020.
- CHARLES-ALBERT LEHALLE, La finance de marché à l'ère de l'intelligence bon marché, Revue d'économie financière, 2019/3, n°135.
- Hosna AFAINO, « Un cadre juridique s'impose pour maîtriser l'usage de l'IA », MAP (Agence Marocaine de Presse).
- Ribeiro/Singh/Guestrin, Why Should I Trust You? Explaining the Predictions of Any Classifier, report de la 22e Conference international ACM SIGKDD (Knowledge Discovery and Data Mining) 2016.
- Commission Union Européenne, 27 juin 2017, affaire AT.39740 ; confirmé par Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17.
- Commission Européene, 21 avr. 2021, COM (2021) 206 final, Artificial Intelligence Act.
- Le manuel du Comité de Pilotage, 2éme version, Juin 2022.
- CNIL, Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'IA, 15 déc. 2017.
- Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions. Un plan coordonné dans le domaine de l'IA, Bruxelles, le 7.12.2018.
- Commission européenne lignes directives en matière de éthiques pour une IA digne de confiance, 8 avril 2019, p1.
- BERENGERE Margaritelli, l'IA, risque et opportunité pour le droit de la concurrence, JSS (Journal spécial des sociétés). Pour plus de détails voir : L'IA, risque et opportunité pour le droit de la concurrence (jss.fr)
- Med Taher SBIHI, Le droit de cybersécurité au MAROC, , LTE Magasin, Le droit de la cybersécurité au Maroc – LTE Magazine.
- Sabrin MAECELLIN : « IA et videoprotection augmentée : quel cadre », https://www.village-justice.com/articles/videoprotection-augmentee-quel-cadre,49376.html
- Pascal AGOSTI, Comment les algorithmes peuvent enfreindre le droit de la concurrence.https://www.usine-digitale.fr/article/comment-les-algorithmes-peuvent-enfreindre-le-droit-de-la-concurrence.N998659
- Sabine Marcelline, encadrement juridique intelligence artificielle les réponses essentielles.https://www.village-justice.com/articles/encadrement-juridique-intelligence-artificielle-les-reponses-essentielles,47035.html
- Théophane Hartmann, Garantir la concurrence dans le domaine de l'IA est essentiel pour préserver la démocratie, selon des experts.https://www.euractiv.fr/section/intelligence-

artificielle/news/garantir-la-concurrence-dans-le-domaine-de-lia-est-essentiel-pour-preserver-la-democratie-selon-des-experts/

- https://www.connaitre-ses-droits.net/expertise-judiciaire-et-resolution-des-litiges-en-droit-de-la-concurrence
- https://www.squirepattonboggs.com/en/services/key-issues/artificial-intelligence/ais-impact-on-antitrust-and-competition-law-issues
- (unctad.org)
- Le Maroc à l'ère de l'IA : les recommandations de l'Unesco - Le Matin.ma
- https://www.avocats-mathias.com/technologies-avancees/ia-nouveau-cadre-juridique
- Officiel Prevention : Sécurité au travail, prévention risque professionnel. Officiel Prevention, annuaire CHSCT (officiel-prevention.com)

ISSN:2509-0291

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

Financement de la protection sociale au Maroc

Nouhaida TOUFIK

Doctorante

Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales FSJES-SOUISSI

Bouchra NADIR

Enseignante chercheuse

Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales FSJES-SOUISSI

Université Mohammed V, Rabat

L'Equipe Droit de l'Environnement, Politiques Publiques et Développement Durable Maroc

Résumé

Cet article analyse le financement de la protection sociale au Maroc, en mettant l'accent sur les mécanismes juridiques et institutionnels qui le régissent, ainsi que sur les défis financiers et structurels auxquels le pays est confronté.

À travers l'étude du cadre juridique, notamment de la loi-cadre n°09-21 relative à la protection sociale, et des réformes qu'elle engendre, cet article examine les sources de financement de la protection sociale au Maroc, en distinguant les mécanismes contributifs et non contributeurs.

L'analyse porte sur les dispositifs d'affiliation et de solidarité, en vue de comprendre comment le système marocain se positionne par rapport aux modèles internationaux, notamment les modèles bismarckien et beveridgien, tout en tenant compte des spécificités locales.

L'article met en lumière, les principaux défis juridiques liés à l'inclusivité et à la viabilité financière du système, notamment les inégalités d'accès aux droits sociaux, ainsi que les discriminations dans l'accès aux prestations.

Il examine également les perspectives de réforme, en s'inspirant de modèles étrangers, et propose des pistes pour améliorer la gouvernance et la durabilité du financement de la protection sociale.

Enfin, cette analyse s'accompagne d'une évaluation des contraintes budgétaires, des innovations possibles et des réformes nécessaires pour garantir une couverture sociale généralisée et équitable au Maroc.

Financing social protection in Morocco

Abstract :
This article analyzes the financing of social protection in Morocco, focusing on the legal and institutional mechanisms that govern it, as well as the financial and structural challenges facing the country.
Through a study of the legal framework, in particular framework law n°09-21 on social protection, and the reforms it has generated, this article examines the sources of funding for social protection in Morocco, distinguishing between contributory and non-contributory mechanisms.
The analysis focuses on affiliation and solidarity mechanisms, with a view to understanding how the Moroccan system compares with international models, notably the Bismarckian and Beveridgian models, while taking into account local specificities.
The article highlights the main legal challenges to the system's inclusiveness and financial viability, including inequalities in access to social rights, as well as discrimination in access to benefits.
It also examines the prospects for reform, drawing on foreign models, and suggests ways to improve the governance and sustainability of social protection financing.
Finally, this analysis is accompanied by an assessment of budgetary constraints, possible innovations and the reforms needed to guarantee widespread, equitable social coverage in Morocco.

Introduction

La protection sociale se définit comme l'ensemble des dispositifs dédiés à la prise en charge des risques sociaux et économiques touchant les personnes, son édification a été progressive, débutant par des dispositifs sectoriels et fragmentés, avant d'évoluer vers un système unifié et global, apte à répondre aux divers aléas sociaux et professionnels3345.

Elle regroupe ainsi la sécurité sociale, les régimes mutualistes, ainsi que les systèmes de retraite, qu'ils soient publics ou privés3346.

Cette discipline pluridisciplinaire centrée sur l'homme et l'entreprise mêle les règles de la sécurité sociale à celles issues du droit de travail, du droit processuel, du droit pénal et du droit public3347.

Le droit à la protection sociale trouve un fondement solide dans les normes internationales. Ce droit fondamental est réaffirmé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et dans les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT). La Convention n° 102 de l'OIT établit des normes minimales en matière de sécurité sociale et prévoit dans son article 72 que les prestations doivent être financées par des cotisations ou des impôts ou une combinaison des deux afin d'assurer une répartition équitable de la charge financière3348.

Le Maroc a ratifié plusieurs de ces conventions, s'engageant à respecter ces principes et à les intégrer dans son cadre juridique national.

Au niveau national, la Constitution marocaine de 2011 a renforcé cet engagement en intégrant le droit à la protection sociale dans son article 31. Cet article impose à l'État de garantir la jouissance des droits sociaux fondamentaux par toutes les personnes, notamment dans les domaines de la santé et de la protection sociale. Cette disposition constitutionnelle est conforme aux engagements internationaux et légitime les réformes structurelles entreprises par le pays.3349

3345 BOUHARROU Ahmed, « La protection sociale au Maroc : Analyse et évaluation du système marocain de protection sociale à la lumière des normes internationales et arabes au travail », 1ère édition, 2023, page11.
3346 BADEL Maryse, « Droit de la sécurité sociale », Ellipses, 2006, p5
3347NADIR Bouchra, « L'essentiel du droit de travail et de la protection sociale », Edition et Impression Bouregreg, 2018,
3348 BIT, « Construire des systèmes de protection sociale : Normes internationales et instruments relatifs aux droits humains », 2021.
3349 CESE, « La protection sociale au Maroc : Revue, bilan et renforcement des systèmes de sécurité et d'assistances sociales », auto saisine 34/2028, page 92.

Les systèmes de financement de la sécurité sociale dans le monde sont souvent influencés par deux modèles historiques principaux : le modèle Bismarck et le modèle Beveridge3350. Le modèle Bismarck a été établi par le chancelier allemand Otto von Bismarck à la fin du XIXe siècle et repose sur un système d'assurance sociale obligatoire auquel les employeurs et les salariés cotisent conjointement. Ce modèle s'adressait principalement à la classe ouvrière, géré par des institutions autonomes sous tutelle de l'État, et était conçu pour éviter les risques liés au développement industriel3351.

Le modèle Beveridge, quant à lui, a été développé au Royaume-Uni en 1945 par l'économiste William Beveridge et repose sur le principe d'une aide universelle financée par l'impôt. Le modèle est conçu pour couvrir l'ensemble de la population en fonction des besoins, vise l'égalité d'accès aux services et s'inscrit dans une logique de redistribution verticale des ressources des individus les plus riches vers les plus défavorisés.3352

Le Maroc inspiré de ces deux modèles principaux, s'appuie sur des régimes contributifs, financés par des cotisations sociales dans une logique inspirée du modèle bismarckien, en revanche, il met en œuvre des régimes non contributifs financés par des ressources publiques dans l'esprit de Beveridge3353. Cette combinaison de régimes a donné naissance à des régimes tels que le régime d'assistance médicale (RAMED) et à des régimes d'assistance sociale tels que le régime TAYSSIR et les allocations familiales.

Dans le cadre de la modernisation du système de sécurité sociale, le Maroc a adopté la loi-cadre n°09-21 et promulgué par le dahir n°1-21-30 du 09 chaabane 1442 (23 mars 2021) relative à la protection sociale3354, visant à universaliser la sécurité sociale à l'ensemble de la population. Cette loi se présente comme un tournant décisif dans la voie de la réforme globale du système de protection sociale au Maroc et vise la poursuite de la construction de ce système, pour lequel les jalons ont été posés par sa Majesté le Roi, dans le discours de trône de 2020 à l'occasion de l'ouverture de la session législative de la même année.3355

La généralisation de la protection sociale au Maroc nécessite un financement important avec une enveloppe global de 51 milliards de dirhams, dont 14 milliards de dirhams pour la généralisation de l'assurance maladie de base obligatoire, 20 milliards de dirhams pour les allocations familiales et 16 milliards de dirhams pour l'élargissement des adhérents au régime de retraite et 1 milliard de dirhams pour l'indemnité de perte d'emploi. 3356

La question du financement reste au cœur des débats, en raison des défis budgétaires et structurels posés par la généralisation de la couverture sociale. La diversité des dispositifs, l'extension de la couverture aux catégories vulnérables et l'augmentation des coûts nécessitent une réflexion approfondie sur les sources de financement et les mécanismes de contribution3357.

Dans le présent article, nous procédons à une étude approfondie du financement de la protection sociale au Maroc, en adoptant une méthodologie juridique analytique et déductive. À partir d'une

3350 DUPUIS Jean Marc, « Le financement de la protection sociale », Paris, que sais-je ? 1994.

3351 BELYAGOU Youness, « Modèles de réussite de l'universalisation de la Couverture Sanitaire et le cas du Maroc », Management Control, Auditing and Finance Review (MCAFR)- Volume n°1, Mai 2024, page 105. Disponible en ligne : https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/1958939, consulté le 11/10/2024

3352 ROULLEAU Alain, « Les systèmes de retraite en Europe » Paris : Fondation Robert Schuman, 2006, page 84.

3353 BOUDAHRAIN Abdellah, « Sécurité sociale au Maroc », éd Forum du livre, Casablanca, 1989

3354 BO n°7132 du 06/10/2022, version française, page 1505.

3355 BENCHAÂBOUN Mohamed, Présentation du projet de loi-cadre n°09-21 relatif à la protection sociale, disponible sur : https://www.finances.gov.ma/Publication/cabinet/2021/Expose_M.%20Ministre_Parlement.pdf, consulté le 02/06/2024.

3356 Rapport réalisation du gouvernement, « Renforcer la protection sociale et appuyer les couches vulnérables » du 2021/2027, page 5 www.cg.gov.ma

3357 KHATI Mohammed, « De la réforme de compensation à la généralisation du système de protection sociale: Un chantier structurant pour le nouveau modèle du développement », Journal of Integrated Studies In Economics, Law, Technical Sciences & Communication V o l(1), No (1) 2022, page 15. Disponible en ligne : file:///C:/Users/Admin/Downloads/admin,+34084-90633-1-CE%20(6).pdf, Consulté le 15/09/2024.

analyse des fondements législatifs et institutionnels, nous examinons les différents mécanismes de financement en vigueur. Cette approche nous permettra de mettre en lumière les enjeux juridiques et financiers qui pèsent sur la viabilité et l'équité de ce système.

L'intérêt de cette étude réside dans sa capacité à éclairer les impératifs d'équité, de justice sociale et de solidarité, qui sont au cœur de tout système de protection sociale. Au Maroc, l'enjeu de ces dispositifs se trouve amplifié par l'urgence de relever les défis socio-économiques contemporains, tels que la couverture médicale universelle, les retraites, et la prévention de la précarité.

En ce sens, la question du financement soulève des problématiques cruciales, tant sur le plan juridique que financier, impliquant des considérations de redistribution des ressources et de contribution équitable des différents acteurs.

En adoptant cette méthodologie, nous abordons le cadre juridique et institutionnel du financement de la protection sociale au Maroc. Cette démarche analytique, enrichie par une évaluation des contraintes financières et des perspectives de réforme, s'articule autour de la problématique suivante : ***Comment est conçu le financement de la protection sociale au Maroc, et quelles en sont ses limites ?***

Pour répondre à cette problématique de recherche, nous allons traiter ce sujet en deux parties : la première étudie les mécanismes de financement existants et, dans un second temps, les défis et perspectives pour assurer une protection sociale durable.

Première Partie : Mécanismes de financement de la protection sociale au Maroc

Le financement de la protection sociale au Maroc s'appuie sur des principes et mécanismes distincts, intégrant des dispositifs contributifs basés sur des cotisations, ainsi que des mécanismes de solidarité pour les populations les plus vulnérables. Ce système cherche à répondre aux besoins de couverture sociale en adaptant les modalités de financement aux spécificités des bénéficiaires, tout en respectant les contraintes économiques nationales et les impératifs d'inclusion.

Cette première partie se propose d'examiner, dans un premier temps, le système contributif en analysant ses caractéristiques et son fonctionnement, afin de cerner son rôle structurant dans le financement de la protection sociale. Dans un second temps, nous aborderons le système non contributif, en détaillant ses sources de financement et les défis en matière d'équité et de soutenabilité qu'il implique.

Chapitre 1 : Cotisations sociales comme levier du système contributif

Ce chapitre analysera les cotisations des salariés et des employeurs, en soulignant leurs implications financières et juridiques, puis l'extension de la couverture sociale aux travailleurs non-salariés, abordant les récentes réformes pour leur intégration dans le système contributif.

Section 1 : Contributions Salariales et Patronales : fondement juridique et enjeux de financement

Le financement contributif de la protection sociale au Maroc repose sur les cotisations obligatoires des salariés et des employeurs, conformément aux dispositions prévues par le dahir portant loi n°1-72-184 du 15 Joumada II 1392 (27 juillet 1972) relatif au régime de sécurité sociale3358.

Ce cadre juridique impose un régime de contributions indexées sur le revenu, partagé entre employeurs et employés. Ce modèle vise à mutualiser les risques et garantir des prestations proportionnelles aux contributions versées, renforçant ainsi le lien entre revenu et droit à la protection sociale3359.

A- Contribution des salariés

Le régime de sécurité sociale pour les salariés du secteur privé géré par la Caisse Nationale de Sécurité Sociale « CNSS3360 », repose sur un cadre juridique établi par le Dahir n°1.22.65 du 30 Rabii II 1444

3358 BO n°3121 du 23/08/1972.page1150.

3359 SEBBATA Hicham, « Prévoyance sociale : les prémices d'une couverture sanitaire universelle », Village de la justice la communauté des métiers du droit, 2023, disponible en ligne : https://www.village-justice.com/articles/maroc-prevoyance-sociale-les-premices-une-couverture-sanitaire-universelle,46287.html consulté le 30/09/2024.

3360Caisse Nationale de Sécurité Sociale est un établissement public gérant le régime obligatoire de la sécurité sociale de l'ensemble des salariés du secteur privé au Maroc, institué par le Dahir portant loi n°1-72-184 du 15 joumada II 1392

(25/11/2022) portant promulgation de la loi n° 27.22 modifiant et complétant la loi n°65.00 portant code de la couverture sociale obligatoire qui encadre les droits et obligations des employeurs, salariés et de leurs ayants droit.

Conformément à ce dahir, les salariés du secteur privé et leurs ayants droit ont droits à bénéficier d'une couverture pour les prestations de retraite, de vieillesse, d'invalidité ainsi que pour les prestations servies aux ayants cause.

La population couverte du secteur privé est estimée à 7 millions de personnes, dont 3,2 millions d'adhérents.3361

La cotisation des actifs est actuellement fixée à un taux de 4 %[3362] de l'ensemble des rémunérations, tel que prévu par l'article 19 du Dahir précité. Ce taux est réparti équitablement entre l'employeur et le salarié 50%3363, dans le respect du principe de partage de l'effort contributif.

Une contribution additionnelle de 1,85 % de la rémunération brute mensuelle est également imposée à l'employeur, reflétant une répartition spécifique des charges de financement entre les parties.

En outre, le régime s'adapte à certaines particularités professionnelles : pour les marins pêcheurs rémunérés à la part, par exemple, le prélèvement se fait sur les recettes brutes du bateau, avec des taux spécifiques selon le type de bateau (1,2 % pour les chalutiers et 1,5 % pour les sardiniers et palangriers) 3364.

Pour les titulaires de pensions, un taux de cotisation de 4,52 % est appliqué sur le montant total des pensions de base, assurant ainsi la continuité de leur participation au financement du régime, conformément aux dispositions légales. 3365

Un prélèvement à la source imposé aux employeurs et géré par la CNSS, essentiel à la viabilité financière du régime, mais il suppose également un cadre de contrôle et de sanction en cas de non-respect des obligations de déclaration et de paiement. 3366

B- Contribution des fonctionnaires

Le régime de protection sociale des fonctionnaires et agents de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des personnes morales de droit public, qu'ils soient actifs ou pensionnés, est encadré par la législation marocaine et administrée par la Caisse Nationale des Organismes de Prévoyance Sociale (CNOPS). 3367

En vertu de la législation en vigueur, le taux de cotisation CNOPS au titre de l'AMO est de 5 % de la rémunération, réparti à parts égales entre l'employé et l'État employeur3368, chacun supportant 2 % et 5 % du taux3369.

(27 juillet 1972) relatif au régime de sécurité sociale tel a été modifié et complété, et ce, conformément à l'article 73 de la loi n°65.00 portant code de la couverture médicale de base.

3361 https://www.cnss.ma/fr/content/chiffres-cles?language_content_entity=fr (consulté le 08/08/2024)

3362 Décret n° 2-05-734 du 11 joumada II 1426 (18 juillet 2005, fixant le taux de cotisation due à la Caisse nationale de sécurité sociale au titre du régime de l'assurance maladie obligatoire de base. Tel que modifié par Décret n° 2-07-233 du 12 joumada II 1428 (28 juin 2007) modifiant le décret n° 2-05-734 du 11 joumada II 1426 (18 juillet 2005) fixant le taux de cotisation due à la Caisse nationale de sécurité sociale au titre du régime de l'assurance maladie obligatoire de base. Et par Décret n° 2-11-464 du 7 chaoual 1432 (6 septembre 2011) modifiant et complétant le décret n° 2-05-734 du Il joumada Il 1426 (18 juillet 2005) fixant le taux de cotisation due à la Caisse nationale de sécurité sociale au titre du régime de l'assurance maladie obligatoire de base.

3363 Direction de la Réglementation et du Contentieux, « L'ASSURANCE MALADIE OBLIGATOIRE DE BASE », sur les questions essentielles pour un professionnel de la santé dans le secteur public » [en ligne], p 6.

3364 https://www.cnss.ma/fr/content/les-marins-p%C3%AAcheurs-%C3%A0-la-part-sont%E2%80%93ils-concern%C3%A9s-par-l%E2%80%99amo?language_content_entity=fr (consulté le 08/08/2024)

3365 https://www.cnss.ma/fr/content/quel-est-le-taux-de-cotisation-de-l%E2%80%99amo-appliqu%C3%A9-aux-retrait%C3%A9s?language_content_entity=fr (consulté le : 08/08/2024)

3366 ANAM, Rapport Annuel Global de l'AMO, 2018, Page,34.

3367 La CNOPS est une union de 8 sociétés mutualistes du secteur public soumise aux dispositions du dahir de 1963 portant code de la mutualité. Depuis le 18 Août 2005, la CNOPS est régie par la loi 65-00 portant code de la Couverture Médicale de Base, (plus précisément article 73).

3368 Conformément à l'article 106 de la loi n° 65-00 précitée.

3369 NADIR Bouchra, Op. Cité, p 377.

Ce régime s'applique aux fonctionnaires de l'État, aux agents des collectivités locales et des établissements publics et à leurs ayants droit, bénéficiaires des pensions civiles[3370], dont les salaires sont calculés conformément à l'article 11 de la loi n° 011-71 instituant les pensions civiles.
Le système de retraite garantit des déductions uniformes pour ces personnes.
Pour les contractuels, intérimaires et autres travailleurs non permanents de l'Etat et des collectivités territoriales, les cotisations sont régies par l'article 15[3371] du dahir n° 1-77-216 créant le régime collectif d'allocation. Ici, le taux applicable est de 2,5 % des pensions de base, avec un minimum fixé à 70 dirhams et un plafond à 400 dirhams pour ces cotisations.
Les cotisations perçues par le secteur public dans le cadre de l'AMO se sont élevées à 5,106 millions de DH dont 4,283 millions de DH provenaient des travailleurs actifs et 822 millions de DH des retraités3372.
Cette différence met en évidence la contribution relativement faible des retraités par rapport aux actifs. Même si cette différence peut paraître injuste à première vue, elle s'inscrit dans le cadre du principe de solidarité.
Ce principe non seulement répartit les risques de maladie parmi les travailleurs actifs, mais offre également des prestations aux retraités et aux personnes invalides, renforçant ainsi les liens intergénérationnels dans le système.
A terme, les actifs d'aujourd'hui deviendront les retraités de demain, qui bénéficieront de cotisations réduites tout en consommant davantage de services de santé, tandis que la population active continuera à apporter un soutien financier au système.

Section 2 : Contribution des travailleurs non-salariés et indépendants : vers une protection sociale élargie

Dans le cadre de la réforme de la protection sociale au Maroc, l'extension de la couverture sociale vise désormais à inclure les personnes non-salariées, les travailleurs non-salariés (TNS) et le groupe des inactifs pouvant cotiser.
Cette évolution s'appuie sur la loi-cadre n°09-21 relative à la protection sociale, qui universalise progressivement la protection sociale en intégrant des catégories auparavant exclues du système contributif, afin d'atteindre les objectifs de justice sociale et de solidarité nationale.
Cette section vise à détailler les dispositifs spécifiques mis en place pour les TNS et les populations inactives, en mettant en évidence les mécanismes et les implications juridiques de cette extension.

A- Régime de l'AMO ACHAMIL au profit des personnes non actives

La loi n° 60.22 portant promulgation du dahir n°1.23.41 du 05 Kaada 1444 (25/5/2023) relative au régime d'assurance maladie obligatoire de base des personnes ayant la capacité de cotiser et n'exerçant aucune activité salariale ou non salariale3373, marque une avancée vers l'universalisation de la protection sociale au Maroc.
Ce régime est accessible à toute personne exerçant une activité rémunérée ou non et dont le score au registre social unifié (RSU) dépasse le seuil3374 d'éligibilité de l'AMO TADAMON3375.
Les bénéficiaires de ce régime doivent prendre en charge les frais de soins, de consultations et d'hospitalisation assurés par la santé publique.

3370 Conformément à l'article 2 de la loi N° 011-71 instituant le régime des pensions civiles.
3371 Dahir portant loi n° 1-77-216 du 20 chaoual 1397 (4 octobre 1977) créant un régime collectif d'allocation de retraite. Article 15 : La cotisation salariale ou « retenue » est fixée à 6% de l'ensemble des émoluments fixes, à l'exclusion des indemnités représentatives de frais ou de charges familiales.
3372 ANAM, Op. Cite.
3373 BO n°7204 du 15/06/2023, V Arabe, page 5156.
3374 Ne dépassant pas «9,3264284 », afin qu'ils soient dispensés des cotisations et que celles-ci soient supportées par l'État.
3375 CNSS, « Rapport annuel pour l'exercice 2022 ». P 56. Disponible en ligne https://www.cnss.ma/sites/default/files/old/files/files/Rapport%20annuel%202022%20Fr%2016%2001.pdf, (Consulté le 30/10/2024)

Le RSU est un dispositif de ciblage social créé en application de la loi n° 72-18 promulguée par le Dahir n° 1-20-77 du 18 hija 1441 (8 août 2020) relative au dispositif de ciblage des bénéficiaires des programmes d'appui social et portant création de l'Agence nationale des registres3376. Ce mécanisme de ciblage confère au RSU un rôle stratégique, tant pour l'identification des bénéficiaires que pour la soutenabilité financière du système.

Par ailleurs, la loi n° 21-24 portant promulgation du Dahir n° 1.24.34 du 18 Moharram 1446 (24 juillet 2024) fixant des dispositions particulières relatives au régime d'assurance maladie obligatoire de base applicables à ceux qui sont en mesure de payer les cotisations et n'exerçant aucune activité rémunérée ou non rémunérée3377, a instauré des outils de contrôle et de vérification, notamment électroniques, pour garantir la continuité des droits des assurés3378.

De plus, les cotisations AMO Chamil sont calculées en fonction des points obtenu par le RSU, avec des montants progressifs allant de 144 DH à 1 164 DH, en fonction des capacités financières de l'assuré3379.

La banque prélève cette cotisation chaque mois à compter du premier jour de chaque mois conformément aux exigences réglementaires.

Le régime prévoit également des garanties spécifiques, telles que l'exonération de la période de stage pour les personnes atteintes de maladies chroniques, leur permettant de bénéficier immédiatement des prestations de l'AMO dès leur inscription, avec un effet rétroactif au 1er janvier 2024.3380

B- **Travailleurs non-salariés**

La loi n° 46.23 modifiant et complétant la loi 98.15 portant promulgation du Dahir n° 1.24.13 du 10 Chaâbane 1445 (20 février 2024) relative au Régime de l'Assurance Maladie Obligatoire de base concernant les catégories des professionnels, travailleurs indépendants et des personnes non-salariés exerçant une activité libérale3381, institue un régime d'assurance maladie obligatoire pour les TNS, incluant les professionnels indépendants (professions libérales), les travailleurs indépendants (commerçants). , agriculteurs, etc.), les artisans et leurs aides, ainsi que les auto-entrepreneurs.

Ce régime couvre les risques et frais de soins liés aux maladies, aux accidents, à la maternité et à la réadaptation physique et fonctionnelle, pour les assurés et leurs ayants droit3382.

La gestion de ce régime est confiée à la CNSS, qui assure une gestion autonome pour le compte des TNS. L'adhésion est obligatoire pour les personnes visées par cette loi, avec une cotisation basée sur un revenu forfaitaire selon l'activité exercée. Par ailleurs, l'AMO garantit une couverture universelle sans limites de remboursement, couvrant toutes les pathologies, y compris celles antérieures à l'adhésion, assurant ainsi une protection durable et inclusive pour les travailleurs non-salariés.3383

La loi n° 47.23 modifiant et complétant la loi 99.15 portant promulgation du Dahir n° 1.24.14 du 10 Chaâbane 1445 (20 février 2024) relative au Régime des Pensions concernant les catégories des professionnels, travailleurs indépendants et des personnes non-salariés exerçant une activité libérale3384, complète le dispositif en instaurant un régime de retraite pour les TNS. En vertu de l'article 2, les personnes soumises à la loi n° 98-15 sont automatiquement assujetties à ce régime de

3376 BO n°6950 du 01/01/2021, V Française, page 9.
3377 BO n°7328 du 22/08/2024, V arabe, page 5364.
3378 CHIHAB Ghizlane, « Impact socioéconomique de l'AMO solidaire sur le système de santé au Maroc », Revue Internationale des sciences de gestion, n°4 volume7, 2024, pp :508-505
3379 https://www.cnss.ma/fr/content/informations-generales-amoachamil?language_content_entity=fr
3380 GHARBAOUI Hayat, « Le point sur les nouveaux régimes AMO avec HASSAN BOUBRIK, DG de la CNSS ½ », Médias24, 21/02/2024, Disponible en ligne : https://medias24.com/2024/02/21/le-point-sur-les-nouveaux-regimes-amo-avec-hassan-boubrik-dg-de-la-cnss-1-2/ , consulté le 08/11/2024.
3381 BO n°7278 du 29/02/2024, V Arabe, page 1423.
3382 https://www.cnss.ma/fr/content/qui-est-le-travailleur-non-salari%C3%A9?language_content_entity=fr consulté le 06/11/2024
3383 SEBBATA Hicham, Op. Cite.
3384 BO n°7278 du 29/0/2024, V Arabe, page 1424.

pension, à l'exception de celles dont le revenu est inférieur à un seuil réglementaire, pour lequel l'adhésion demeure facultative.

À la fin de 2022, environ 4 millions de personnes étaient inscrites au régime AMO des TNS, avec une répartition socioprofessionnelle dominée par les agriculteurs 41 %, suivis par les artisans 19 % et les auto-entrepreneurs 18 %3385.

Cependant, l'effectivité de cette couverture reste limitée, avec un taux d'ouverture des droits d'à peine 16,5 %, en raison principalement du faible recouvrement des cotisations, qui constitue un défi majeur. Cette situation est particulièrement préoccupante pour les agriculteurs, dont le taux de recouvrement atteint à peine 5 %.3386

Le système de cotisations pour les TNS repose sur un revenu forfaitaire, fixé par décret, selon la catégorie professionnelle. Ainsi, l'article 1 du décret n° 2-18-623 3387fixe une assiette forfaitaire sur laquelle est appliqué un taux de 6,37 % pour l'AMO. Pour les retraités de cette catégorie, ce taux est de 4,25 %, à l'exception des pensions complémentaires.

Toutefois, l'absence de régularité dans le paiement des cotisations pèse lourdement sur la viabilité du système, les sommes non recouvrées représentant environ 25 % des recettes attendues. Afin de pallier ces lacunes, un projet de loi amendé prévoit d'institutionnaliser la conditionnalité de l'octroi des aides publiques à la régularité des paiements de cotisations, tout en instaurant un délai de carence de trois mois pour les TNS en situation de retard de plus de six mois3388.

Le régime de retraite des TNS, encore facultatif à ce jour, prévoit une cotisation de 10 % sur une assiette forfaitaire indexée au SMIG, avec une flexibilité permettant de choisir un revenu supérieur à celui applicable à la catégorie d'origine. Les ajustements proposés par le projet de loi visent à renforcer ce régime en vue de sa généralisation en 2025. Toutefois, le principal défi demeure l'intégration du secteur informel, qui représente entre 60 % et 80 % de la population active, ce qui rend la généralisation complète de la couverture sociale encore incertaine. Ces réformes témoignent d'une volonté manifeste d'instaurer une couverture sanitaire universelle, mais leur mise en œuvre effective dépendra du renforcement des mécanismes de recouvrement des cotisations et de l'adaptation des régimes aux réalités des différentes catégories professionnelles.3389

Par ailleurs, la CNSS a récemment instauré une amnistie3390, afin de faciliter la réintégration des travailleurs non-salariés (TNS) dans le régime contributif de l'AMO.

Chapitre 2 : Système non contributif et mécanismes de solidarité

Le second mécanisme de financement est destiné aux personnes incapables de supporter les cotisations d'affiliation. Autrement dit, les personnes ne pouvant pas cotiser pour bénéficier des services de l'AMO sont également couvertes par une assurance maladie obligatoire, conformément au principe de solidarité consacré par la loi n°09-21 relative à la protection sociale.

Dans ce chapitre, il convient de distinguer les deux principales sources de financement étatique de ce mécanisme solidaire : AMO TADAMOUN, et les principaux programmes de transferts sociaux spécifiques.

Section 1 : AMO TADAMOUN : Pilier du financement solidaire

3385 MOUHDI Hicham, « Vers une généralisation de l'assurance maladie obligatoire au Maroc : défis et perspectives », Regards, ENES, n°63, 2024 , page 199-201.

3386 https://aujourdhui.ma/actualite/generalisation-de-la-protection-sociale-un-projet-signe-mohammed-vi

3387 Décret 2-18-623 du 17 janvier 2019 fixant le taux des cotisations due a la CNSS en vertu de l'assurance maladie obligatoire de base pour les catégories des professionnels, des travailleurs indépendants et des personnes non salariées exerçant une activité libérale. B.O N°6745 , (du 21 janvier 2019) , Page 115. (Version arabe).

3388 https://www.finances.gov.ma/Publication/db/2024/note-presentation_Fr.pdf

3389 https://www.challenge.ma/travailleurs-non-salaries-le-regime-de-retraite-facultatif-sera-generalise-

3390 Conformément à la note officielle de la CNSS portant sur l'annulation des créances dues à la CNSS au titre du régime de l'AMO, concernant les cotisations, pénalités de retard et les frais de poursuites, pour les catégories des professionnels, les travailleurs indépendants et des personnes non salariées exerçant une activité libérale. En date du 18/01/2024.

La loi n° 27-22 modifiant et complétant la loi n° 65-00 relative au Code de la couverture médicale de base, constitue une avancée majeure vers l'accès équitable aux soins de santé au Maroc.
Cette réforme législative a instauré l'AMO Tadamoun, un régime non contributif qui remplace le Régime d'Assistance Médicale (RAMED).3391
Les bénéficiaires de cette prestation sont les personnes qui ne sont assujetties à aucun régime d'assurance maladie obligatoire de base et ne disposant pas de ressources suffisantes pour la couverture des dépenses relatives aux prestations médicales ; leurs conjoints ; leurs enfants à charge non-salariés âgés de 21 ans ou de 26 ans éventuellement.
Ce régime couvre environ 10,4 millions de bénéficiaires, incluant 6,7 millions d'ayants droit, soit 28,4 % de la population. Cette couverture inclut les ex-bénéficiaires du RAMED, basculés automatiquement dans le nouveau régime. Ce processus est lié à l'inscription obligatoire au RSU, condition sine qua non pour maintenir l'éligibilité.3392
L'État prend en charge l'intégralité des cotisations pour cette catégorie de bénéficiaires, avec une enveloppe budgétaire estimée à 9,5 milliards de dirhams par an. Les anciens bénéficiaires du RAMED conservent leurs droits acquis, tout en bénéficiant d'une extension de la couverture médicale, incluant désormais les soins prodigués dans les établissements privés, avec un taux de remboursement variant entre 70 % et 90 % des frais médicaux.3393
Il convient de souligner, bien que les anciens bénéficiaires du RAMED aient accès au même panier de soins que les salariés du secteur privé, un mécanisme de remboursement est en place. En effet, ces bénéficiaires devront avancer les frais médicaux avant de pouvoir déposer une demande de remboursement.
Cependant, un acquis fondamental du système RAMED demeure : l'accès gratuit aux soins dans les établissements publics. Toutefois, l'AMO ne couvre pas la totalité des frais médicaux, le taux de remboursement oscillant entre 70 % et 90 %, laissant ainsi un reste à charge compris entre 10 % et 30.3394
En 2023, près de 10 millions de dossiers médicaux ont été traités sous l'AMO Tadamoun, répartis entre 4,5 millions de remboursements et 5,3 millions de dossiers gérés directement dans les hôpitaux publics3395.

Section 2 : Programmes de transferts sociaux spécifiques

L'État utilise des mécanismes de financement visant à renforcer la cohésion sociale et à réduire les inégalités socio-économiques. Ces dispositifs sont conçus pour apporter un soutien direct aux populations vulnérables, en particulier celles confrontées à des difficultés économiques importantes. À travers ces mécanismes, l'État s'efforce non seulement de répondre aux besoins immédiats des

3391 L'amendement des dispositions de la Loi n°65-00, notamment ses articles : 1, 3, 4, de 18 à 31, 37, 59, 60, 61, 68, 71, 73, 75, 76, 77, 106, de 115 à 127, 142, 144, 145 ; - L'amendement de l'article 3 du décret n° 2-03-402 pris pour l'application des dispositions de la Loi n° 65-00 portant code de la couverture médicale de base en ce qui concerne l'ANAM ; - L'abrogation du décret n°2-08-177 portant application des dispositions du livre III de la Loi n° 65-00, tel qu'il est modifié et complété ; - L'abrogation des deux arrêtés n°836-08 fixant les variables et la méthode de calcul des scores pour le bénéfice du RAMED, et n°1513-11 définissant le modèle du formulaire de demande du bénéfice du RAMED. Les adaptations de ces textes juridiques ont été examinées par la commission technique interministérielle.
3392 MOUHDI Hicham, Op. cite, page 200.
3393 https://aujourdhui.ma/actualite/generalisation-de-la-protection-sociale-un-projet-signe-mohammed-vi consulté le 01/09/2024
3394 https://medias24.com/2022/10/11/protection-sociale-ce-que-lon-sait-sur-le-basculement-des-ramedistes-a-lamo/ consulté le 15/08/2024
3395 KHALTA Kenza, « Près de dix mois après son déploiement, ou en est le régime AMO TADAMON ? », Médis 24, 2023, disponible en ligne : https://medias24.com/2023/10/19/pres-de-10-mois-apres-son-deploiement-ou-en-est-le-regime-amo-tadamon/ consulté le 30/09/2024

bénéficiaires, mais aussi de créer les conditions nécessaires à une réduction durable des disparités sociales et spatiales3396.

A- Aide Sociale Directe

L'Aide Sociale Directe (ASD), instaurée en vertu de la loi n°09-21 relative à la protection sociale, constitue un mécanisme clé dans le cadre de la stratégie nationale de lutte contre la précarité et de renforcement de la cohésion sociale. Ce dispositif vise spécifiquement les familles vulnérables, en particulier celles ayant des enfants en âge scolaire, qui ne bénéficient d'aucune autre forme de soutien familial légal. Le régime, fondé sur un ciblage précis à travers le RSU, alloue une aide mensuelle déterminée en fonction de la composition familiale et de la situation socio-économique, avec un montant minimum garanti de 500 dirhams par mois3397.

Conformément aux dispositions de la loi n°58.23, promulguée par le dahir n°1.23.87 du 30 novembre 2023, et détaillée par les décrets d'application n°2.23.1067 pris pour l'application de la loi 58.23 relative au régime d'aide sociale directe et le décret n°2.23.1068 déterminant le seuil du bénéfice du système d'aide sociale directe, le financement du programme est assuré par des ressources publiques3398, dont le budget pour 2024 s'élève à 34 milliards de dirhams, avec une prévision de 39 milliards de dirhams d'ici 2026.

Cette allocation représente environ 1,6 % du PIB national et bénéficie à près de 3,5 millions de familles, soit près de 12 millions de personnes3399.

Le mécanisme de ciblage en lien avec le RSU, permet de garantir une gestion rigoureuse et équitable de l'aide sociale directe, conformément aux principes de transparence et de bonne gouvernance.3400

B- Fonds d'Appui à la Protection Sociale et à la Cohésion Sociale

Le Fonds d'Appui à la Cohésion Sociale a été institué par la loi de finances de 2012 et modifié en 2021, devenant le Fonds d'Appui à la Protection Sociale et à la Cohésion Sociale.3401

Doté d'un crédit de 9,5 milliards de dirhams en 2021, ce fonds soutient des programmes sociaux essentiels, tels que le RAMED, TAYSSIR, ainsi que des aides ciblées pour les personnes en situation de vulnérabilité, les jeunes chômeurs, les femmes veuves et les activités génératrices de revenus. Financé par des sources diversifiées ; contributions fiscales, dotations du budget général, et apports des collectivités territoriales et des entreprises publiques, il illustre l'engagement de l'État dans l'amélioration de la protection sociale.3402

En 2021, la contribution sociale de solidarité sur les bénéfices et revenus des entreprises a généré 4 milliards de dirhams. Ce montant a augmenté pour atteindre 6,7 milliards de dirhams en 2022, reflétant l'importance de cette contribution pour le financement de la protection sociale. 3403

3396 ETTAHRI Lahcen et BENAZZOU Lotfi, " Social inequalities in Morocco and the imperative of financing: What tax policy for the new development model?", Revue du contrôle, de la comptabilitéet de l'audit «Volume 6: Numéro 2» pp:129 -154.

3397 https://www.asd.ma/fr/aide-sociale-directe#:~:text=Ce%20r%C3%A9gime%20national%20vise%20%C3%A0,soutenir%20leur%20pouvoir%20d'achat. Consulté le 05/10/2024.

3398 https://tanmia.ma/wp-content/uploads/2024/08/TdR-Etude-de-faisabilite-pour-le-financement-des-ASD-au-Maroc.pdf

3399 https://aujourdhui.ma/actualite/generalisation-de-la-protection-sociale-un-projet-signe-mohammed-vi

3400 https://www.eeas.europa.eu/node/42358_fr

3401 En application des dispositions de l'article 18 de la Loi des Finances de 2012, de l'article 25 de la Loi des Finances 2013 et de l'article 13 bis de la Loi des Finances 2014, le Fond d'appui à la cohésion sociale a été mis en place en 2012. En vertu de l'article 15 de la loi des Finances de 2021, ce fond porte aujourd'hui le nom de « Fonds d'Appui à la Protection Sociale et à la Cohésion Sociale » (FAPSCS).

3402 https://social.gov.ma/fonds-dappui-a-la-cohesion-sociale-au-profit-des-personnes-en-situation-dhandicap/

3403 Ministère de l'Économie et des Finances, « Situation des Finances Locales », 2022 , disponible à l'adresse : https ://www .finances .gov .ma /Maliya %20tawassol /SLF2022 .pdf .

Outre ce fonds, plusieurs autres mécanismes non contributifs viennent renforcer la cohésion sociale et l'inclusion, notamment le Fonds d'Entraide Familiale, créé par la loi de finances de 2010 pour soutenir les mères démunies et les enfants en situation de précarité, ainsi que le Fonds de Soutien à l'Initiative Nationale pour le Développement Humain3404, visant à réduire la pauvreté et à promouvoir le développement humain durable. Ces dispositifs témoignent d'une approche plurielle, visant à garantir l'accès à la protection sociale pour les populations les plus vulnérables, tout en consolidant les bases fiscales nécessaires à la pérennisation des réformes. 3405

Deuxième Partie : Financement de la protection sociale au Maroc : Limites et Perspectives

Le financement de la protection sociale au Maroc présente un déséquilibre croissant qui compromet la durabilité du système et, par conséquent, la cohésion sociale. Cette situation devient particulièrement préoccupante au regard des régimes contributifs, pour lesquels la question du financement conditionne à la fois leur pérennité, leur efficacité et leur équilibre.

Bien que la loi-cadre n°09-21 relative à la protection sociale ait cherché à maintenir un équilibre entre les régimes de cotisation et ceux de solidarité, la soutenabilité financière du système reste fragile3406.

La question du financement se pose donc avec acuité pour assurer la pérennité et l'efficacité des régimes contributifs.3407

Dans ce contexte, garantir la pérennité du financement devient un enjeu crucial pour assurer l'accès universel à la protection sociale tout en préservant l'équilibre financier du système.3408

Chapitre 1 : Limites du système de financement de la protection sociale

Le système de financement de la protection sociale au Maroc repose sur une combinaison de cotisations des assurées et de solidarité nationale. Cependant, ce modèle révèle des limites significatives, soulevant des questions quant à sa pérennité et son efficacité à long terme.

Section 1 : Problématiques Structurelles du Système de Cotisation au Maroc

A- Disparités entre Secteur Public et Privé

Le financement de la protection sociale au Maroc présente des inégalités notables entre les régimes applicables aux travailleurs du secteur public et ceux du secteur privé, posant ainsi des questions de conformité aux principes d'équité et de justice sociale.

D'une part, bien que le taux de cotisation à l'AMO soit de 5 % pour les fonctionnaires contre 4 % pour les salariés du secteur privé, ces derniers sont soumis à une contribution supplémentaire de 1,85 % à la charge de l'employeur.

3404 https://www.finances.gov.ma/Publication/db/2024/NOG_PLF2025.PDF

3405 https://tanmia.ma/wp-content/uploads/2024/08/TdR-Etude-de-faisabilite-pour-le-financement-des-ASD-au-Maroc.pdf

3406 BIT, sécurité sociale un nuveau consensus, première édition, Genève, 2002, p 88

3407 Idem

3408 KHAYI Mohamed, « De la réforme de compensation à la généralisation du système de protection sociale: Un chantier structurant pour le nouveau modèle du développement », Journal of Integrated Studies In Economics, Law, Technical Sciences & Communication V o l(1), No (1) 2022 ; PAGE 11. Disponible en ligne : file:///C:/Users/Admin/Downloads/admin,+34084-90633-1-CE%20(7).pdf , consulté le 10/10/2024.

Cette disparité, bien que relativement faible, crée un déséquilibre dans l'accès aux prestations sociales, particulièrement en matière de retraite, les fonctionnaires bénéficiant du régime de la CMR sous des conditions plus avantageuses comparativement aux affiliés de la CNSS dans le secteur privé3409.
Par ailleurs, le secteur public est confronté à un défi de viabilité de son régime en raison d'un faible ratio cotisants/pensionnés, actuellement de 1,72 actif pour chaque retraité, ce qui menace la pérennité du système3410.
Ce déséquilibre, exacerbé par le vieillissement de la population et la réduction des recrutements publics, notamment à travers le recours accru à des contrats de droit privé, entraînant une pression accrue sur les finances publiques et impose la nécessité de réformes structurelles3411.
En revanche, dans le secteur privé, la perception de taux de cotisation élevés par rapport à ceux de pays comparables incite certains employeurs à des pratiques de contournement, telles que l'évasion et la sous-déclaration des cotisations, affaiblissant ainsi davantage la solidité financière du régime.
Par ailleurs, l'application de l'article 114 de la loi n° 65-00, prévoyant l'adhésion des membres de diverses mutuelles à la CNOPS, demeure incomplète en l'absence de textes d'application. Cette carence dans l'élargissement de l'assiette des cotisants prive ainsi le système de ressources financières nécessaires à sa viabilité.

B- Secteur Informel et Cotisations Sociales : Enjeux et Contraintes d'Intégration

Le secteur informel représente une grande partie de l'économie marocaine et a largement échappé aux mécanismes de cotisations de protection sociale3412.
Environ 30 % du PIB et 60 à 80 % de la population active sont associés à ce secteur, qui échappe largement aux cadres formels de contribution et affecte directement l'universalité et la durabilité de la protection sociale3413.
Même si des réformes ont été mises en œuvre pour inclure le TNS dans les régimes contributifs, une grande partie de la population n'est toujours pas couverte. Ce phénomène est exacerbé par le manque de mesures coercitives adéquates pour assurer le rétablissement des cotisations sociales dans le secteur informel, affectant ainsi gravement la capacité de financement du système de protection sociale. En outre, la nature informelle du secteur coûte au pays environ 30 milliards de dirhams en recettes fiscales perdues chaque année, compromettant encore davantage la viabilité à long terme des programmes sociaux. 3414
L'exclusion des travailleurs du secteur informel pose des défis conséquents en matière de formalisation et d'intégration dans les régimes de sécurité sociale.
Malgré les initiatives visant à encourager cette formalisation, telles que la simplification des procédures administratives et fiscales, la transition vers une économie formelle demeure complexe3415. En outre, une proportion significative des travailleurs non-salariés, notamment les agriculteurs et artisans, reste marginalisée dans le système contributif en raison de mécanismes de cotisation inadéquats. À titre d'exemple, le taux de recouvrement des cotisations dans le secteur

3409 https://www.cnss.ma/fr/content/quel-est-le-taux-de-cotisation-de-lamo-pour-les-salari%C3%A9s?language_content_entity=fr
3410 Cour des Comptes, « Rapport sur le système de retraite au Maroc », 2013. Page 19.
3411 BOUHLALA Meriem, « La réforme de la retraite au Maroc entre pérennité et équité : cas de la CNSS », International Journal of Accounting, Finance, Auditing, Management and Economics – IJAFAME, Volume 5, 2024, page 567. Disponible en ligne : file:///C:/Users/Admin/Downloads/1583-Article%20Text-3412-1-10-20240524%20(1).pdf , consulté le 05/10/2024.
3412 OUKASSI Mustapha et EL GHMARI Imad, « Les obstacles à l'extension du régime de la sécurité sociale aux travailleurs du secteur informel au Maroc », Revue Internationale des Sciences de Gestion ISSN: 2665-7473 volume 5 : Numéro 1, 2022, page 447.
3413 https://www.cese.ma/docs/une-approche-integree-pour-resorber-leconomie-informelle-au-maroc/
3414 EL JABRI Saloua, « FINANCING SOCIAL PROTECTION IN MOROCCO: AN ANALYTICAL OVERVIEW", », revue des études multidisciplinaires en Sciences Economiques et Sociales, Vol9, n°1, 2024.
3415 Idem

agricole ne dépasse pas 5 %, ce qui affecte la durabilité du système pour ces catégories de travailleurs3416.

Ce taux faible de recouvrement, combiné à une capacité contributive limitée de certains travailleurs, accentue les disparités et affaiblit l'efficacité du financement de la protection sociale.

Section 2 : Pressions Financières et Dépendance aux Ressources de l'État

A- Dépendance aux ressources publiques limitées

Le financement de la protection sociale au Maroc repose sur un modèle tripartite entre l'État, les employeurs et les travailleurs. 3417

Les ressources publiques sont soumises à de sévères contraintes budgétaires, réduites par des déficits publics structurels et une dette nationale croissante. Ces facteurs limitent l'espace budgétaire disponible et limitent la capacité de l'État à étendre ou à financer de nouveaux programmes sociaux.

Cette situation rend la protection sociale fortement dépendante des ressources publiques, mettant en danger la durabilité du système, notamment en période de crise économique ou de chocs externes, comme cela a été le cas lors de la pandémie de Covid-19. 3418

Dans cette optique, des réformes fiscales sont nécessaires pour stabiliser financièrement le système de protection sociale.

En effet, le financement des régimes non contributifs, comme l'AMO Tadamoun, repose principalement sur des ressources fiscales augmente la vulnérabilité du système aux **pressions** budgétaires. Cette dépendance limite la capacité de l'État à fournir une couverture sociale universelle et efficace.

En outre, l'intervention de l'État par le biais de réformes fiscales et d'ajustements budgétaires est devenue un élément essentiel du maintien d'un équilibre public équilibré dans le domaine de la protection sociale. 3419

L'un des principaux obstacles est l'inefficacité du système fiscal à mobiliser des ressources adéquates. Comme le montre le rapport de la Cour des comptes3420, une grande partie des contribuables échappent à l'impôt, notamment dans les secteurs où domine l'économie informelle. À titre d'exemple, 8 % des contribuables génèrent 90 % des recettes fiscales, ce qui souligne l'inégalité marquée dans la répartition de la charge fiscale3421.

De plus, le système fiscal marocain manque d'équité. Les classes moyennes et les travailleurs du secteur formel sont les principaux contributeurs aux cotisations sociales mais ne bénéficient pas de mesures de soutien proportionnelles à leurs efforts.

Cette situation crée un sentiment d'injustice, d'autant que les contribuables les plus aisés et les entreprises bénéficiant d'un système fiscal favorable contribuent insuffisamment à la solidarité sociale.

L'absence d'un système fiscal progressif ciblant efficacement les grandes entreprises et les revenus élevés limite la capacité de l'État à redistribuer les richesses et à renforcer les programmes de protection sociale. Par conséquent, des réformes fiscales axées sur la justice sociale, visant à élargir l'assiette fiscale et à lutter contre l'évasion fiscale, sont essentielles pour garantir un financement durable et équitable des systèmes de protection sociale3422.

B- Vieillissement démographique et impact sur le financement

3416 MOUHDI Hicham, Op. Citée, page 203

3417 CESE, « La protection sociale au Maroc Revue, bilan et renforcement des systèmes de sécurité et d'assistance sociales », Op. Cite, page 94.

3418 ELJABRI Saloua, Op citée

3419 FERRAS Benjamin, « Le financement de la Sécurité sociale et de la protection sociale : entre autonomie et indépendance, une gouvernance particulière, des innovations constantes », ENES REGARDS, n°52, 2017, page 68.

3420 Cour des Comptes, « Rapport de la Cour des Comptes au titre des années 2019 et 2020 », page 21. Disponible en ligne : https://www.courdescomptes.ma/wp-content/uploads/2023/01/Synthese-du-rapport-2019-2020.pdf Consulté le 18/08/2024.

3421 ELJABRI Saloua, Op. Citée

3422 IDEM

Le Maroc est confronté à un vieillissement de la population, entraînant une augmentation des coûts liés aux soins de santé et aux retraites. 3423
Cette évolution nécessite une réévaluation du système actuel de financement de la protection sociale afin de garantir qu'il réponde aux besoins croissants d'une population vieillissante. La proportion de la population âgée a presque doublé entre 2004 et 2021, selon une étude du Haut Conseil au Plan (HCP). Cette tendance devrait se poursuivre dans les années à venir, augmentant la pression sur le financement de la protection sociale. 3424

En conséquence, une baisse du nombre de jeunes travailleurs pourrait affaiblir le financement des régimes de retraite et des dépenses de santé, soulignant la fragilité d'un modèle de financement basé uniquement sur les cotisations des salariés.Cette dynamique appelle une réforme structurelle des mécanismes de financement, notamment en réévaluant les contributions et en explorant des sources alternatives de financement pour maintenir l'équilibre des systèmes sociaux face à une population vieillissante3425.

Section 2 : Perspectives et réformes pour un financement durable

La durabilité et la continuité du système de protection sociale dépendent de la mise en place de diverses conditions, notamment des aspects juridiques, institutionnels et économiques.
Pour financer la protection sociale, des ressources suffisantes et viables doivent être efficacement mobilisées, sans que leur allocation ne porte préjudice à l'économie nationale, mais aussi être administrées avec professionnalisme et réparties entre différents organismes publics et privés de sorte à garantir des niveaux élevés de responsabilisation et de transparence.

A- L'adaptation du système de protection sociale à la nouvelle réalité économique et sociale

La conception du système de protection sociale du Maroc doit éviter de se contenter d'imiter d'autres modèles, car elle doit refléter les caractéristiques économiques et sociales du pays ainsi que son niveau de développement.
Pour assurer sa pérennité, le système doit s'adapter à l'évolution rapide du monde du travail et aux réalités sociales contemporaines. Une telle adaptation pourrait impliquer l'inclusion des travailleurs des plateformes numériques, un secteur à forte croissance au Maroc mais qui reste souvent exclu des systèmes de protection sociale actuels.
À cet égard, il peut être judicieux d'envisager des régimes hybrides combinant des mécanismes contributifs et non contributifs afin d'offrir une couverture plus inclusive et adaptative à cette population.
En outre, dans des secteurs tels que l'économie informelle, où l'accès à la protection sociale reste limité, une combinaison de régimes contributifs et non contributifs peut être une solution efficace pour garantir une large couverture.
Des pays comme le Brésil et l'Inde ont expérimenté ces modèles par le biais d'ajustements législatifs et de partenariats public-privé et ont obtenu des résultats encourageants en matière d'intégration des travailleurs informels dans les systèmes de sécurité sociale. 3426

3423 SNINATE Imane et BENNANA Ahmed, « L'impact du vieillissement démographique sur la consommation médicale: assurance maladie obligatoire au Maroc », The Pan African Medical Journal – ISSN: 1937- 8688, 2020. Disponible en ligne, https://www.panafrican-med-journal.com/content/article/35/93/pdf/93.pdf , consulté le 08/11/2024
3424 SAOUDI Hamza, « La protection sociale au Maroc : quelles solutions pour un système de couverture sanitaire universel, soutenable et efficace ? », Policy Brief, 2024, page 7. Disponible en ligne : https://www.policycenter.ma/sites/default/files/2024-06/PB_30-24_Hamza%20SAOUDI%20VFF.pdf, consulté le 23/09/2024.
3425 SABHI Rajae, EL BAHBOUHI Mariam, FRAINE Amine, ABDELBAKI Noureddine, TAOUAB Omar, « The impact of the generalization of the social protection system: Implementation and challenges", African Scientific Journal, Vol3, n°22, 2024, page 365
3426 BOUHARROU Ahmed, Op. cite, page 154

Enfin, pour accroître la résilience des systèmes face à des crises imprévues telles que la pandémie de Covid-19, les perturbations climatiques ou d'autres chocs économiques, les systèmes de protection sociale devraient offrir une plus grande flexibilité et disposer de réserves budgétaires adéquates3427.

B- Élargissement de la base contributive :

L'élargissement de la base contributive au système de protection sociale est une question essentielle pour garantir sa viabilité à long terme.

Une attention particulière devrait être accordée aux travailleurs non-salariés, comme les artisans et les agriculteurs, dont les revenus sont instables et rendent difficile le recouvrement. Pour garantir leur inclusion dans le système, des solutions appropriées devraient être envisagées, telles que des conditions de paiement flexibles qui tiennent compte des fluctuations saisonnières des revenus et des critères d'éligibilité plus inclusifs.

Pour atteindre efficacement cette population, des campagnes de sensibilisation ciblées sont nécessaires. Ceux-ci devraient utiliser différents canaux, notamment numériques, pour informer les travailleurs informels de l'importance de leur contribution à la durabilité des systèmes de protection sociale.

La collaboration avec des acteurs locaux ou des organisations représentant les travailleurs informels pourrait également favoriser une meilleure intégration de cette catégorie dans le système.

Enfin, il est essentiel de procéder à une évaluation régulière des politiques publiques visant à intégrer les professions libérales et les travailleurs indépendants. Cette évaluation permettra d'ajuster les stratégies et de garantir leur efficacité, en veillant à ce que les dispositifs mis en place soient adaptés aux évolutions économiques et aux besoins spécifiques de ces groupes, afin d'assurer une couverture sociale durable et inclusive.3428

C- Réforme fiscale :

Le succès des réformes fiscales visant à augmenter les ressources allouées à la protection sociale repose sur un véritable contrat social et sur le rétablissement de la confiance entre les citoyens et le gouvernement. 3429

L'une des conditions fondamentales de la participation citoyenne à ce processus est la confiance dans la gestion transparente et efficace des fonds collectés. À cet égard, une communication claire et une gestion rigoureuse des dépenses publiques, notamment dans le secteur social, sont essentielles pour renforcer cette confiance et encourager le soutien des citoyens. 3430

Dans cette optique, plusieurs pistes pourraient être explorées pour diversifier les sources de financement de la protection sociale : une augmentation des taxes sur les produits nocifs comme l'alcool, le tabac ou les produits sucrés, ainsi que la TVA sur les produits de luxe, pourraient être un moyen efficace de générer des revenus supplémentaires.

Ces initiatives doivent cependant être accompagnées d'une révision des subventions et d'une rationalisation des dépenses publiques afin de libérer des ressources financières et d'optimiser l'utilisation des fonds existants3431

L'introduction de nouvelles taxes, telles que celles sur les énergies ou les transactions télécoms, pourrait également élargir l'assiette fiscale sans alourdir les cotisations salariales. Par ailleurs, une lutte renforcée contre l'évasion fiscale, en particulier par rapport aux grandes entreprises transnationales, est cruciale pour garantir une contribution plus équitable au financement de la protection sociale et éviter que certains acteurs économiques ne profitent de l'absence de contribution.

D- Mette en place un fonds unique et définir les sources fiscales pour le financement de la solidarité sociale.

3427 Idem.
3428 MOUHDI Hicham, Op. Citée
3429 KHAYI Mohamed, Op. cite, page 18.
3430 SAOUDI Hamza, Op. Citée, page 7
3431 https://tanmia.ma/wp-content/uploads/2024/08/TdR-Etude-de-faisabilite-pour-le-financement-des-ASD-au-Maroc.pdf

Créer un fonds unique dédié à la consolidation des fonds de protection sociale existants (tels que le Fonds d'appui à la cohésion sociale, le Fonds d'entraide familiale, le fonds de soutien des prix de certains produit alimentaires et autres fonds alloués à la compensation) pour améliorer l'efficacité et la transparence du financement de la protection sociale.
Ce fonds unique sera alimenté par des recettes fiscales spécifiques et, le cas échéant, par des dotations budgétaires supplémentaires. Il servira à financer les volets solidaires de la couverture maladie universelle, du revenu minimum et des allocations familiales universelles, selon une répartition des revenus à déterminer, renforçant ainsi les filets de sécurité sociale pour les populations vulnérables. 3432

Conclusion :

Le financement de la protection sociale au Maroc repose sur un système complexe qui combine des mécanismes contributifs et non contributifs et s'inscrit dans la logique de la généralisation de la couverture sociale universelle tout en s'efforçant de maintenir un équilibre budgétaire.
Cette architecture démontre les progrès réalisés, notamment à travers la mise en œuvre de la loi-cadre n°09-21 relative à la protection sociale, mais des défis importants demeurent. Parmi eux, le fossé entre les secteurs public et privé, l'exclusion des travailleurs informels et les faiblesses institutionnelles constituent des obstacles persistants à la mise en place d'un système de protection sociale véritablement inclusif et durable.
Face à ces défis, des réformes supplémentaires sont nécessaires pour garantir la pérennité du financement du système.
Parmi les moyens importants figurent l'élargissement de l'assiette des cotisations, la régularisation des cotisations (en particulier celles des travailleurs indépendants et du secteur informel) et une gestion plus efficace des ressources publiques allouées à la solidarité nationale.
Ces réformes doivent s'accompagner d'une gouvernance rigoureuse alliant les principes de justice sociale et de solidarité intergénérationnelle.
Dans un contexte de fluctuations économiques et de changements démographiques, la mobilisation des ressources financières constitue un défi majeur pour assurer la viabilité du système. Cela nécessite une gestion financière prudente, une planification stratégique à long terme et une rationalisation des ressources existantes.
Le recours à la coopération internationale et, le cas échéant, la participation des autorités locales au financement de la protection sociale doivent être considérés comme des moyens complémentaires pour garantir l'efficacité et la durabilité de ce modèle.
Le Maroc doit donc poursuivre ses efforts pour diversifier ses sources de financement et équilibrer les mécanismes contributifs et non contributifs, tout en assurant une gestion transparente, efficace. Le succès de la protection sociale universelle dépendra de la mise en place d'une bonne gouvernance financière, nécessaire à la durabilité du système et à la réalisation des objectifs sociaux et économiques nationaux.

Bibliographie :

Ouvrages

- BOUDAHRAIN Abdellah, « La sécurité sociale au Maghreb du nouveau millénaire : Carences et Défis Maroc », Tome1 1ère édition, 2000,
- BOUHARROU Ahmed, « la protection sociale au Maroc : analyse et évaluation du système marocain de protection sociale à la lumière des normes internationales et arabes du travail », 1ère édition, lib.darassalam, 2023
- NADIR Bouchra, « L'essentiel du Droit de travail et de la protection sociale », 2e éd, édition et impression Bouregreg, 2018, 433p.
- BADEL Maryse, « Droit de la sécurité sociale », Ellipses, 2006, p5

3432 IDEM CSMD

- CHARPENTIER François, « les retraites en France et dans le monde : nouvelles problématiques » Paris : Economica, 2009.
- DUPUIS Jean Marc, « le financement de la protection sociale », Paris, que sais-je ? 1994.

Articles Scientifiques

- BELHASSANI Meryem, « Protection sociale au Maroc : État des lieux », Dossiers De Recherches en Économie Et Management Des Organisations, Numéro 2/ v o l u m e 8 27, 2024
- MECHTILD Veil, « Allemagne : Retraite à 67 ans : baisse des pensions ou nouvelle culture de travail dans vieillesse ? » in : Chronique internationale de l'IRES, n°105, mars 2007,
- CHERKAOUI DEKKAKI Achraf, ELHAMMA Azzouz, « la généralisation de la couverture sociale : enjeux et defis majeurs du financement du secteur hospitalier au Maroc » ;
- SAOUDI Hamza, « La protection sociale au Maroc : quelles solutions pour un système de couverture sanitaire universel, soutenable et efficace ? », Policy Brief, 2024
- Christophe RAMAUX, « QUEL FINANCEMENT POUR LA PROTECTION SOCIALE ? Apports et limites de la référence assurantielle pour lire l'Etat social », Article paru dans l'ouvrage collectif Travailler pour être intégré, mutations des relations entre emploi et protection sociale (sous la direction de A. T. Dang, J.-L. Outin et H. Zajdela), Editions CNRS, septembre 2006, pp. 183-198.
- Hind EL-HOUJJAJI, « CONTRIBUTION A L'ANALYSE DES CAUSES DU DEFICIT DES SYSTEMES DE RETRAITE GERES PAR REPARTITION : CAS DU MAROC », revu des études multidisciplinaires en Sciences Economiques et Sociales, Vol9, n°2, 2024 ;
- ETTAHIRI Lahcen, BENAZZOU Lotfi, « Social inequalities in Morocco and the imperative of financing: What tax policy for the new development model?", Revue du Contrôle de la Comptabilité et de l'Audit, Volume 6: Numéro 2, 2022
- Léo Delpy, « Analyse comparative des régimes de protection sociale en Afrique subsaharienne », / Revue canadienne d'études du développement, 2021
- BELYAGOU YOUNESS, BENABDALLAH ANASSE, « Modèles de réussite de l'universalisation de la Couverture Sanitaire et le cas du Maroc », Management Control, Auditing and Finance Review, Volume No. 1, Issue No. 1 - Mai 2024
- KHAYI Mohamed, « De la réforme de compensation à la généralisation du système de protection sociale: Un chantier structurant pour le nouveau modèle du développement », Journal of Integrated Studies In Economics, Law, Technical Sciences & Communication V o l(1), No (1) 2022 ;
- Saloua EL JABRI, « FINANCING SOCIAL PROTECTION IN MOROCCO: AN ANALYTICAL OVERVIEW", », revue des études multidisciplinaires en Sciences Economiques et Sociales, Vol9, n°1, 2024
- Elliott Harris, « Financement des socles de protection sociale: réfl exions sur l ' espace budgétaire », ISSA, 2013
- BENSED Najia, FASLY Hakima , « La réforme de la couverture médicale de base au Maroc : Etat des lieux », Revue du Contrôle de la Comptabilité et de l'Audit ISSN: 2550-469X Numéro 8 : Mars 2019
- MIREILLE ELBAUM, « LE FINANCEMENT DE LA PROTECTION SOCIALE Quelles perspectives au-delà des « solutions miracles » ? » revue de l'OFCF ? 2012/3 n° 122 | pages 263 à 331
- Benjamin Ferras, « le financement de la sécurité sociale et de la protection sociale : entre autonomie et indépendandce, une gouvernance particulière des innovations constantes », Dans Regards Regards 2017/2 (N° 52) 2017/2 (N° 52), pages 59 à 75 Éditions EN3S-École nationale supérieure de Sécurité sociale
- Bruno Palier, « les enjeux des réformes de la protection sociale », CEVIPOF, 2007
- ANNE DUTHILLEUL, « LE FINANCEMENT DE LA PROTECTION SOCIALE » ; Assemblée Plénière des 18 et 19 décembre 2007 281 n°

- Abdelaziz EL OUALI, « POUR UN NOUVEAU MODÈLE DE PROTECTION SOCIALE AU MAROC : QUEL RÔLE POUR LES FINANCES PUBLIQUES ? », REMALD, numéro 161, novembre-décembre 2021
- Abdeslam BOUDHAR, Safaa MHATCHAN, « Système fiscal, protection sociale et politique de redistribution au Maroc: Une revue de littérature systématique », Dossiers de Recherches en Economie et Gestion : Dossier 10, N° 1 : Mars 2022
- SEBBATA Hicham, « Prévoyance sociale : les prémices d'une couverture sanitaire universelle », Village de la justice la communauté des métiers du droit, 2023, En ligne : https://www.village-justice.com/articles/maroc-prevoyance-sociale-les-premices-une-couverture-sanitaire-universelle,46287.html
- MOUHDI Hicham, « Vers une généralisation de l'assurance maladie obligatoire au Maroc : défis et perspectives », Regards, ENES, n°63, 2024
- BOUHLALA Meriem, « La réforme de la retraite au Maroc entre pérennité et équité : cas de la CNSS », International Journal of Accounting, Finance, Auditing, Management and Economics – IJAFAME, Volume 5, 2024,
- SABHI Rajae, EL BAHBOUHI Mariam, FRAINE Amine, ABDELBAKI Noureddine, TAOUAB Omar, « The impact of the generalization of the social protection system: Implementation and challenges", African Scientific Journal, Vol3, n°22, 2024

Rapports

- Pierre CONCIALDI, Lola ISIDRO, Antoine MATH, Ilias NAJI, « Le financement de la protection sociale contributions sur la notion de contributive », IRES, 2023.
- Ministère de l'Economie, des Finances et de la Réforme de l'Administration Département des Affaires Générales et de la Gouvernance, « Vision pour une politique intégrée de protection sociale au Maroc », 2016.
- OIT, Rapport mondial sur la protection sociale 2020-2022
- UNICEF, « Mapping de la protection sociale au Maroc », 2018
- BIT, « Financer la protection sociale universelle : l'importance des cotisations sociales et leur incidence sur le marché du travail », n°47, mars 2023
- Rapport réalisation du gouvernement, « Renforcer la protection sociale et appuyer les couches vulnérables » du 2021/2027, en ligne
- ANAM, Rapport Annuel Global de l'AMO 2018
- ANAM, Rapport Annuel Global de l'AMO 2021
- BIT, sécurité sociale un nouveau2323 consensus, première édition, Genève, 2002,
- Cour des Comptes, « Rapport sur le système de retraite au Maroc », 2013
- Rapport de la Cour, « Rapport au titre des années 2019 et 2020 », 2020
- HCP, « les indicateurs sociaux du Maroc », édition 2024
- CNSS, rapport d'activité 2020
- Rapport réalisation du gouvernement, « Renforcer la protection sociale et appuyer les couches vulnérables » du 2021/2027, page 5 www.cg.gov.ma

ISSN:2509-0291

الإصـــــــدار رقم 55

دجنبر 2024

La protection juridique de l'intérêt social de l'entreprise contre les abus des minorités à la lumière du travail judiciaire

Nouzha EL GRAR,

Chercheure en droit des affaires à la FSJES-Souissi- Rabat

Sous la supervision du professeur : Mme **Saoussane OUDADSSI**

Extrait en Français :

Le législateur marocain a accordé aux actionnaires minoritaires de nombreux droits et mécanismes pour les exercer afin qu'ils soient à l'abri de l'abus de la majorité. Cependant, la minorité, à son tour, doit prendre en compte l'intérêt social de l'entreprise et ne pas abuser arbitrairement des droits qui lui sont accordés légalement, sinon cela constituerait un obstacle sur la voie de la prospérité de l'entreprise et à l'atteinte de ces objectifs, tout en tenant compte du préjudice qui en résultera pour diverses parties intéressées, et en l'absence de procédures juridiques claires sur la manière de traiter l'arbitraire minoritaire, le pouvoir judiciaire intervient pour rétablir l'équilibre entre la majorité et la minorité avec la priorité pour l'intérêt social de l'entreprise comme meilleur intérêt.

The legal protection of the social interest of company against the abuse of the minority in the light of case law

Extract in English:

The moroccan legislator granted minority shareholders numerous rights and mechanisms to exercise them so that they are protected from the arbitrariness of the majority. However, the minority, in turn, must take into consideration the social interest of the company and not arbitrarily abuse the rights granted to it by the law; otherwise, this attitude would be an obstacle to the company prosperity and the achievement of these goals, besides the harm that will result from this to various interests..., and in the absence of clear legal procedures on how to treat minority arbitrariness, the judiciary intervenes to restore the balance between the majority and the minority with priority given to the social interest of the company as the best interest

Il est évident que les droits vont de pair avec les obligations et que tout abus de droit implique une dérive quant à l'exécution de l'obligation ; et comme convenu le législateur a accordé aux actionnaires minoritaires de nombreux droits et mécanismes pour en faire recours afin qu'ils soient à l'abri de l'abus de la majorité, toutefois la minorité, à son tour, doit prendre en compte l'intérêt social de la société. Cette minorité ne doit pas abuser de ces droits qui lui sont légalement attribués, car cette attitude nuira à la prospérité de l'entreprise et par conséquent à atteindre ses objectifs, tout en tenant compte du préjudice qui sera porté aux intérêts des différentes parties.

Ainsi, l'usage des droits est le point commun quant à l'abus que peut exercer et la majorité et la minorité ; alors que la différence réside dans l'objet même de la déviation, si la majorité abuse arbitrairement du pouvoir que lui confère la loi compte tenu de sa position et de son pouvoir quant à l'application de la loi de la majorité qui prend en compte l'intérêt ultime de l'entreprise, la minorité de

son côté en abuse de façon arbitraire du droit fondamental qui lui est légalement octroyé afin d'exprimer sa volonté et de faire valoir son avis dans la prise de décision au sein de l'entreprise par le dit « droit de vote » et la mensuration des pratiquants de l'arbitraire reste liée à l'atteinte de l'intérêt social de l'entreprise[3433].

Ainsi, au cours de cette étude, nous aborderons dans un premier lieu la notion d'arbitraire de la minorité dans l'exercice de ses droits ; et dans un second lieu les effets juridiques de l'arbitraire des actionnaires minoritaires dans l'exercice de ce droit.

Premier chapitre : La notion de déviation minoritaire dans l'exercice de ses droits

Le concept d'abus de minorité n'est pas de toute actualité et, malgré cela, une définition unifiée de ce concept n'a pas encore été trouvée, compte tenu de la diversité des positions juridiques des actionnaires au sein des sociétés anonymes, ce qui a donné lieu à un débat sur la pertinence d'adopter une approche analytique spécifique, ou du moins la recherche d'éléments les plus liés à la définition du concept de minorité[3434].

En effet l'indépendance de l'abus de minorité est une question qui s'impose et cela ne sera possible que si le pouvoir judiciaire et la jurisprudence cessent de faire recours à la conception élargie de l'abus de minorité[3435].

On outre, l'intégration de la théorie de l'abus de minorité dans la théorie de l'abus de majorité a été rejetée en raison de l'effacement des spécificités de l'abus de minorité, Ce qui a structuré les chercheurs[3436] à mettre en évidence l'indépendance de l'abus de cette dernière et au même temps d'extraire certaines actions du domaine de l'abus de la majorité et les rattachées au domaine de l'abus de la minorité[3437].

Par ailleurs, ils considèrent que les abus de la minorité peuvent être regroupés en trois catégories distinctes, dont l'une est considérée comme un abus de la minorité au sens strict, qui représente une atteinte à l'intérêt social (premier paragraphe), tandis que les deux autres catégories constituent, soit un abus de pouvoir minoritaire qu'on appelle l'objection de la minorité (deuxième paragraphe), ou d'autre part d'une majorité arbitraire temporaire, qu'on appelle un vote imprévu (troisième paragraphe).

Premier paragraphe : Le préjudice de l'intérêt social de l'entreprise est une norme de l'abus la minorité.

Dans ce premier paragraphe, nous allons nous concentrer sur l'abus de minorité, qui doit être contraire à l'intérêt social de l'entreprise, et c'est un élément très essentiel puisqu'il n'est pas possible de parler de l'existence d'un arbitraire de la minorité sauf si le comportement contesté - bien qu'il fasse obstacle à la volonté de la minorité - ne contredit pas ou ne nie pas l'intérêt social de l'entreprise.

En conséquence, le concept d'intérêt social dans les sociétés anonymes est un concept absent sur le plan législatif et nouveau sur le plan judiciaire et il est controversé sur le plan jurisprudentiel. Cette différence dote cet intérêt social d'une ambiguïté qui ne peut être révélée qu'en faisant lumière sur son propriétaire.

[3433] La théorie de l'abus majoritaire est venue pour punir la déviation de la majorité quant à l'usage de l'autorité dont elle dispose conformément à la loi de la majorité, tandis que la théorie de l'arbitraire minoritaire punit l'abus des droits de la minorité ou l'actionnaire du fait que ces droits ne sont pas exercés uniquement par la minorité mais aussi par les actionnaires individuels, voire par ceux qui appartiennent à la majorité et ne partagent pas l'avis de la minorité sur quelques questions. Pour plus de détails, voir à cet égard Amina Ghmizah, Abus des actionnaires d'une société par actions, Maison d'édition et de distribution, Presse Al-Omnia, sans citer l'édition, Rabat, 2011, p. 381.

[3434] Mohammed Burhan Al-Din, Conflits d'intérêts des actionnaires dans les sociétés par actions, mémoire pour l'obtention d'un Diplôme de Master en Droit Privé, Université Hassan le 1er, Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales, Settat, 2017/2018, page 90, publié dans la Revue Droit et les affaires internationales, 38 éditions, Aout 2021.

[3435] À cet égard, voir Amina Ghmizah, O.P, p. 379 et ce qui suit.

[3436] Amina Ghmizah, O.P, p. 376 et ce qui suit

[3437] Pour que l'abus de la minorité soit soumis à un contrôle, le comportement arbitraire de cette dernière doit remplir deux conditions fondamentales qui jouent un rôle déterminant dans l'amendement, à savoir : l'arbitraire résulte de l'usage d'un droit et non d'une autorité. Ensuite, il doit être émis par des actionnaires représentant la minorité et non la majorité, même si cette majorité est temporaire...

Il convient de préciser que l'approbation de l'intérêt social comme l'une des composantes de l'entreprise est intervenu en réponse à la démocratisation des entreprises que le législateur cherche à établir à travers des modifications successives du droit des sociétés et en conformité aux principes de bonne gouvernance dans la société par actions. Cependant, la réalité pratique aboutit souvent à une atteinte à l'intérêt social de l'entreprise, soit par abus de la loi de la majorité exercée par celle-ci, soit par la rébellion de la minorité contre la loi de la majorité[3438] .

Il est donc rare qu'un acte isolé de la minorité revête un caractère arbitraire, car la minorité s'accroche souvent à l'existence d'un motif explicite et d'un intérêt légitime derrière ce comportement. Ainsi, ce sont les actions et les actes répétés et continus des actionnaires minoritaires qui révèlent progressivement l'intention cachée et malveillante de leurs propriétaires, ainsi que le caractère illégitime des objectifs recherchés derrière cette attitude. Ce sont les plaintes portées devant la justice et les droits exercés précédemment qui augmentent l'exposition de l'entreprise au préjudice et portent ainsi atteinte à l'intérêt social.

S'il est évident que la minorité a un droit légitime de défendre ses intérêts, notamment pour préserver sa minorité d'obstruction, il ne lui est pas permis d'agir de cette manière, notamment lorsque l'entreprise est confrontée à un danger imminent et ce qui a été confirmé par le Cour de cassation française dans son arrêt du 9 mars 1993 ; dans lequel, la Cour a estimé que lorsque la société se trouve confronter à une situation dangereuse, le refus répété de la minorité d'augmenter le capital de la société se transforme en un refus arbitraire. Et dans un autre arrêt, le tribunal a identifié les éléments et les caractéristiques de l'arbitraire de la minorité à travers sa violation de l'intérêt social de l'entreprise et dans le but de favoriser les intérêts de la minorité au détriment du reste des actionnaires.

Le tribunal a ajouté un nouvel élément à la formation de l'arbitraire minoritaire, en stipulant que la position de rejet de la minorité doit être un obstacle à la réalisation d'un processus fondamental pour l'entreprise qui est contraire à l'intérêt de l'entreprise et vise à favoriser l'intérêt des actionnaires minoritaires au détriment du reste des actionnaires. C'est la même approche adoptée par les tribunaux marocains en rendant plusieurs arrêts[3439], où il a été considéré que l'abus des actionnaires minoritaires dans l'exercice de ce droit se produit lorsqu'ils refusent de voter pour la décision d'augmenter le capital lorsque cette décision a été prise dans l'intérêt de la société afin d'assurer la continuité de son activité, et lorsque le vote contre la proposition d'augmentation a pour conséquence d'empêcher la société de mener à bien et de mettre en œuvre ses programmes visant au développement de son activité.

Il parait clairement que le pouvoir judiciaire a tendance à considérer comme arbitraire le comportement des actionnaires minoritaires lorsqu'il porte atteinte à l'intérêt social de l'entreprise. Quelle est, donc, la notion d'intérêt social de l'entreprise ?

Face au vide existant au niveau de l'arsenal législatif en matière d'établissement d'une définition de l'intérêt de l'entreprise, les tribunaux, à leur tour, sont restés réticents à donner une définition de cette notion, ce qui leur donne la possibilité d'adapter chaque cas en fonction des faits qui lui sont inhérents. C'est pourquoi la jurisprudence, pour sa part, a tenté de trouver une définition à cette notion, ce qui explique l'existence de différentes d'opinions sur la notion d'intérêt de l'entreprise entre ceux qui y voient un intérêt des associés/ les actionnaires, et ceux qui considèrent qu'il s'agit de l'intérêt de la personne morale. Devant cette controverse, la jurisprudence, apparaît pour faire pencher la balance en considérant que l'intérêt de l'entreprise est l'intérêt social de l'entreprise. Donc, de quoi s'agit-il dans chacune de ces théories ?

[3438] Qebli Kamal, L'intérêt social des sociétés par actions entre stabilité et instabilité, un article dans Mutoon Magazine, Volume Huit, Numéro Quatre, janvier 2017, page 692. https://www.asjp.cerist.dz/en/article/115169 la date d'accès le : 10/06/2023.

[3439] Arrêt de la Cour d'Appel de Commerce de Marrakech en date du 02/07/2002 dans le Dossier N° 705/2001, Arrêt non publiée.

- Arrêt de la Cour d'Appel de Commerce de Casablanca en date du 24/03/2003 dans le Dossier N° 1305/12/2002, Arrêt non publié.

Premièrement : L'intérêt de l'entreprise est l'intérêt des associés/actionnaires

Il est admis depuis longtemps que l'intérêt de l'entreprise ne peut être que la totalité des intérêts individuels des actionnaires. Et on sait que la jurisprudence était et l'est encore divisée en deux avis, une considère l'entreprise comme un contrat, mais c'est un contrat d'un type spécial[3440] qui nécessite pour son établissement des éléments spéciaux en plus des éléments généraux et crée une personnalité morale appelée «société», tandis que l'autre le considère comme un statut[3441] dont le législateur établit sa structure, intervient dans sa formation, sa création et sa gestion, et fixe des sanctions injonctives pour dissuader les contrevenants.

Selon la première théorie qui adopte le contrat d'entreprise, l'intérêt à prendre en compte par les gestionnaires dans l'exercice de leurs fonctions est celui des associés actionnaires, compte tenu du contrat qui les unit et qui repose sur l'intention de participer à partager les bénéfices et supporter les pertes résultant de leur projet commun.

Il faut dire que cette théorie a été très critiquée car elle nie l'intérêt de l'entreprise en tant que concept indépendant et en fait une entité isolée du reste des acteurs en l'astreignant aux seuls actionnaires, alors que l'entreprise n'est qu'un mécanisme économique au sein duquel s'interagit un groupe d'acteurs et de nombreux intérêts y sont liés. Ce constat a donné l'opportunité à renforcer la théorie-système qui tient encore aujourd'hui, quoiqu'il existe d'autres théories qui ne sont pas moins importantes, mais elles sont restées exclues, voire absentisées[3442].

Deuxièmement : L'intérêt de l'entreprise est l'intérêt de la personne morale

De nombreux juristes et chercheurs estiment que l'intérêt de l'entreprise est une notion indépendante, étant donné que la personne morale a des intérêts propres et distincts de ceux des associés ou des actionnaires, mais ils ne sont pas unanimes pour définir la nature de cet intérêt.

[3440] Ahmed Shukri Al-Sibai, Le médiateur en droit commercial marocain et comparé, cinquième partie, Maison d'édition Al-Maarifa, Rabat 1992, p. 22.

[3441] Le statut juridique est défini comme l'acceptation d'un groupe de personnes ou d'une organisation sociale de poursuivre un intérêt commun par l'application de la règle de la majorité, ce qui permettrait à cette organisation de maintenir en permanence un état de paix sociale au profit de l'organisation ou groupe de personnes. Dans ce cas, la paix sociale est la compensation que les membres reçoivent en échange des obligations qu'ils ont envers l'organisation dans son ensemble. Par conséquent, la théorie du système juridique dépasse les limites d'un individu et conduit à rendre les volontés des membres soumises ; plus encore, cette théorie permet d'expliquer la possibilité de passer outre les intérêts de l'associé/actionnaire afin de garantir l'intérêt de l'entreprise et d'autrui. pour plus d'informations, voir Al-Tayeb Muhammad Al-Bashir, La nature juridique de l'entreprise - A Modern Vision - Journal des cahiers de politique et de droit, Volume 12, Numéro 02/2020, pages de 169 à 178.

[3442] Le juriste Ripert a déclaré sans hésitation la nécessité de démolir cette grande illusion qui fait de la société par actions un contrat dans son origine et dans sa vie. Il a également vivement critiqué la théorie du système, estimant que ses partisans étaient incapables d'adopter ou de présenter un concept juridique nouveau et précis. L'entreprise n'est ni un contrat ni un système, mais plutôt un outil de concentration économique. Le juriste « Baiso » est venu développer cette théorie avec un nouvel apport, en mettant en relation la société et l'entreprise, de telle sorte que la société par actions est devenue une simple technique d'organisation de l'entreprise, et par conséquent la société est devenue une simple « parure » juridique ou un outil juridique au service de l'entreprise.

Alors que la théorie du contrat et la théorie de système visent à expliquer comment la gestion de l'entreprise doit être, et c'est là le conflit qui les oppose. La théorie de l'analyse fonctionnelle vise à enquêter sur la raison et le but (« Le pourquoi ») pour lequel l'entreprise est créée ; cette analyse fonctionnelle, selon le juriste « Chambeau », permettra d'aboutir à une bonne compréhension et à expliquer pourquoi la protection de l'intérêt social passe parfois devant l'intérêt personnel des actionnaires lorsque les décisions de la majorité s'opposent.

Quant à la théorie de l'action judiciaire collective, qui est issue du constat de la création des associations et des coopératives qui ne sont pas un contrat, mais plutôt des actes complexes unilatéraux, à chercher à comparer ces dernières à un contrat. Si le contrat rassemble deux ou plusieurs personnes ayant des intérêts contradictoires, l'acte complexe compte un nombre illimité de personnes poursuivant un but, et si le contrat ne produit ses effets que pour ses deux parties, alors l'action complexe peut être réalisée par des personnes qui n'ont pas participé à sa réalisation si elles acceptent d'adhérer au système établi par les premiers fondateurs, et si les volontés du contrat évoluent dans deux directions opposées, dans l'ouvrage complexe ces volontés sont parallèles..., pour en savoir plus, voir Abdul Wahab Al-Marini, référence précédente, p. 42 et ce qui suit.

La personnalité morale ou la personnalité juridique est considérée comme l'une des théories les plus importantes qui a accompagné la pensée juridique, car elle a été et l'est toujours un sujet de controverse entre les juristes du droit comparé. Plusieurs concepts ont été soulevés quant à la détermination de sa nature juridique, allant de la métaphore à la réalité. Le résultat de cette théorie est que la personnalité morale requiert la présence de trois éléments, qui sont : L'existence d'une personne morale qui jouit de droits, répond à des obligations et se distingue des autres personnes.

Il convient de préciser que, malgré la reconnaissance juridique de la société anonyme en tant qu'entité morale, cette reconnaissance n'a pas résolu le débat largement répandu sur la détermination de sa nature juridique, entre ceux qui la considèrent comme un contrat et ceux qui la présente comme un système ou les deux. Ce qui la faisait vivre en état de gestation[3443].

Ainsi, les tenants de cette théorie partent donc de l'idée stipulant que l'intérêt de l'entreprise est distinct de l'intérêt des actionnaires. C'est donc l'intérêt de l'entreprise en tant qu'entité morale distincte des associés/actionnaires qui lui donne le droit d'intenter une action en tant que plaidant ou défendeur. En d'autres termes, l'entreprise est désormais considérée comme une personne morale indépendante des associés que le législateur crée son cadre juridique à l'écart de la volonté des associés. En conséquence, l'intérêt qui doit être protégé c'est l'intérêt de l'entreprise et non celui des actionnaires.

Cependant, les deux théories n'ont pas réussi à définir ce qu'on entend dire par intérêt prioritaire à la protection ; toutefois, la justice française est parvenue à définir au plus près cet intérêt en décidant que l'intérêt de l'entreprise est l'intérêt social de l'entreprise.

Troisièmement : L'intérêt de l'entreprise est son intérêt social.

L'entreprise est un concept plus large que le concept de la société[3444], car l'entreprise, selon la conception économique fonctionnelle, est un outil fonctionnel permettant la gestion de l'entreprise en investissant les fonds qui y sont déposés et en travaillant à les fructifier[3445]. Ainsi, la théorie de l'analyse fonctionnelle considère que l'entreprise n'est qu'une forme juridique au service de l'entreprise, elle a en fait dépassé cette limite pour contribuer même aux finances publiques de l'État faisant progresser l'économie, au point de rendre les recherches sur le facteur économique dans sa relation avec le changement du concept juridique de l'entreprise une question urgente[3446].

Sur ce fondement, la théorie de la concentration économique ou l'analyse fonctionnelle de l'entreprise considère que l'intérêt de la société est l'intérêt de l'entreprise en tant que mécanisme lié à des concepts économiques et sociaux qui interagissent avec des acteurs économiques internes et externes. Donc, le fonctionnement de l'entreprise doit être mis en relation à l'ensemble des acteurs économiques et à son rôle d'offre et de création d'emplois.

Ainsi, l'entreprise est au centre de nombreux intérêts, qui peuvent converger ou diverger, qu'ils représentent les intérêts de l'entreprise, de ses actionnaires, ses sous-traitants, des tiers ou de la communauté.

On peut affirmer que cette théorie concorde avec la théorie des intérêts de l'entreprise dans la mesure où elles sont fondées sur la personnalité morale, mais dans cette théorie, elle est considérée d'un point de vue fonctionnel et non systémique. Il devient clair que l'entreprise a son propre intérêt qui se prévaut sur le reste des intérêts ; ce qui signifie qu'en cas de conflit entre l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt de l'un des groupes qui la constituent, l'intérêt de l'entreprise doit prévaloir sur le reste des intérêts privés, et bien entendu l'intérêt des actionnaires est considéré comme étant un intérêt privé.

[3443] Khalil Abdullah, L'entreprise entre la notion d'intérêt de l'entreprise ou celle des associés et des actionnaires, article publié dans la Revue électronique de droit et de commerce international, date de publication le 3 février 2020, date d'accès le 10 juin 2023. L'entreprise entre la notion d'intérêt de l'entreprise ou celle des associés et des actionnaires (droitetentreprise.com)

[3444] Mustapha Bozman : Protéger l'intérêt social dans les sociétés par actions, Nouvelle presse de connaissances, édition 2016, Rabat, p 83.

[3445] Abdelwahab Al-Marini : Pouvoir majoritaire dans la société par actions, Nouvelle presse de connaissances, édition 2018, Rabat, Maroc, p 42 et ce qui suit.

[3446] Aziz Etouban, Analyse économique pour l'intérêt d'une société par actions, Journal des Tribunaux Marocains, numéro double 133/134, mars 2012, p. 52.

Dans ce cas de figure, on note la célèbre décision judiciaire française dans l'affaire de la société anonyme Fruehauf[3447] qui a eu le mérite de mettre en lumière les caractéristiques de l'intérêt social de l'entreprise et de reconnaître le statut suprême de l'intérêt de l'entreprise ; cette décision va de pair avec les conclusions présentées par le ministère public (représentant du droit public) en ce qui concerne la détermination de l'étendue de l'intervention judiciaire requise, ainsi que le type d'intérêt à protéger et la nature de l'intérêt social de l'intervention judiciaire.

Ainsi, le ministère public a considéré dans ses conclusions que l'entreprise commerciale n'est pas uniquement une accumulation d'un capital monétaire et d'un capital humain, mais elle évolue de plus en plus pour devenir une entité indépendante formant un groupe sociologique ; et elle vit dans une société humaine spécifique lui conférant des caractéristiques issues des considérations morales et éthiques représentées par la confiance et par la position que l'entreprise doit occuper au sein du système économique du pays.

Ainsi, le tribunal a considéré dans l'affaire Fruehauf que « bien que le capital américain possède la majorité, c'est-à-dire qu'il est le maître de l'entreprise et que ses décisions sont des ordres au regard de la jurisprudence capitaliste ; toutefois, les facilités et les crédits bancaires qui sont accordés à l'entreprise en France sont donnés en prenant compte de la force morale de la société en l'occurrence Fruehauf et dans laquelle de nombreux salariés y participent, et que les difficultés rencontrées par l'entreprise entraîneraient des perturbations dans l'industrie et l'économie nationale ; tout cela représente un intérêt social qui doit être protégé et défendu, et c'est par quoi on justifie l'intervention du pouvoir judiciaire pour protéger la Fondation Fruehauf, compte tenu de sa position dans la production.»

Il ressort des recherches sur la nature de l'intérêt à protéger que celui-ci tourne autour de l'intérêt de l'entreprise en tant qu'acteur économique et social dans lequel fusionne un ensemble de relations et d'intérêts sociaux dans le cadre d'un ensemble humain, sociologique, et économique..., c'est ce qui a amené la justice et la jurisprudence à l'appeler l'intérêt social de l'entreprise, et par conséquent toute atteinte à de ce dernier représente un critère pour mesurer l'existence d'un arbitraire, qu'il soit de la part de la majorité ou de la minorité.

Ainsi, après avoir pris connaissance du critère permettant de considérer le comportement de la minorité comme arbitraire, il nous reste à connaître les moyens que la minorité utilise à l'encontre de la majorité pour empêcher l'exécution d'une décision rendue par cette dernière, que ce soit avec le motif de protéger ses intérêts ainsi que l'intérêt social de l'entreprise ou dans l'intention de nuire à cette dernière et à la majorité.

Deuxième paragraphe : La minorité d'obstruction ou de blocage : une arme contre la majorité

Outre de nombreux pouvoirs qui leur sont accordés pour protéger leur statut juridique, le législateur a accordé aux actionnaires minoritaires le droit de s'opposer aux décisions qui ne servent pas leurs intérêts et l'intérêt social de l'entreprise.

Le droit d'opposition à la décision votée est considéré comme une arme à double tranchant face à la réalisation de l'intérêt social de l'entreprise. Tandis que ce droit, d'une part, contribue à constituer un équilibre logique et nécessaire du pouvoir de la majoritaire afin de réaliser une volonté consciente et d'inciter les petits épargnants à investir dans l'entreprise ; en revanche, ce droit peut nuire à l'entreprise si la décision contestée par la minorité est dans l'intérêt de l'entreprise

Cependant, la minorité s'y est opposée pour atteindre ses propres objectifs, ce qui nécessite la mise en point d'un équilibre entre le principe de souveraineté majoritaire et la nécessité de protéger la minorité.

Toutefois, si le droit d'opposition ne constitue pas un obstacle au sein des assemblées générales, il constitue alors une arme brandie contre la majorité au sein de l'assemblée générale extraordinaire, étant donné que la majorité ne se forme que si elle obtient la majorité des deux tiers des voix. Les voix des actionnaires présents ou représentés ((2/3) + 1) et ceci ne peut être fait dans l'assemblée

[3447] Cour d'appel Paris, 22 mai 1965, n° 9999, Publié sur le site DOCTRINE.Fr, visité Le : 17/06/2023 à 12h15, https://www.doctrine.fr/d/Ca/Paris/1965/U8D370C0003BABE62EC07

générale ordinaire. Cette situation relève de l'ordinaire car le tiers dans cette assemblée est la majorité et non la minorité[3448]. Dans ce cas, les décisions de la majorité sont gelées par la minorité et c'est ce qu'on appelle la minorité de gel ou la minorité d'obstruction.

Ainsi, le rejet légitime d'une décision qui concerne l'entreprise par la minorité d'actionnaires constituant la minorité d'opposition en cas d'abus de la minorité dans l'exercice du droit est considéré comme une mauvaise adaptation qui indique l'existence d'une analyse erronée des droits de la minorité. Cette dernière, qui est capable de former une minorité d'objection, parvient ainsi à former une autorité que lui accorde la majorité décrite (une majorité des deux tiers). Alors, quelle est la notion de minorité d'objection et quels sont les éléments favorisant sa création ?

Premièrement : Le concept de minorité d'opposition

La minorité d'opposition est considérée comme une attitude négative ou attitude de rejet prise par la minorité d'actionnaires face à la majorité, en d'autres termes c'est la résistance injustifiée manifestée par la minorité d'actionnaires au sein des assemblées générales dont le résultat est le non-vote d'une décision alors qu'elle est bénéfique à l'entreprise en raison de l'absence de quorum, ce qui a sans aucun doute pour conséquence de paralyser le travail de l'entreprise.

À cet égard, il faut distinguer les décisions prises au sein de l'Assemblée générale ordinaire et celles prises au sein de l'Assemblée générale extraordinaire. Dans cette dernière, la minorité peut user de ses droits politiques de différentes manières, de telle sorte qu'elle peut empêcher la formation du quorum juridiquement requis, cette situation s'affirme lorsque ces actionnaires s'absentent lors des délibérations des assemblées générales sans être représentés par une autre personne ni par procuration à cet effet. Ceci, bien entendu, peut-être être contourné en convoquant une deuxième assemblée, qui ne nécessite à la deuxième fois que la présence d'un quart des actions ayant droit de vote, et dans tous les cas, il n'est pas possible de délibérer sans la présence effective d'un quart, sous peine de nullité des délibérations[3449].

La minorité peut également voter contre la décision, s'absenter, voire présenter un bulletin blanc lors du vote, et cette opposition ne peut atteindre sa finalité que si les actionnaires restants sont présents et les représentants ayant le contrôle et leurs alliés qui souhaitent voter pour leurs projets ne parviennent pas à former les deux tiers des voix légalement requis pour valider le vote de la décision, autrement dit, pour que la minorité puisse exercer le droit d'opposition ou « droit de veto » sur toutes les décisions qui relèvent de la compétence de l'assemblé, c'est-à-dire, en cas de modifications urgentes des statuts, elle doit disposer d'un tiers des parts sociales plus une qui l'autorise à geler les décisions.

Cette opposition, exercée par la minorité des actionnaires au sein de l'assemblée générale extraordinaire, est un obstacle à ce que la majorité puisse prendre des décisions vitales pour la société, comme c'est le cas pour réduire ou augmenter le capital, changer la forme juridique de la société, prendre la décision de fusionner, pré-dissoudre, ou changer le siège social... etc.

En revanche, au sein des assemblées générales ordinaires, la minorité n'a pas la possibilité de s'opposer en principe car les règles qui régissent le quorum au sein de ces assemblées n'imposent qu'un quart des actions ayant le droit de vote pour valider la décision dès le premier appel, tandis qu'au deuxième appel, il n'est pas nécessaire d'atteindre aucun quorum, et à partir de là, il est difficile d'user des exigences liées au quorum qui sert les intérêts de la minorité.

Il est à noter que l'Assemblée Générale Ordinaire décide à la majorité des voix détenues par les actionnaires présents ou leurs représentants, ce qui signifie que la minorité ne peut s'opposer aux prises de décision au sein de ces assemblées, même s'il est possible que cela se fasse par les actionnaires détenant la moitié des actions, si cela se produit, nous serons face à un abus des minorités.

[3448] Arousi Siyasa, Loi sur les minorités dans les assemblées générales d'actionnaires, L'article est publié dans le Journal Al-Bahith des études académiques, Volume Six, Numéro deux, année 2019, pages de 27 à 42, date d'accès le 17/06/2023 à 14h30 https : //www.asjp.cerist.dz/en/article/88931.

[3449] Article 110 de la loi 17.95 relative aux sociétés par actions.

Deuxièmement : Les éléments de la minorité d'objection

Si l'abus de la majorité n'est pas une décision prise uniquement pour favoriser la majorité au détriment de la minorité ; mais, elle est également contraire à l'intérêt social de l'entreprise. Cet abus n'est sans doute pas compatible avec l'opposition abusive de la minorité, car prendre une décision qui est contraire à l'intérêt social est une chose, et s'opposer à la minorité dans la prise d'une décision contraire à l'intérêt social de l'entreprise en est une autre.

Dans le cas où une décision est prise et elle s'oppose à l'intérêt social, les conséquences de cette décision sont estimées ultérieurement, c'est-à-dire après que la décision a été prise. Alors que dans la situation où on bloque une décision est en contradiction avec l'intérêt social, le rôle du tribunal ne se limite pas seulement à l'analyse de la situation résultant de l'absence de décision ou de ne pas la prendre, mais aussi *a priori* à dire si la décision répond à l'intérêt social. Ce cas de figure a été affirmé dans un arrêt de la Cour de cassation française[3450] stipulant que « la dame Y » a commis un abus de la minorité en s'abstenant de participer aux décisions relatives à la vie sociale de l'entreprise, de telle sorte que son abstention de vote a entravé la prise de décision et qu'il n'est en aucun cas de figure prouvé que la transformation d'une société à responsabilité limitée à une société par actions a porté préjudice à l'entreprise ; et partant de là, l'objection de Madame « Y » a fait devancer ses propres intérêts sur l'intérêt social de la société en s'opposant à l'accomplissent d'une opération primordiale pour la société.

Dans un jugement du Tribunal de Commerce de Marrakech[3451], il a déclaré : « Si le vote est l'un des droits les plus élémentaires reconnus à l'associé au sein d'une société commerciale, il n'en demeure pas moins un droit fonctionnel qui doit être exercé dans le cadre de l'intérêt commun et son utilisation à des fins égoïstes et personnelles par un associé pour favoriser ses propres intérêts est préjudiciable aux autres associés et à l'intérêt de la société elle-même. » Comme précité, une telle attitude est considérée comme étant un abus de droit en vue de l'application de l'article 94 du Code civil, et requiert l'intervention du pouvoir judiciaire pour réparer le préjudice qui en résulte.

Ce qui ressort de cette dernière décision, c'est qu'elle n'exigeait pas que l'opération soit indispensable pour l'entreprise[3452], comme l'a revendiqué la Cour de cassation française, mais la Cour d'appel de commerce de Fès[3453], dans son appui à l'arrêt du Tribunal de commerce, a été plus précise dans son explication que son prédécesseur, puisqu'elle ajoute que la position de la minorité est contraire à l'intérêt social et acquiesce l'arbitraire lorsqu'elle aboutit à empêcher l'entreprise de mener à bien et de mettre en œuvre ses programmes visant son développement et l'extension de son activité. Ainsi, la minorité en faisant obstacle à l'opération d'augmentation de capital entrave à coup sûr la croissance de l'entreprise, comme l'ont promulgué les tribunaux marocains dans de nombreuses autres décisions judiciaires[3454].

Il est clair que la minorité d'opposition s'articule sur deux éléments à savoir : le premier est la violation de l'intérêt commun des actionnaires, et le deuxième l'élément est l'opposition à une opération

---

[3450] Cour de cassation chambre commerciale du 15 Juillet 1992, 17.90.216, Publié sur Ligifrance.gouv.fr, visité le 17/06/2023 à 18h05. https://www.ligifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXTE000007029037/

[3451] Jugement n° 720 du 7 mai 2000 dans le dossier n° 817/2000, publié au Journal judiciaire marocain n° 91, novembre-décembre 2001, p. 157, cité par Amina Ghmizah dans la référence précédente, p. 390

[3452] L'opposition est une opération fondamentale dans la vie de l'entreprise, élément déterminant de l'opposition de la minorité et de l'abus de la majorité.

[3453] Arrêt n° 597 du 02/07/2002 dans le dossier n° 705/2001, publié au Journal Marocain du Droit des Affaires et des Contrats, numéro 7 janvier 2005, p. 176, cité par Amina Ghmizah dans la référence précédente, p 391

[3454] « Et puisque la justice marocaine a considéré que l'abus de la minorité des associés ou actionnaires dans l'exercice de ce droit se produit lorsqu'ils refusent de voter la décision d'augmentation du capital de la société, alors que cette décision a été prise pour servir les intérêts de la société afin d'assurer la continuité de son activité, et le fait de voter contre la proposition d'augmentation a pour conséquence d'empêcher l'entreprise de mettre en œuvre ses programmes visant à développer et élargir son activité. » L'arrêt de la Cour d'Appel de Commerce de Marrakech du 02/07/ 2002 dans le dossier n°705/2001 non publié, et l'arrêt de la Cour d'appel de commerce de Casablanca en date du 24/03/2003 dans le dossier n°1305/2002/12 non publié.

essentielle pour l'entreprise et pour considérer cette opération comme vitale, elle doit être légalement requise et nécessaire à la continuité de l'entreprise.

Ainsi, si l'opposition aux décisions de la majorité visant à développer l'entreprise constitue une disgression de la minorité, elle n'en est pas moins la seule car, à certains moments, la minorité procède délibérément à un vote fortuit pour faire obstacle à la loi de la majorité.

Troisième paragraphe : Le vote fortuit

Afin de renforcer leur position juridique dans la prise de décision au sein de la société, les actionnaires minoritaires peuvent recourir à certains moyens pour amener l'Assemblée générale à voter en faveur d'une décision conforme à leur avis et contraire à l'intérêt social de l'entreprise ; comme c'est le cas, lorsque des actionnaires minoritaires adoptent une décision soudaine et exceptionnelle, appelée « vote fortuit » en utilisant des astuces, que ce soit au sein de l'assemblée générale ou au niveau du conseil d'administration, pour qu'ils exploitent certaines situations réalistes à leur avantage, comme l'éloignement géographique des actionnaires ou les dommages matériaux des actions..., et cela se fait en empêchant la majorité de participer aux délibérations jusqu'à ce qu'ils soient eux-mêmes en mesure de former une majorité temporaire et circonstancielle[3455].

Il convient de noter que le pouvoir judiciaire décrit toujours le vote fortuit comme un abus de la minorité, mais l'une des chercheuses[3456] estime qu'il y a une mauvaise compréhension du concept de majorité et de ses applications, de sorte qu'elle a considéré que le concept de majorité est une notion relative et non absolue, car chaque cas à lui seul doit être l'objet d'une recherche minutieuse compte tenu du nombre total d'actionnaires présents ou représentés à l'Assemblée Générale qui prendra la décision portée à l'ordre du jour, ce qui signifie que les formations de la majorité précédente n'ont aucun effet sur la détermination de la nouvelle majorité, de surplus la majorité peut changer à chaque vote, car une minorité d'hier peut devenir la majorité de demain.

Par conséquent, même si le pouvoir judiciaire considère dans de nombreux cas qu'il s'agit d'une question liée à l'arbitraire de la minorité, il aurait été plus efficace d'appliquer l'arbitraire de la majorité, même s'il s'agissait d'une majorité temporaire, car chaque fois que nous sommes confrontés à une décision prise par la majorité, nous nous trouvons devant une déviation dans l'usage de l'autorité, quoique c'est une autorité temporaire..., et si la minorité œuvre pour empêcher la majorité réelle à participer effectivement à la délibération ou au vote, elle prend ainsi l'apparence de la majorité, ne serait-ce que de manière circonstancielle. De ce fait, elle devient ainsi majoritaire au sein des organes de l'entreprise et, par conséquent, elle doit être vue ainsi que son action sur cette base doit être soumise au contrôle judiciaire dont jouit l'autorité de la majorité.

Sur ce fondement, un vote fortuit est une concrétisation de l'abus de la majorité et non l'abus de la minorité, et doit être soumis à la même sanction que celle appliquée quant à la déviation de l'autorité aussi longtemps que la décision s'écarte de la voie de l'intérêt social de l'entreprise et favorise la priorité des intérêts personnels de la minorité au détriment de la majorité réelle.

C'est pourquoi, après avoir pris connaissance de la notion de déviation minoritaire et de ses formes, nous allons nous arrêter sur les conséquences juridiques de l'arbitraire des actionnaires minoritaires dans le chapitre suivant.

Deuxième chapitre : Les conséquences juridiques de l'abus des actionnaires minoritaires

Lorsque les actionnaires minoritaires utilisent leurs droits de manière arbitraire, ils recourent généralement à des moyens légitimes pour les utiliser à des fins contraires à l'intérêt de l'entreprise. Par exemple, ils peuvent intenter des poursuites judiciaires, s'abstenir de voter directement ou s'absenter lors des délibérations des assemblées générales ou de demander l'ajout de projets, des recommandations à l'ordre du jour de l'Assemblée Générale, ce qui crée une sorte de conflit entre les actionnaires et le Conseil d'Administration donnant lieu à des troubles et des harcèlements pour la majorité tels la création d'une ambiance chaotique, la diffamation et la propagation du désordre au sein de l'entreprise.

[3455] Amina Ghmizah, O.P, p. 411.
[3456] Amina Ghmizah, O.P, p. 412.

Il est donc nécessaire de déterminer une sanction adaptée à la gravité de l'acte commis, même si l'invocation de ces sanctions dès le départ est inappropriée, pour autant qu'il est possible de parvenir à un accord entre les deux groupes - une majorité et une minorité - pour fausser route au conflit afin de préserver les intérêts collectifs qui y sont sans aucun doute fusionnés dans l'intérêt social de l'entreprise. Cependant, le respect de cet accord est relatif, car il peut être contesté à tout moment en faisant recourt à des actions arbitraires ou en transférant des parts minoritaires à d'autres parties qui n'étaient pas concernés par l'accord.

Sur cette base, il est nécessaire d'établir un système pénal qui permet de punir l'arbitraire de la minorité, mais cet arbitraire dans son sens élargi[3457] n'admet pas l'application d'un système juridique unifié aux différents cas d'arbitraire qui surviennent de la minorité, ce qui a fait distinguer les sanctions de l'arbitraire de la minorité de celles de l'arbitraire de la majorité.

Bien que l'indemnisation civile soit la sanction habituelle pour réparer un préjudice, d'autres sanctions judiciaires particulières s'ajoutent à cette sanction pour faire face à l'arbitraire de la minorité, notamment la proclamation d'une décision judiciaire pour compenser l'absence de prise d'une décision rejetée par la minorité (premier alinéa), ou désigner un représentant judiciaire pour voter à la place de la minorité (deuxième alinéa), ainsi que radier l'actionnaire de la société ou dissoudre la société en cas de litiges graves entre actionnaires (troisième alinéa).

Sur le premier alinéa : Proclamation d'un jugement indemnisant la décision attaquée

Sans aucun doute lorsque la minorité exerce le droit de s'opposer aux décisions de la majorité étant cela est nécessaire pour préserver l'intérêt social. Toutefois, une opposition qui ne trouve pas de justifications lors des délibérations de l'Assemblée générale peut conduire à un abus de pouvoir d'opposition à des fins autres que celles pour lesquelles elle a été destinée.

Si le pouvoir judiciaire, à travers de nombreuses décisions, tente de faire lumière sur la question de l'arbitraire de la minorité et sur les difficultés soulevées à cause de la particularité de l'arbitraire de l'autorité minoritaire, qui se caractérise par l'incapacité à rendre une décision qui doit être annulée, comme c'est le cas face à l'arbitraire de la majorité, et si le travail judiciaire s'est arrêté sur le principe de la légitimité du contrôle et de la détermination des éléments de l'arbitraire ; le différend demeure existant quant à la validité du pouvoir judiciaire dans l'appréciation de l'intérêt social de l'entreprise et si il a le droit d'imposer des décisions que l'entreprise n'a pas validé, et si il peut contrôler la pertinence[3458] lorsqu'il décide à la suite des litiges qui se présentent à son attention.

De ce qui précède, lors de l'examen de semblables affaires, le juge, tout en contrôlant l'autorité de la personne détenant l'autorité, ne se limite pas à examiner dans quelle mesure elle respecte les éléments de légalité, mais il cherche également si les raisons qui ont motivé la prise de la décision sont justifiées et accomplissent l'objectif escompté et si le but de la pertinence est l'évaluation de l'action entreprise sur la base des raisons qui la sous-tendent. Aussi, est-il permis au juge, lors de l'examen de l'affaire soumise contre la minorité arbitraire, de contrôler l'existence du principe de la pertinence et par conséquent rendre une décision qui équivaudrait à une décision exigeant l'adoption de la décision contestée par la minorité ?

Les avis divergent entre partisans et opposants quant à l'intervention du pouvoir judiciaire dans la vie de l'entreprise. Certains estiment que le rôle du juge doit se limiter au contrôle de la légalité et non de l'opportunité alors que d'autres ne voient aucune objection dans l'intervention du pouvoir judiciaire pour contrôler et ils l'encouragent même. A notre tour, nous encourageons l'intervention judiciaire afin de mesurer le principe de l'opportunité dans le but de protéger l'entreprise et tous ses intérêts car

[3457] Les chercheurs controversent quant à la nature de l'abus minoritaire, entre ceux qui le lient à la théorie de la déviation de l'autorité, ceux qui le rattachent au principe de bonne foi et ceux qui le raccordent à la violation préméditée de l'égalité sans le restreindre explicitement à d'autres concepts et d'autres se sont contentés de critiquer la théorie qui traite de l'arbitraire de la minorité à la lumière de l'arbitraire de la majorité. Alors que les cas d'arbitraire, à leur tour, ont été aussi sujet à des avis partagés entre : Rejet des décisions majoritaires par la minorité, vote surprise, objection, dépôt de plaintes arbitraires...etc. Pour plus de détails, voir à ce sujet Amina Ghmizah, O.P, p. 379 et qui suit et p. 439.

[3458] Contrôler la pertinence signifie évaluer les faits et les mesures prises en fonction des raisons qui les ont motivées.

l'autorité judiciaire joue un rôle important dans la vie de l'entreprise en éliminant l'injustice envers ses droits et en contribuant à l'avancement de la gestion des entreprises.

Si le pouvoir judiciaire intervient pour rejeter des décisions défectueuses visées par les assemblées générales ; néanmoins, il est clair que l'autorité du pouvoir judiciaire à cet égard est limitée car la législation moderne tend à ce que le juge n'intervienne pas constamment pour porter préjudice aux décisions des organes compétents ; elle suggère même de faire recours à la voie du règlement pour préserver les positions juridiques de telle sorte que la législation donne un délai aux actionnaires pour leur permettre de rectifier le défaut qui a entaché les délibérations. Par conséquent, le système judiciaire a tendance à favoriser la voie de la réparation pour éliminer les causes et les motifs de l'invalidation chaque fois que cela est approprié[3459]. Toutefois, la décision d'invalidation n'est pas permanente car le juge peut se substituer aux organes de l'entreprise et décide d'exécuter la décision rejetée par la minorité de manière abusive, ce qui impose sans aucun doute une remise en question de la légitimité de cette intervention ?

Ce sujet se caractérise par l'ambiguïté et le manque de clarté en l'absence de toute référence législative permettant au juge l'adoption de la décision rejetée par la minorité dans le cadre de son droit d'exercer une opposition arbitraire quoiqu'elle porte préjudice à la majorité et à l'entreprise. Cet amalgame apparaît également à travers l'arrêt de la Chambre de Commerce de la Cour de Cassation française[3460], où elle a laissé croire qu'il n'y a pas d'objection à intervenir judiciairement dans la vie de la société, en affirmant qu'« en plus de l'accord d'une indemnisation pour les dommages potentiels, il existe d'autres solutions qui permettent de prendre en compte l'intérêt social ».

Cette décision aux termes vagues a donné lieu à des interprétations parmi les juristes et a ouvert un débat sur la mesure dans laquelle l'absence de décision pourrait être compensée par une décision judiciaire permettant à la majorité de contourner l'opposition exprimée par la minorité, en mettant en œuvre la décision débattue et délibérée à l'issue de l'Assemblée Générale[3461].

En partant de ce qui précède, l'une des chercheures[3462] estime que compenser l'absence de décision par une décision judiciaire est une sanction qui s'impose car elle est la seule sanction convenable permettant de garantir l'intérêt de l'entreprise, et c'est une sanction qui a de la valeur en comparaison avec la sanction d'invalidation pour arbitraire de la majorité. En somme, cette sanction n'a en aucun cas des conséquences plus lourdes que celle d'invalidation. Invalider une décision adoptée par la majorité est plus désastreux que d'imposer une décision voulue par la majorité et rejetée par la minorité. De plus, prendre en compte le critère de l'intérêt social lors de la prise de décisions permet de justifier cette sanction. Cependant, la Cour de cassation s'est dès lors opposée à cette approche[3463], puis l'a rejeté explicitement à travers l'arrêt Flandin du 9 mars 1993[3464].

Ainsi, de notre point de vue, nous préférons l'intervention du pouvoir judiciaire pour contrôler la légalité ainsi que la pertinence mais en étant neutre de sorte que son rôle se limite à déclarer invalide le rejet de la minorité de la décision en discussion , de là, le pouvoir judiciaire instaure l'état premier des parties car cela reviendrait à recourir à la loi de la majorité en tenant une nouvelle délibération dans laquelle s'expose des opinions et des discussions positives ; ceci ne sera pas possible si la décision rejetée est compensée par une autre décision judiciaire car cette situation va soutenir la

[3459] Aiz Eddine Benisti, Les entreprises dans la législation marocaine et la législation comparée - Une étude comparative et à la lumière des évolutions législatives actuelles au Maroc, Première partie sur la théorie générale des entreprises, deuxième édition, 1998, p. 198.

[3460] Arrêt Vitana du 14 janvier 1992, citée par Amina Ghmizah dans l'ouvrage précité, p. 470.

[3461] PH. Merle, op.cit, p 627.

[3462] Amina Ghmizah, op.cit, p. 471.

[3463] L'arrêt de la Cour de cassation française dans l'arrêt Six rendu le 15 juillet 1992, rapporté par Amina Ghmizah dans l'O.p, p. 471

[3464] L'arrêt précis : « Le juge ne peut se substituer aux organismes sociaux légalement compétents, qui auraient pu nommer un mandataire pour représenter les partenaires minoritaires absents dans la nouvelle assemblée et voter en leur nom les décisions conformes à l'intérêt social, sans préjudice à l'intérêt légitime de la minorité ».

domination de la majorité et d'exclure la minorité lors des prises de décision au sein de l'entreprise, ou en d'autre termes, de « renforcer les forts et affaiblir les faibles."

Il convient de noter que lorsque les deux parties (la majorité et la minorité) ne parviennent pas à résoudre un différend pour mettre fin à une transgression constatée, il est possible de faire recourt à la justice sans que ce recourt soit une arme que la majorité brandit en permanence contre la minorité, menaçant ainsi la stabilité de l'entreprise, étant donné que l'intervention du pouvoir judiciaire dans la vie administrative de l'entreprise a été conçu pour la protéger dans la limite du respect de la souveraineté de l'assemblée générale. Ainsi dire, le mot fin revient obligatoirement aux actionnaires au sein de l'assemblée générale dont ses décisions traduisent leur perception commune de la politique de l'entreprise. Aussi, lorsque le tribunal examine le degré du respect du droit d'intérêt social, il part non seulement de l'interrogation sur l'opportunité de la politique adoptée, mais du respect du principe d'égalité entre les actionnaires.

Par conséquent, l'intervention du pouvoir judiciaire pour adopter la décision à laquelle la majorité s'est opposée est louable et acceptable à nos yeux car elle sert l'intérêt social dans lequel les intérêts collectifs se confondent sans aucun doute. L'intervention de la justice dans la prise d'une telle mesure dépend nécessairement de savoir que la minorité cherche à réaliser ses propres intérêts au détriment de l'intérêt social de l'entreprise, et non pas parce qu'elle s'oppose à une décision arbitraire de la majorité qui lui nuirait ainsi qu'à l'intérêt social.

Si la justice décrète une décision pour compenser la décision rejetée est une sanction de l'opposition minoritaire, quelle, donc, est la sanction convenable pour contrer le refus de la minorité d'exercer le droit de vote ?

Le deuxième alinéa : Nomination d'un représentant judiciaire pour voter à la place de la minorité

La nomination d'un représentant judiciaire[3465] pour exercer un vote à la place de la minorité est vue comme la solution la plus appropriée pour éviter les conséquences néfastes d'un abus de pouvoir, car le refus des actionnaires minoritaires d'assister aux assemblées générales et de voter entraîne un blocage des affaires de la société, et donc l'intervention d'un représentant est naturellement la meilleure façon pour résoudre le conflit entre les deux groupes - la majorité et la minorité - étant donné qu'il peut porter tout problème grave au pouvoir judiciaire pour déterminer les orientations nécessaires afin de poursuivre sa mission.

Ainsi, la Cour de cassation suggère que le tribunal doit désigner un mandataire afin de représenter les partenaires minoritaires absents lors de la nouvelle assemblée et voter en leur nom en faveur des décisions conformes à l'intérêt social, sans porter préjudice à l'intérêt légitime de la minorité[3466].

Il convient de préciser que la partie qui rejette l'interférence du pouvoir judiciaire dans la vie administrative de l'entreprise estime que ce rejet n'est que superficiel dans la mesure où il instaure une intervention indirecte du juge à travers un nouvel acteur étranger à l'entreprise. Ce qui conduirait à priver les actionnaires minoritaires de leur droit de vote ; ainsi, le juge ne fait qu'ajourner la difficulté en laissant la place à la création à d'autres cas de litige et c'est ce qui explique la position de la Cour d'appel de Paris[3467], qui a jugé que cette décision pouvait être compensée par une décision judiciaire

[3465] Le représentant judiciaire est considéré comme une institution judiciaire du fait que l'organe qui le nomme est un organe judiciaire, comme c'est le cas pour l'administrateur provisoire, et il convient de préciser que les textes législatifs ne font aucune référence à cette institution, qui reste une innovation judiciaire, et qui permet de résoudre les litiges entre actionnaires au sein des assemblées générales.

La tâche du représentant judiciaire se distingue de la tâche de l'administrateur judiciaire, qui se substitue au Conseil d'Administration pour accomplir la tâche de gestion d'une part, et de convoquer l'Assemblée Générale chaque fois qu'il est nécessaire ; alors que la tâche de l'agent judiciaire se limite à l'exécution d'une tâche spécifique et étroite, et à ce titre, la tâche de l'agent judiciaire a une portée large plus large que ce soit au niveau du type de tâche ou au niveau du délai...

[3466] Arrêt de Flandin du 9 mars 1993, rapportée par Amina Ghmizah, O.P, p. 471.

[3467] Arrêt du 25 mai 1993, dans lequel la Cour d'appel renverse l'approche de la Cour de cassation, dans laquelle elle estimait qu'il fallait désigner un agent de la minorité au lieu de se prononcer sur la décision rejetée par la minorité.

par laquelle elle a décidé d'augmenter le capital de la société, sans recourir à la désignation d'un agent représentant la minorité.

Cependant, les tribunaux ne préconisent pas un avis unique et unifié, et décident de nouveau que « vu que l'intervention du pouvoir judiciaire pour nommer un agent spécial, afin de représenter les membres de la minorité qui refusent de voter en faveur d'une décision qui est dans l'intérêt de l'entreprise, est une mesure exceptionnelle visant à faire face à une situation de crise grave qui a conduit au dysfonctionnement de l'entreprise en la mettant sous la menace d'un danger imminent ».

Quant à la justice marocaine, sa position n'a pas été clairement et explicitement déterminée, mais on peut discerner dans l'arrêt du tribunal de commerce de Marrakech[3468] qu'elle tend à s'inscrire dans la tendance en faveur de la compensation de la décision par une décision judiciaire quand les actionnaires minoritaires s'opposent à une décision donnée, où elle précise : « Le pouvoir judiciaire ne peut pas se substituer aux organes sociaux des entreprises dans la proclamation de leurs décisions cruciales, et il est judicieux d'octroyer une autorisation au gérant de l'entreprise plaignante pour tenir une assemblée générale extraordinaire afin de délibérer sur l'augmentation du capital social de la société et en cas de l'absence de la partie accusée ou de refus d'y participer, cette décision vaut autorisation pour les associés restants à souscrire à l'augmentation sans la participation de la partie accusée ».

En conséquence, il est clair que le Tribunal de Commerce a adopté une décision qui rejette l'ingérence judiciaire dans la vie de l'entreprise. un des juristes[3469] a commenté cette décision en disant qu'elle accomplit de nombreux objectifs. D'une part, il n'a pas ordonné la désignation d'un mandataire spécial pour voter à la place de la minorité car cela imposerait une charge supplémentaire à la société et il s'agirait d'une question formelle, pour autant que le mandataire doit voter positivement dans la limite de l'intérêt commun jugé par le tribunal à travers les circonstances générales de l'affaire sur l'intérêt personnel des actionnaires minoritaires. D'autre part, cette formule constitue une sollicitation à la minorité à remettre en question sa position afin de préserver sa minorité et le pourcentage de sa contribution au capital, car le principe d'augmentation est devenu une réalité par un arrêt judiciaire, mais sa mise en œuvre dans la forme écrite est conditionnée par l'absence ou la présence de la minorité tout en adhérant au refus ou à l'abstention[3470].

Sur cette base, il nous paraît clairement que le pouvoir judiciaire ne s'est pas arrêté sur une opinion unique car parfois il compense la décision rejetée par la minorité par une décision judiciaire ; et des fois, il nomme un agent pour voter à la place de la minorité ; dans les deux cas, la nécessité de prendre en compte l'intérêt social de l'entreprise doit être invoquée.

Le troisième alinéa : Expulsion de l'actionnaire ou dissolution de la société

Lorsqu'il n'y a plus d'intérêt ni de solution pour contrecarrer l'abus de la minorité sans sacrifier un actionnaire ni préserver la continuité de l'entreprise, la seule issue restante est le fait d'écarter l'actionnaire pour garantir la viabilité sereine de l'entreprise dans un premier temps ; mais si les litiges sont qualifiés de graves, alors il faut à coup sûr faire appel à la dissolution de la société dans un second temps.

Premièrement : L'expulsion de l'actionnaire

L'expulsion de l'actionnaire constitue une sanction en cas de conflit d'intérêts entre les actionnaires et une action nécessaire pour combattre le mal qui menace de l'entreprise. C'est sans doute une sanction mitigée entre ceux qui estiment qu'il est injuste d'expulser l'actionnaire de l'entreprise car cela porte atteinte à son droit de faire partie du groupe en s'appuyant sur l'idée du

[3468] Jugement n° 720 rendu le 7 mai 2000 dans le dossier n° 817/2000

[3469] Al-Mahdi Shabou, Abus des minorités dans l'exercice du droit de vote au sein des groupes généraux des sociétés commerciales, commente l'arrêt du Tribunal de Commerce de Marrakech en date du 05/07/2001 dans le dossier n° 817.2000, Journal des Tribunaux marocains, n° 91, novembre-décembre 2001, p. 169.

[3470] Cet arrêt est devenu une référence importante en cas de litiges liés à la formation d'une minorité répréhensible, ce qui signifie établir l'intervention du pouvoir judiciaire dans la vie de l'entreprise indirectement, à travers ce qui ressort de plusieurs arrêts, comme l'arrêt No .346 du 25/03/2004 dans le dossier n° 1484. /2002, Standard Magazine, n° 33, p. 210.

contrat et de l'intention de participation, et ceux qui donnent la priorité à la continuité de la personne morale afin maintenir l'idée réglementaire de l'entreprise.

L'approche fondée sur l'idée contractuelle estime que l'actionnaire a le droit de rester dans l'entreprise en quoi il est un droit inhérent à la qualité d'actionnaire, et qu'il ne peut être privé du droit de propriété dont il jouit sur ses actions, même si la loi ou les statuts confèrent à certains actionnaires, comparés aux autres, de larges pouvoirs en raison de leur apport financier et de leur position au sein de la société car les relations entre les actionnaires sont assujetties au principe d'égalité et il est irrecevable d'octroyer à un groupe donné, même majoritaire, le pouvoir de discipliner la minorité pour la priver de sa propriété en la retirant de l'arène de l'entreprise ; du fait qu'il n'y ait pas de texte explicite qui l'autorise à entreprendre une telle action, et c'est ce qui a été décidée par la Cour de cassation française, lorsqu'elle a confirmé la position de la Cour d'appel et a décidé de rejeter l'expulsion de l'un des associés au motif qu'il n'existe aucun amendement légal qui confère aux juges le pouvoir de contraindre l'associé qui demande la dissolution de la société à vendre ses actions à la société et au reste des associés qui s'y sont opposés en application de l'article 1844-7, alinéa 5 du Code civil. On déduit de ceci que le juge ne peut pas prononcer l'expulsion d'un actionnaire qui demande la dissolution de l'entreprise en l'absence de disposition à cet effet, au motif de préserver la continuité de l'exploitation sociale de l'entreprise. Ce même jugement ne peut pas également être décrété contre un actionnaire minoritaire qui commet un acte arbitraire. Cependant, la tendance dominante impose l'existence d'une condition statutaire qui impose l'exclusion d'un actionnaire qui perturbe le bon fonctionnement la société, mais la cour d'appel de Reims[3471] a proclamé un avis différent et a décidé de révoquer un actionnaire en l'absence de toute exigence statutaire[3472].

Ainsi, lorsque le pouvoir judiciaire examine les demandes présentées visant à dissoudre la société, il est préférable dans certains cas de destituer l'actionnaire[3473] exigeant la dissolution de la société sur la base du critère de l'intérêt social de la société afin de préserver la totalité de l'entreprise et les divers intérêts liés à ce mécanisme économique.

Deuxièmement : Dissolution de la société

Il ne fait aucun doute que le conflit d'intérêts entre les groupes minoritaires et majoritaires peut conduire à l'émergence de conflits graves qui ont des conséquences désastreuses pour l'entreprise en tant qu'entité économique, en particulier lorsque ce conflit atteint un degré tel qu'il est impossible pour que l'entreprise puisse fonctionner normalement, étant donné que certains actionnaires sont soucieux de réaliser leurs intérêts propres ce qui sème la discorde parmi l'ensemble des actionnaires et entache le travail de l'entreprise[3474].

Il est donc permis à chaque associé de demander la dissolution de la société, même avant l'expiration du délai qui lui est imparti, s'il existe des raisons valables à cela, telles que : des litiges graves survenant entre les associés, un manquement d'un ou de plusieurs aux obligations découlant du contrat ou l'impossibilité d'exécuter ses obligations. Aussi, il est interdit aux associés de renoncer par avance à leur droit de demander la dissolution de la société dans les cas précités.

Ainsi, rien n'empêche la majorité d'avoir recours à la loi pour demander la dissolution de la société aussi longtemps que la minorité a manqué à ses obligations. Toutefois, le recours à cette mesure par la majorité des actionnaires reste peu probable, étant donné qu'ils détiennent la plus grande

---

[3471] Arrêt de cour d'Appel Française Aix en Provence dans lequel il a été considéré que l'article 545 du Code civil français rend impossible la révocation d'un associé si cela n'est pas prévu dans les statuts, Amina Ghmizah, O.p, 455.

[3472] Les faits de l'incident concernent un litige entre les actionnaires qui a conduit à la paralysie des travaux du conseil d'administration, et le tribunal n'a eu d'autre choix que de prononcer la dissolution de la société ou de racheter les actions des actionnaires demandeurs. Le tribunal a rendu sa décision d'exclure un groupe d'actionnaires malgré l'absence de toute disposition statutaire qui justifie ou permette cette exclusion, estimant que « l'exclusion de l'actionnaire permettrait de modifier la constitution de la société tout en assurant sa continuité, ce qui est conforme à l'intérêt social » pour autant que cette mesure permette un retour à l'activité normale de l'entreprise ». C'est bien entendu une décision qui a bouleversé toutes les échelles et qui n'a pas été facile à accepter.

[3473] Aiz Eddine Benisti, op.cit, p. 254.

[3474] Mohammed Burhan Al-Dine, OP, p. 145.

part de l'entreprise et que, par conséquent, leur recours au pouvoir judiciaire pour dissoudre l'entreprise leur porte préjudice. Tant qu'ils détiennent la majorité du capital, ils supporteront donc le plus gros de la pénalité, notamment en ce qui concerne le paiement de l'impôt.

Il judicieux de préciser que la démarche de la majorité auprès du pouvoir judiciaire pour dissoudre l'entreprise ne sera pas sans aucun doute le résultat d'un comportement ou d'une action individuelle qui va à l'encontre de l'intérêt de l'entreprise, car cela ne paralyserait pas le travail de cette dernière ; mais, il représente une réaction à des attitudes dangereuses et répétées de la part de la minorité aboutissant à des conflits dangereux qui auront de graves répercussions sur l'intérêt et la continuité de l'entreprise, et cette situation ne peut être atteinte que si la minorité dispose d'un certain pourcentage d'actions qui paralyse les décisions de l'assemblée générale extraordinaire (un tiers + 1), ou lorsque la minorité occupe des postes au sein de la direction et des organes de gestion favorisant la création de conflits[3475].

Conformément au principe de prise en compte de l'intérêt social de l'entreprise, il convient de noter que l'action de dissolution de l'entreprise reste une action de réserve, qui ne peut être invoquée qu'après épuisement des autres procédures et n'ont pas pu contribué à mettre un terme à la situation de conflit entre les actionnaires[3476] ; notamment, lorsque la minorité refuse sciemment de participer et tente de paralyser le travail de l'entreprise, ce qui conduira inévitablement à son effondrement.

Il convient de préciser que le recours à la dissolution de l'entreprise dans certains cas représente une considération de l'intérêt social dans son ensemble, tandis que la continuation de l'entreprise avec les perturbations qui l'empêchent de prendre les décisions nécessaires et correctes serait nuire à divers intérêts économiques et sociaux.

Sur cette base, la Cour d'appel en France[3477] a prononcé une décision de dissolution de la société après que les deux groupes, qui détenaient chacun la moitié du capital, ont désigné un administrateur intérimaire[3478] et la Cour de cassation a confirmé la décision et en expliquant que les juges de la cette affaire ont bien apprécié la légitimité et la gravité des raisons invoquées à l'appui de la demande de dissolution de la société, compte tenu du grave litige qui a empêché la nomination du Conseil d'Administration et du Président-Directeur Général, et compte tenu de l'absence de majorité constituée, étant donné que les deux groupes ont un accès égal au capital, et que dans ces conditions, la nomination d'un administrateur par intérim[3479] ne peut mettre fin à la crise que traverse l'entreprise, ce qui entraînera sans doute son effondrement.

Il faut dire que le législateur a bien fait de soumettre la question de la dissolution de la société à la base de l'existence de litiges graves entre les associés/actionnaires aux soins de l'autorité judiciaire et sous son contrôle, dont la décision judiciaire constitue une décision créant la solution et non la révéler[3480], mais la question qui se pose est sur quel critère peut-on considéré un litige comme grave pour qu'on puisse adhérer la demande de dissolution de l'entreprise ?

Comme nous l'avons vu tout au long des étapes de cette recherche, le législateur et le pouvoir judiciaire placent toujours le critère de l'intérêt social au-dessus de tous les intérêts à protéger, et ils

---

[3475] Amina Ghmizah, OP, p. 481.

[3476] Al-Mustapha Bozman, l'abus des minorités au sein des assemblées générales des sociétés par actions, O.P, p. 178.

[3477] Arrêt du 16 février 1970, citée par Amina Ghmizah dans l'ouvrage précité, p. 481.

[3478] La théorie de l'administrateur intérimaire est considérée comme une théorie jurisprudentielle élaborée par le pouvoir judiciaire dans le but de trouver une solution aux crises susceptibles de mettre fin à la continuité de l'entreprise, basée sur le rôle économique que le juge commercial a commencé à jouer et son ingérence dans les affaires de l'entreprise afin de préserver ses intérêts, de sorte que la nomination d'un administrateur provisoire a été considérée comme une question nécessaire car il joue un rôle protecteur et se manifeste dans la gestion de l'entreprise jusqu'à ce qu'il soit possible d'assurer le fonctionnement normal de sa gestion. Voir, à cet égard, Mohammed Burhan Al-Din, O.p., p. 128.

[3479] Il ressort de l'arrêt de la Cour de cassation marocaine n° 655 du 28/03/2001 au dossier commercial n° 3198/92 : « Un administrateur intérimaire ne peut être nommé dans une société par actions que s'il existe un motif grave, un différend entre les membres du conseil d'administration, et sa mission est de convoquer l'assemblée générale pour élire les nouveaux membres du conseil d'administration temporairement, sans tenir compte de ce qui précède, ne reposait pas sur une base légale.

[3480] Al-Mustapha Bozman, l'abus de minorité au sein des assemblées générales des sociétés par actions, O.p, p. 179.

ont toujours tendance à le préférer et à lui donner la priorité sur l'intérêt des actionnaires eux-mêmes, même si ce sont ces derniers qui ont créé l'entreprise et y ont investi leurs fonds. Ainsi, c'est le critère de l'intérêt social de l'entreprise est la base à travers laquelle le pouvoir judiciaire justifie l'adoption d'une solution pour faire face aux abus des minorités.

En conséquence, le pouvoir judiciaire est obligé de proclamer la solution appropriée et compatible avec l'intérêt public de l'entreprise, même si cette solution consiste à dissoudre prématurément cette entreprise.

De ce qui précède, selon notre point de vue, il faut lorsque le pouvoir judiciaire intervient pour contrôler la légalité et l'opportunité qu'il adopte une position d'impartialité, de sorte que son rôle se limite à déclarer invalide le rejet par la minorité de la décision en délibération, et par conséquent ramener les parties à la situation initiale, car cela reviendrait à recourir à la loi de la majorité par une nouvelle délibération, où il y aurait un échange d'opinions et une discussion constructive, ce qui n'aurait pas lieu si la décision rejetée était compensée par une décision judiciaire, car cet état des chose va conduire à l'établissement d'une domination de la majorité et l'exclusion de la minorité des prises de décision au sein de l'entreprise, ou dans un autre sens, « renforcer les forts et affaiblir les faibles ».

Les références :

- Mustapha Bozman : Protéger l'intérêt social dans les sociétés par actions, Nouvelle presse de connaissances, édition 2016, Rabat
- Abdelwahab Al-Marini : Pouvoir majoritaire dans la société par actions, Nouvelle presse de connaissances, édition 2018, Rabat, Maroc
- Aiz Eddine Benisti, Les entreprises dans la législation marocaine et la législation comparée - Une étude comparative et à la lumière des évolutions législatives actuelles au Maroc, Première partie sur la théorie générale des entreprises, deuxième édition, 1998
- Mohammed Burhan Al-Din, Conflits d'intérêts des actionnaires dans les sociétés par actions, mémoire pour l'obtention d'un Diplôme de Master en Droit Privé, Université Hassan le 1er, Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales, Settat, 2017/2018, page 90, publié dans la Revue Droit et les affaires internationales, 38 éditions, Aout 2021
- Amina Ghmizah, Abus des actionnaires d'une société anonyme, Maison d'édition et de distribution Horizons Marocains, Presse Al-Omnia, sans citer l'édition, Rabat 2011
- Qebli Kamal, L'intérêt social des sociétés par actions entre stabilité et instabilité, un article dans Mutoon Magazine, Volume Huit, Numéro Quatre, janvier 2017, https://www.asjp.cerist.dz/en/article/115169 la date d'accès le : 10/06/2023.
- Ahmed Shukri Al-Sibai, Le médiateur en droit commercial marocain et comparé, cinquième partie, Maison d'édition Al-Maarifa, Rabat 1992
- Khalil Abdullah, L'entreprise entre la notion d'intérêt de l'entreprise ou celle des associés et des actionnaires, article publié dans la Revue électronique de droit et de commerce international, date de publication le 3 février 2020, date d'accès le 10 juin 2023. (droitetentreprise.com)
- Aziz Etouban, Analyse économique pour l'intérêt d'une société par actions, Journal des Tribunaux Marocains, numéro double 133/134, mars 2012
- Arousi Siyasa, Loi sur les minorités dans les assemblées générales d'actionnaires, L'article est publié dans le Journal Al-Bahith des études académiques, Volume Six, Numéro deux, année 2019, pages de 27 à 42, date d'accès le 17/06/2023 à 14h30 https : //www.asjp.cerist.dz/en/article/88931.
- PH. Merle, Droit commercial : Sociétés commerciales, 6ème édition, Dalloz, 1998
- Al-Mahdi Shabou, Abus des minorités dans l'exercice du droit de vote au sein des groupes généraux des sociétés commerciales, commente l'arrêt du Tribunal de Commerce de Marrakech en date du 05/07/2001 dans le dossier n° 817.2000, Journal des Tribunaux marocains, n° 91, novembre-décembre 2001,

L'essor d'une justice numérique : vers une meilleure accessibilité aux données judiciaires

MAHI Hajar ;

Doctorante monitrice chercheuse en sciences juridiques,

Particulièrement en droit processuel, laboratoire des sciences juridiques et politiques,

À la Faculté Polydisciplinaire de BENI MELLAL.

Encadrée par le professeur universitaire ESSILI Kamal

Résumé

La justice numérique au Maroc met en avant l'importance des données judiciaires pour améliorer la transparence et l'accessibilité du système judiciaire. La digitalisation facilite l'évaluation des performances des institutions judiciaires, la modernisation des procédures et le renforcement de la confiance publique. Cependant, des défis persistent dans la collecte, l'interprétation et l'exploitation des données, affectant l'efficacité et la fiabilité du système numérique. Ces obstacles soulignent l'importance de développer les compétences numériques et d'encadrer l'usage des nouvelles technologies pour garantir une justice équitable et respectueuse des droits fondamentaux.

Mots clés : Justice numérique, données judiciaires, transparence, efficacité, accessibilité.

The Rise of Digital Justice: Towards Better Accessibility to Judicial Data

Abstract

Digital justice in Morocco highlights the critical role of judicial data in improving the transparency and accessibility of the judicial system. Digitalization facilitates the evaluation of institutional performance, modernization of procedures, and enhancement of public trust. However, challenges remain in data collection, interpretation, and utilization, affecting the effectiveness and reliability of the digital system. These challenges underscore the need to develop digital skills and regulate the use of new technologies to ensure fair and equitable justice that respects fundamental rights.

Keywords: Digital justice, judicial data, transparency, **efficiency, accessibility.**

Plan :

Introduction :
Paragraphe 1 : la justice numérique : l'importance des données judiciaires
1- La digitalisation du secteur de la justice au Maroc
2- La transparence de la justice numérique
Paragraphe 2 : La collecte des données judiciaires
1- L'accessibilité aux données judiciaires
2- L'incapacité à capturer les données judiciaires
Conclusion :

Introduction :

« ***Le numérique est un remède à la lenteur de la justice*** »3481, La justice numérique fait référence à l'intégration des technologies numériques dans le système judiciaire pour moderniser et améliorer l'accès à la justice, la transparence, l'efficacité, et la rapidité des procédures judiciaires. Elle implique notamment la digitalisation des dossiers, la mise en place de plateformes en ligne pour le dépôt et la consultation de documents, et l'automatisation de certains processus administratifs.

Dans ce contexte, l'expression de « justice numérique » renvoie aux transformations que fait subir au monde judiciaire l'avènement de la vie en réseau et l'abandon progressif des supports matériels au profit de l'électronique et de l'information en ligne3482. Elle désigne également l'impact, sur l'institution judiciaire, du recours aux technologies les plus avancées.

La justice marocaine, qui a connu divers flottements principalement à cause de la lenteur et de la complexité de ses procédures, a commencé ces dernières années à adopter ces nouvelles techniques afin de moderniser son système et permettre ainsi un meilleur accès à ses services grâce aux différents portails électroniques mis à la disposition du justiciable3483.

Historiquement, Depuis cinq ans environ, l'usage de la visioconférence se développe dans l'univers judiciaire français, en particulier pour tenir des audiences dans lesquelles les participants sont distribués entre deux sites. Les premières audiences de ce type eurent lieu fin 2000 entre la Cour d'Appel de Paris et le Tribunal Supérieur d'Appel de Saint-Pierre et Miquelon pour pallier le manque de magistrats dans cet archipel. Ce dispositif s'est considérablement développé depuis deux ans et s'est étendu à de nombreux autres contextes, en particulier pour les juges d'instruction et les juges d'application des peines, afin de minimiser les déplacements des personnes détenues par l'administration pénitentiaire. Dans le cadre d'un projet plus vaste3484.

Dans le cadre national, sept années nous séparent déjà des premiers débats sur le projet de digitalisation de la justice au Maroc. Qualifié à l'époque par certains de « décalé » par rapport aux réalités marocaines, autres ont jugé que le timing n'était pas propice à ce changement radical de paradigme qui requiert avant tout une conversion de mentalité. Un autre courant, constitué cette fois-ci de jeunes professionnels de droit, dont la technologie est une composante indispensable dans leurs rapports sociaux, modes de formation, voire même dans leurs démarches de consommation, restait dubitatif à l'égard de cette résistance au changement qui retarde, selon eux, notre entrée dans le vingt et unième siècle. L'adoption des nouvelles technologies n'est que le corollaire d'une certaine conception de la justice, fidèle à ses principes et ses objectifs, mais qui se donne les moyens d'être en phase avec son époque3485.

L'intérêt de cette recherche est d'analyser le système numérique, afin de reconnaître que la Justice d'aujourd'hui n'est pas exactement celle d'hier et que l'introduction de technologies d'information et de communication n'est pas pour rien dans la transformation des conditions d'exercice de l'activité judiciaire.

De ce fait, la question qui se pose :

En quoi consiste l'influence de la dématérialisation du système judicaire marocain sur l'accès aux données judiciaires ?

3481 Antoine GARAPON : Magistrat et secrétaire général de l'institut des hautes études sur la justice (IHEJ). Il vient de publier aux éditions PUF Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique, coécrit avec l'épistémologue Jean Lassègue, chercheur au CNRS (avril 2018).

3482 Antoine GARAPON : Magistrat et secrétaire général de l'institut des hautes études sur la justice (IHEJ). Il vient de publier aux éditions PUF *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, coécrit avec l'épistémologue Jean Lassègue, chercheur au CNRS (avril 2018).

3483 https://www.village-justice.com/articles/les-defis-justice-numerique-maroc,35412.html consulté le 15/11/2024

3484 Ce travail fait partie d'un projet plus global sur la justice et les nouvelles technologies, financé dans le cadre de l'ACI interdisciplinaire « terrains, techniques, théories ». L'auteur remercie tout particulièrement Christian Mouhanna et Jean-Claude Thoenig pour leurs commentaires et leurs critiques. En ce qui concerne les citations, tous les noms propres ont été changés de manière à respecter l'anonymat des participants.

3485 https://www.ecoactu.ma/justice-digitalisation/ consulté le 15/11/2024

Afin de répondre à ces questions nous proposons d'étudier dans ***un premier Paragraphe : la justice numérique : l'importance des données judiciaires***, avant d'entamer la mise en place le ***second Paragraphe : La collecte des données judiciaires.***

Paragraphe 1 : la justice numérique : l'importance des données judiciaires

Les statistiques judiciaires fournissent des données essentielles pour évaluer l'efficacité et les performances des institutions judiciaires, en termes de rapidité des jugements, du nombre d'affaires traitées, et des durées de détention provisoire, entre autres. Cependant l'essor de ces statistiques nécessitent l'existence d'une base des données judiciaires.

Elles permettent également aux décideurs de repérer les dysfonctionnements et de déterminer les secteurs nécessitant des réformes.

1- La digitalisation du secteur de la justice au Maroc

L'informatique se trouve dans tous les secteurs y compris le secteur juridique. Dans le monde juridique, l'éruption du format numérique dès le début des années 1960 a été impactant. Ça a commencé par la numérisation des documents, notamment des textes de loi et des jurisprudences, Les juristes ont eu conscience très rapidement de l'intérêt que représente le fait d'avoir du volume et de pouvoir effectuer des recherches dans une base de données3486. Le numérique a un côté libérateur grâce à la mise à disposition d'un grand volume de données, de la capacité de stockage, de gestion, de traitement, et du fait de pouvoir diffuser l'information plus largement3487.

Au Maroc, la digitalisation et l'informatisation de la justice sont assurées par le site mahakim.ma3488. Nous pouvons dire que la digitalisation de la justice au Maroc est très avancée car le site mahakim.ma est parfaitement opérationnel et plusieurs informations sur le fonctionnement quotidien des tribunaux marocains sont disponibles sur ledit site3489.

Le site **mahakim.ma3490** offre aujourd'hui aux avocats un accès en ligne pour suivre leurs affaires en cours auprès des juridictions marocaines, accessible 24h/24 et 7j/7, depuis n'importe quel lieu. Par exemple, après avoir déposé une assignation en justice, un avocat peut entrer le numéro de dossier pour obtenir la date de la première audience et suivre l'évolution de la procédure. Le site informe notamment sur les dates d'audience, les motifs de report, et les décisions judiciaires, qu'elles soient favorables ou non. Cependant, la copie du jugement n'est pas disponible en ligne et doit être demandée séparément, mais cette démarche peut également se faire en ligne avec réception par courriel.

A titre de nouveauté la ministre déléguée chargée de la Transition numérique et de la réforme de l'administration, Ghita Mezzour, a affirmé, jeudi à Tanger, que le portail "Mahakim.ma" a enregistré près de 23 millions de visiteurs uniques en 20233491.

Une « carte judiciaire » est également proposée, listant les tribunaux par ville et fournissant des informations utiles, vise à faciliter la tâche de déterminer la juridiction compétente selon l'affaire à trancher.

Le site propose aussi des services administratifs, tels que la demande de casier judiciaire et l'extrait de registre de commerce (modèle 7). Pour le casier judiciaire, la demande peut être suivie en ligne jusqu'à la collecte du document au tribunal, tandis que le modèle 7 permet un paiement en ligne et une réception par courriel.

3486 Amin HAJJI, Le numérique et la pratique du droit par l'avocat au Maroc dans Catherine Barreau et Najoua Djerad, Droit et numérique, Actes du Colloque international 20 et 21 novembre 2017, Presses de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, 2019.

3487 RAHAJARITSIMBA Franckie Mahery, Doctorante en Droit privé Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de Fès Laboratoire ESSOR, Droit, philosophie et Société Encadrée par le Professeur MARGHICH Abdellah, « L'INFORMATISATION DU SECTEUR JUDICIAIRE AU MAROC ». Journal of Integrated Studies In Economics, Law, Technical Sciences & Communication Vol (1), No (1) 2023, page 6.

3488 Disponible sur le lien ; https://www.mahakim.ma/#/

3489 Apres observation du site.

3490 Annexe 1 : le portail du site

3491 https://www.maroc.ma/fr/actualites/pres-de-23-millions-de-visiteurs-uniques-sur-le-portail-mahakimma-en-2023 consulté e 16/11-2024

Mahakim.ma permet aussi le Paiement électronique des amendes, l'interface de paiement en ligne des amendes ce qui facilite le règlement électronique des amendes financières enregistrées dans le système judiciaire de manière sécurisée.

Pendant la crise de COVID-19, les avocats pouvaient utiliser le site **portailavocat@justice.gov.ma** pour déposer des requêtes et payer les taxes judiciaires en ligne. Cependant, avec des préoccupations concernant certaines failles techniques, le dépôt physique a repris. Non seulement, les avocats mais également les autres acteurs du domaine judiciaire, à savoir les notaires, les adouls, et les huissiers de justice. Dans le cadre des mesures prises pour réduire le risque de propagation du virus COVID-19 et pour assurer la continuité des services judiciaires dans des conditions qui préservent la santé et la sécurité des employés et des usagers des tribunaux, le Ministère de la Justice met à votre disposition un système numérique de gestion des rendez-vous. Ce système vous permet de prendre un rendez-vous à l'avance avant de vous rendre au tribunal, optimisant ainsi votre temps et vos efforts (Portail de prise de rendez-vous dans les tribunaux du Royaume). Egalement la crise du coronavirus a motivé la mise en place du procès à distance, qui a été déjà discuté lors de **la charte de la réforme du système judiciaire de 2013**, qui a été organisé sous les commandements de sa majesté le roi Mohamed 6. La mise en place de ce dispositif a donné lieu à un projet de loi futur qui portera sur "l'utilisation des médias électronique dans les procédures judiciaires". En effet, ce projet modificatif concerne à la fois "le code de procédure civile et le code de procédure pénale." Il s'agira d'accompagner "la transformation digitale du service judiciaire", tout en garantissant sa légitimité judiciaire3492.

A titre de nouveauté en 2024, une Plateforme de suivi de l'exécution des décisions judiciaires contre les personnes de droit public est créée **;** Il s'agit d'une plateforme officielle qui permet aux personnes de droit public de suivre leurs dossiers d'exécution ainsi que les démarches entreprises à cet égard.

2- La transparence de la justice numérique

La mise en place du tribunal numérique semblerait donc être l'un des piliers majeurs de la réforme du système judiciaire afin de garantir la transparence et les droits fondamentaux des justiciables3493.

- Cette mesure, contribuerait à améliorer l'efficacité et la qualité de l'appareil judiciaire.
- Elle permettrait de développer sa capacité institutionnelle ainsi que moderniser l'administration à travers certains dispositifs tels que la vidéoconférence dans les salles d'audience et la dématérialisation du contenu (à travers l'archivage par voie électronique des dossiers des avocats).
- Elle permettrait également de promouvoir un meilleur accès à la justice et au droit, de rapprocher la justice des professionnels et des justiciables et faciliter le libre accès des citoyens à l'information juridique et judiciaire3494. Il en est de même pour l'échange par voie électronique des documents entre les avocats et tribunaux.

Toutefois, afin de créer une justice numérique efficace et universelle au Maroc, un ensemble d'exigences techniques doivent être remplies. En premier lieu, bâtir une infrastructure numérique basée sur les NTIC et ce en équipant les tribunaux du Royaume d'ordinateurs, y généraliser l'accès à internet, mettre en place des services permettant d'archiver et de protéger les données juridiques des justiciables grâce à un système de cryptage, sans oublier bien évidemment la formation du personnel judiciaire et des autres acteurs du domaine judiciaire3495. Cette dématérialisation permettra également de réduire le nombre de justiciables au sein des différents tribunaux et dispensera les

3492 décret-loi n° 2-20- 292 du 28 rejeb 1441 (23 mars 2020) édictant des dispositions particulières à l'état d'urgence sanitaire et les mesures de sa déclaration.

3493 *Sarah Munier, Chercheuse associée,* « LA MISE EN PLACE D'UN TRIBUNAL NUMERIQUE AU MAROC », Disponible sur le lien suivant : https://iedja.org/la-mise-en-place-dun-tribunal-numerique-au-maroc/#sdfootnote2sym

3494 La cas de l'accès aux différentes décisions judiciaires marocaines via le portail judiciaire du Royaume du Maroc : https://www.mahakim.ma/#/ annexe 2.

3495 Ilias Belbachir, Avocat. « Les défis de la justice numérique au Maroc. », disponible sur le site suivant : Les défis de la justice numérique au Maroc. Par Ilias Belbachir, Juriste.

avocats et huissiers de s'y rendre continuellement, afin de renforcer la justice modernisée, but des réformes réalisées par le Maroc.

Paragraphe 2 : La collecte des données judiciaires

Le système judiciaire n'est pas dans les faveurs de l'opinion publique. Certains pointent du doigt le manque d'information de la population qui compte beaucoup d'analphabètes, d'autres le manque de jurisprudence.

C'est pourquoi les autorités en charge du secteur se montrent très sensibles à la nécessité de mieux communiquer. Un programme de réhabilitation de l'image de la justice a été mis au point au sein du Ministère de la Justice. Il comporte une campagne multimédia de sensibilisation du public aux droits fondamentaux et aux moyens de les mettre en œuvre. Un programme d'information succinct, d'une durée de 3 à 5 minutes a été diffusé à la télévision traitant des droits et des devoirs des citoyens. Mais la série a été interrompue récemment par manque de fonds. En outre, le Ministère publie de nombreuses brochures d'information. Dans la plupart des juridictions, des guichets d'information sont situés à l'entrée des bâtiments pour faciliter l'accès du public. Toutefois, aucune information écrite n'est disponible. Au tribunal de commerce de Casablanca, un kiosque informatisé offre un accès direct aux informations clés. Toute personne munie du numéro d'enregistrement d'une affaire donnée peut consulter le stade d'avancement de la procédure qui la concerne. Cette information est actualisée en temps réel et un préposé est présent pour fournir une assistance, si nécessaire. Cette expérience a valeur de modèle et le Ministère en envisage la généralisation3496.

1- L'accessibilité aux données judiciaires

Le droit d'accès à l'information est régie par le **Dahir n° 1-18-15 du 5 joumada II 1439 (22 février 2018) promulguant la loi n° 31-13, qui** constitue une traduction effective et concrète des dispositions de l'article 27 de la Constitution qui prévoit que « les citoyennes et les citoyens ont le droit d'accéder à l'information détenue par l'administration publique, les institutions élues et les organismes investis d'une mission de service public. Le droit à l'information ne peut être limité que par la loi, dans le but d'assurer la protection de tout ce qui concerne la défense nationale, la sécurité intérieure et extérieure de l'Etat, et la vie privée des personnes, de prévenir l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux énoncés dans la présente Constitution et de protéger les sources des informations et les domaines déterminés avec précision par la loi ».

Selon le guide relatif au droit d'accès à l'information, L'information publique comprend l'ensemble des données et statistiques exprimées sous forme de chiffres, de lettres, de dessins, d'images, d'enregistrement audiovisuel, ou toutes autres formes contenues dans des documents, pièces, rapports, études, décisions, périodiques, circulaires, notes, bases de données et autres documents à caractère général produits ou reçus par les institutions ou les organismes concernés dans le cadre des missions de service public , quel que soit le support, papier, électronique ou autre3497.

Selon les dispositions de la loi 31-13 relative au droit d'accès à l'information, les tribunaux constituent un organe dont on peut demander l'accès à l'information, mais le DAI n'est pas un droit absolu, il existe des « exceptions », c'est-à-dire des informations qui ne peuvent pas être divulguées. Par conséquent la loi sur le DAI prévoit des exceptions absolues, ce qui veut dire que l'information ne vous sera pas fourni dans des cas bien énumérés3498.

3496 Legal Vice Presidency The World Bank "MAROC Évaluation du Système Juridique et Judiciaire 2003" Public Disclosure Authorized. Page 59 disponible sur le lien : https://documents1.worldbank.org/curated/ar/803801468773762559/pdf/Maroc0Evaluation0FINAL.pdf

3497 Le guide est disponible sur le lien suivant : https://www.cdg.ma/sites/default/files/le-groupe/Guide%20relatif%20au%20droit%20d'acc%C3%A8s%20%C3%A0%20l'information.pdf

3498 La défense nationale. /La sécurité intérieure et extérieure de l'État. /La vie privée des personnes et les données personnelles. /Les informations dont la divulgation est susceptible de porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux énoncés par la constitution. /La protection des sources d'information. /Les informations déjà publiées de manière proactive. Les informations ne vous seront pas fournies si elles portent préjudice : /aux relations avec un autre pays ou organisation internationale gouvernementale. /à la politique monétaire, économique ou financière de l'Etat. /aux droits de propriété industrielle, droits d'auteur ou droits connexes. /aux droits et intérêts des victimes, témoins, experts et

2- L'incapacité à capturer les données judiciaires

L'incapacité à capturer efficacement les données judiciaires représente un véritable obstacle pour le bon fonctionnement du système judiciaire. En effet, Ce manque de données empêche de mesurer précisément les performances des tribunaux et d'identifier les retards ou les besoins spécifiques des juridictions.

D'une manière générale, pour décrire une infraction commise afin d'évaluer le taux de la criminalité dans le Maroc par exemple, il est nécessaire de les classer selon plusieurs caractères (Age, sexe, genre des délinquants, …), c'est-à-dire d'avoir une base de données juridiques. Ce qui compte ici, c'est la criminalité légale, qui ne concernent que le niveau judicaire ; « Il s'agit du nombre des affaires dont les instances judiciaires ont eu à connaitre et sur lesquelles diverses décisions ont été prise 3499».

En raison de la nature des données judiciaires, et leur caractère officiel émanent des organes officiels public tels que ; le ministère de la justice, le ministère public, le président du conseil supérieur du pouvoir judicaire, …ou meme des organes privés comme les professeurs chercheurs dans le Domain judicaire, les personnels des services judiciaires, … 3500, il, faut toujours attendre qu'elles soient collectées, vérifiées et diffusées de manière rigoureuse. Cela garantit leur fiabilité et leur pertinence dans le processus d'analyse et de prise de décision pour améliorer le système judiciaire.

Cependant, l'incapacité se traduit suite au décalage entre la criminalité légale (les données judiciaires), et les criminalités apparente et réelle ; concernant celle apparente qui s'étende de l'ensemble des faits de la criminalité portés à la connaissance des autorités de la police judiciaire (par plainte ou par dénonciation) , tandis que celle réelle que consiste dans l'ensemble des infractions effectivement commises par les individus3501.

De plus, il existe des défis éthiques, sociaux et économiques qui freinent la capture des données judiciaires.

a- Les défis éthiques :

L'intégration de la technologie dans le système judiciaire pose des questions éthiques importantes, notamment en ce qui concerne la confidentialité des données, l'impartialité des décisions, et la protection des droits des individus.

Premièrement, la confidentialité des données ; le Maroc est doté d'un instrument juridique sur la protection des données personnelles afin de protéger la vie privée et les données3502 des individus à travers la régulation de l'utilisation de leurs données par les organismes publics et privés3503.

Nul ne peut nier que la digitalisation du secteur de la justice présente plusieurs avantages par rapports aux méthodes traditionnelles, notamment ;

- Un faible cout par apport aux méthodes classiques ;
- Une large audience peut être atteint dans un temps plus court ;
- Un ciblage plus efficace des jeunes.

Mais en revanche, le manque de contrôle des individus sur leurs données personnelles, en particulier sur internet, du fait de l'absence de systèmes fiables pour prémunir les utilisateurs de ces technologies

dénonciateurs, concernant les infractions de corruption, de détournement, de trafic d'influence et autres, régies par la loi n°37-10 modifiant et complétant la loi n°22- 01 relative à la procédure pénale. /à la confidentialité des délibérations du Conseil des ministres et du Conseil du gouvernement. /à la confidentialité des investigations et enquêtes administratives. /au déroulement des procédures juridiques. /aux principes de la concurrence libre, légale et loyale et de l'initiative privée.

3499 Khalid ATMANI, « cours élémentaires en criminologie », première édition 2022, centre copie bon coin, page 55

3500 Ibid. page 56

3501 Ibid. page 57-58.

3502 Données sensibles, données à caractère personnel.

3503 Guide de la loi n°09-08 relative à la protection des données personnelles, publié par la commission nationale de contrôle de la protection des données à caractère personnel. Page 2-3 disponible sur le site suivant : https://www.cndp.ma/wp-content/uploads/2023/01/CNDP-depliant-fr.pdf

contre les risques futurs constitue l'un des principaux défis à la protection des données3504, ces défis peuvent concerner :

- La cybersécurité et la cybercriminalité3505 ;
- Les big data et la fusion des données ;
- Le cadre juridique qui ne s'adapter pas à l'évolution rapide de la technologie ; …

L'impartialité des décisions, et la protection des droits des individus :

b- <u>Les défis sociaux :</u>

Les avancées technologiques dans le domaine judiciaire peuvent creuser des inégalités sociales entre les justiciables mais également contre eux, notamment pour les personnes n'ayant pas accès aux outils numériques ou aux compétences nécessaires pour les utiliser. Au Maroc, cela pourrait se traduire par un accès limité à la justice pour les populations rurales ou marginalisées. Il est donc crucial de garantir que ces innovations bénéficient à tous les citoyens, indépendamment de leur localisation ou de leur niveau d'éducation.

Le déterminisme technologique" ne doit pas prévaloir sur les "conditions du procès équitable, les droits des justiciables et les spécificités des métiers judiciaires. Deux principes fondamentaux du procès équitable, qui peuvent subir une certaine marginalisation avec le nouveau dispositif des audiences à distance ou encore le tribunal numérique. Il y'a d'une part le principe de contradictoire, et le principe de publicité d'une autre part3506.

Premièrement, Le contradictoire permet l'efficacité de cette recherche, car il constitue la dialectique judiciaire qui permet au juge de faire progresser le procès jusqu'au jugement qui est la résultante logique.

Secondairement, La publicité des débats est un idéal vénérable de la justice dans les systèmes nationaux, et un principe considéré comme étant indispensable. D'une façon générale, ce principe exige que les salles d'audience soient accessibles au public et que la publicité de ces audiences ne soit pas entravée3507.

En résumé, la numérisation du procès rendre la garantie de ces deux principes difficiles.

c- <u>Les défis économiques :</u>

Les coûts liés à la mise en œuvre et à la maintenance de solutions technologiques dans le domaine judiciaire sont un obstacle pour de nombreux pays, y compris le Maroc. Investir dans des infrastructures numériques nécessite des ressources financières importantes pour le matériel, les logiciels, la formation du personnel, et la sécurité des systèmes.

3504 La mission permanente du Royaume du Maroc auprès de l'Office des Nations Unies à Genève, 17 avril 2018, disponible sur le lien suivant ; https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/DigitalAge/ReportPrivacyinDigitalAge/Morocco.pdf

3505 Le JDD a indiqué dans sa dernière édition que le procureur de la République ainsi que plusieurs magistrats et avocats ont été visés par une vaste attaque informatique. Associant a priori du spear phishing couplée à des trojans, cette opération fait l'objet d'une enquête menée par la DGSI. Pour plus de détails consulter le site suivant ; https://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-apres-une-cyberattaque-auchan-alerte-sur-une-violation-de-donnees-95290.html ; une attaque informatique contre le tribunal de paris.

3506 Eric. de Leiris, « Communication électronique », Rép. Civ., Dalloz, nov. 2018 ; Christine. Bléry, « chapitre 271 _ Communication par voie électronique ».

3507 Emmanuel. Jeuland, « Justice numérique, justice inique ? », Les cahiers de la justice, 2019/2, p.193-199.

Conclusion :

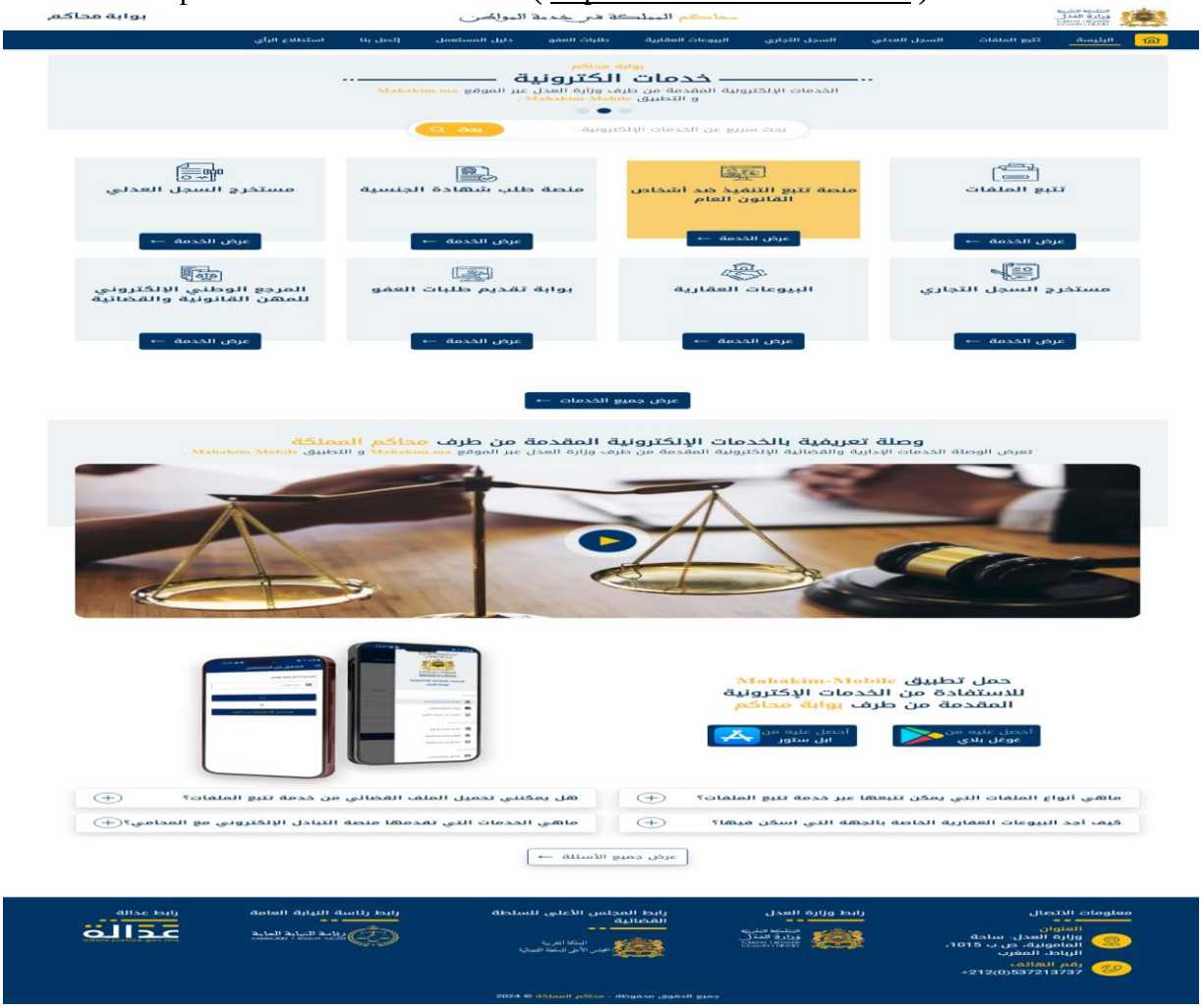
La transformation numérique de la justice au Maroc met en évidence l'importance des données judiciaires pour renforcer la transparence et l'accessibilité du système judiciaire. La digitalisation vise à optimiser l'efficacité des procédures tout en favorisant la confiance du public grâce à la mise à disposition de statistiques judiciaires accessibles.

Les données judiciaires jouent un rôle central en facilitant l'accès à l'information juridique pour les citoyens, les avocats et les chercheurs. Toutefois, cette transition numérique est confrontée à des défis, notamment dans la collecte et l'exploitation des données, limitant parfois la capacité à saisir toutes les informations pertinentes. Ces contraintes freinent l'efficacité de la justice numérique et posent des enjeux en matière de gestion de l'information et de préservation de l'intégrité des données.

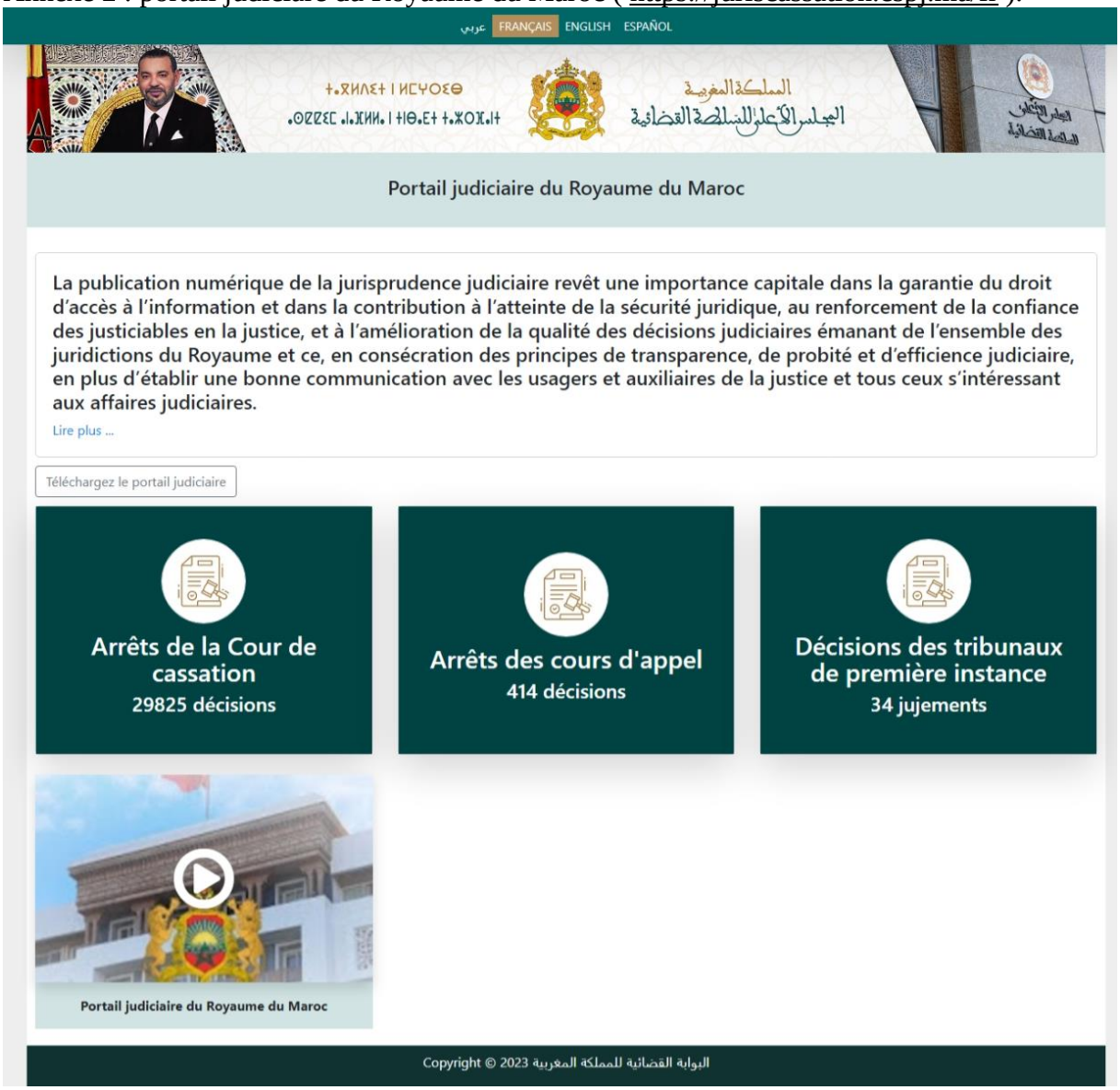
Il est donc essentiel de promouvoir les compétences numériques au sein du secteur judiciaire. Cela permettra aux juges, procureurs, personnels judiciaires et autres professionnels d'utiliser efficacement les outils numériques tout en respectant les droits et libertés des justiciables. Par ailleurs, l'intégration des outils d'intelligence artificielle dans le domaine judiciaire doit être encadrée afin de ne pas interférer avec le pouvoir de décision des juges, l'indépendance de la justice ou le droit à un procès équitable et à un recours effectif. De ce qui est précède ***Comment le Maroc peut-il surmonter les défis liés à la digitalisation du secteur judiciaire tout en garantissant une justice équitable et respectueuse des droits fondamentaux ?***

Annexes :

Annexe 1 : le portail du site mahakim.ma (https://www.mahakim.ma/#/)



Annexe 2 : portail judiciare du Royaume du Maroc (https://juriscassation.cspj.ma/fr).



Bibliographie :

Ouvrages

- Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale : Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, avril 2018.
- Amin Hajji, *Le numérique et la pratique du droit par l'avocat au Maroc*, dans Catherine Barreau et Najoua Djerad, *Droit et numérique*, Actes du Colloque international, Presses de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, 2019.
- Khalid Atmani, *Cours élémentaires en criminologie*, première édition, Centre copie bon coin, 2022, p. 55-58.

Articles et publications

- Emmanuel Jeuland, « Justice numérique, justice inique ? », *Les cahiers de la justice*, 2019/2, p. 193-199.
- Éric de Leiris, « Communication électronique », *Rép. Civ.*, Dalloz, novembre 2018.
- Christine Bléry, « Chapitre 271 - Communication par voie électronique ».
- Sarah Munier, « La mise en place d'un tribunal numérique au Maroc », disponible sur le site : IEDJA.

Rapports et guides

- Legal Vice Presidency, *MAROC : Évaluation du Système Juridique et Judiciaire 2003*, Banque Mondiale, p. 59. Disponible sur : https://documents1.worldbank.org/curated/ar/803801468773762559/pdf/Maroc0Evaluation0FINAL.pdf.
- Commission Nationale de Contrôle de la Protection des Données à Caractère Personnel (CNDP), *Guide de la loi n°09-08 relative à la protection des données personnelles*, CNDP. Disponible sur : https://www.cndp.ma/wp-content/uploads/2023/01/CNDP-depliant-fr.pdf.

Sites web et portails officiels

- **Portail judiciaire marocain :** https://www.mahakim.ma/#/.
- **Portail gouvernemental marocain :** Article *Près de 23 millions de visiteurs uniques sur le portail mahakim.ma en 2023*, disponible sur : https://www.maroc.ma/fr/actualites/pres-de-23-millions-de-visiteurs-uniques-sur-le-portail-mahakimma-en-2023.

Articles en ligne

- Ilias Belbachir, « Les défis de la justice numérique au Maroc », disponible sur *Village-Justice* : https://www.village-justice.com/articles/les-defis-justice-numerique-maroc,35412.html.
- Article *La digitalisation de la justice au Maroc*, EcoActu. Consulté le 15/11/2024, disponible sur : https://www.ecoactu.ma/justice-digitalisation/.

Documents législatifs et autres références

- Décret-loi n°2-20-292 du 23 mars 2020, édictant des dispositions particulières à l'état d'urgence sanitaire.
- Mission permanente du Royaume du Maroc auprès de l'Office des Nations Unies à Genève, Rapport sur la vie privée à l'ère numérique. Disponible sur : https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/DigitalAge/ReportPrivacyinDigitalAge/Morocco.pdf.

ISSN:2509-0291

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

الإصـــــــدار رقم 55
دجنبر 2024

L'impact des nouvelles technologies sur l'arbitrage commercial international: modernisation du cadre juridique marocain à l'ère numérique

Hajjer Moumene

Doctorante en droit privé

Résumé

Cet article examine des technologies émergentes, comme l'IA, la blockchain et les TIC, sur l'arbitrage commercial international, avec un focus sur l'adaptation du Maroc à cette transformation. Ces innovations modernisent les pratiques arbitrales en favorisant l'efficacité, réduction des coûts et l'accessibilité grâce à des outils comme les audiences virtuelles et le dépôt électronique des dossiers. Cependant, elles soulèvent des enjeux éthiques et juridiques, notamment sur la cybersécurité, la protection des données et l'équité procédurale. Le Maroc, par la loi 95-17 adoptée en 2022, a actualisé son cadre juridique pour intégrer ces technologies tout en respectant les standards internationaux. L'article met également en lumière l'importance de préserver l'intervention humaine pour garantir la légitimité des décisions malgré l'au tomatisation croissante.

Mots-clés : Arbitrage commercial international, nouvelles technologies, Loi 95-17, Arbitrage en ligne, intelligence artificielle.

The impact of emerging technologies on international commercial arbitration: modernizing Morocco's legal framework in the digital era

Abstract

This paper explores the impact of emerging technologies, including IA, blockchain, and ICT in the context of international commercial arbitration, with a particular focus on how Morocco is adapting to these advancements. These innovations are transforming arbitration practices by increasing efficiency, reducing costs, and enhancing accessibility through tolls such as virtual hearings and electronic document submissions. However, they also introduce significant ethical and legal challenges, such as concerns over cybersecurity, data protection, and procedural fairness. In response, Morocco adopted Law 95-17 in 2022, modernizing its legal framework to embrace these technologies while adhering to international standards. The article underscores the critical need to maintain human involvement to safeguard the legitimacy and fairness of arbitration decisions in an increasingly automated landscape.

Keywords: International commercial arbitration, emerging technologies, Law 95-17, online arbitration, artificial intelligence.

Introduction

Les avancées technologiques récentes transforment considérablement les pratiques en arbitrage international, apportant des améliorations notables en termes d'efficacité, de réduction des coûts et d'optimisation des processus décisionnels35083509. Grâce aux technologies numériques, il devient possible de déposer des dossiers en ligne, de collecter des preuves électroniques et de tenir des audiences à distance3510. De plus, l'intelligence artificielle, la blockchain et les technologies de réalité étendue enrichissent désormais les procédures arbitrales, offrant des outils innovants pour renforcer leur efficacité3511.

Par ailleurs, les applications de la réalité virtuelle et augmentée ouvrent de nouvelles perspectives dans la production et l'évaluation des preuves, bien que leur mise en œuvre demeure complexe et suscite des interrogations3512. Ces avancées technologiques, bien qu'innovantes, soulèvent également des préoccupations liées à l'équité procédurale, au respect du contradictoire, à la cybersécurité et à la protection des données personnelles35133514. Dans cette optique, la communauté arbitrale s'efforce de développer des lignes directrices pour répondre à ces enjeux et garantir des pratiques conformes aux exigences éthiques et juridiques3515. L'émergence de l'arbitrage en ligne et des plateformes numériques dédiées améliore l'accessibilité, réduit les coûts et optimise les délais de traitement3516. Grâce à ces technologies, les parties peuvent déposer leurs dossiers à distance, collecter des preuves électroniques et participer à des audiences virtuelles, rendant le processus plus fluide. Parallèlement, l'intelligence artificielle, la blockchain et le big data redéfinissent les pratiques en automatisant la gestion des cas, renforçant la transparence et améliorant la prise de décision. Cependant, ces innovations posent des défis en matière de cybersécurité, de protection des données et de validité des accords électroniques.

L'adoption de règles intégrant les progrès technologiques par des institutions telles que la CCI3517 ou le CIArb3518 illustre la capacité d'adaptation de l'arbitrage international. Ces organisations mettent en place des lignes directrices pour garantir l'équité procédurale et la sécurité des données, tout en exploitant des outils numériques comme les plateformes de gestion de cas et la visioconférence3519. L'intégration de technologies émergentes comme l'apprentissage automatique

3508 Yaritza Pérez Pacheco et Igor Alejandro Fermín, « IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL », *Revista Eletrônica Direito e Política* 15, nº 3 (18 décembre 2020): 726-46, https://doi.org/10.14210/rdp.v15n3.p726-746.

3509 Gauthier Vannieuwenhuyse, « Arbitration and New Technologies: Mutual Benefits », *Journal of International Arbitration* 35, nº Issue 1 (1 février 2018): 119-29, https://doi.org/10.54648/joia2018005.

3510 Magdalena Łągiewska, « Digitalization and the Use of New Technologies in International Arbitr ation », 14 juin 2024, https://doi.org/10.1163/9789004700710.

3511 Nappert Sophie et Chojecki Sarah, « Evidence in International Arbitration through the Looking-Glass of the Digital Economy », *BCDR International Arbitration Review*, 2021, https://doi.org/10.54648/bcdr2021032.

3512 Vergara Olmos Ricardo, « Uso de Realidad Virtual y Realidad Aumentada en el Arbitraje Internaci onal », 2020, https://doi.org/10.5354/0719-9368.2020.58426.

3513 Nahmias Reiss Peter, « Article: Into the Future With Eyes Wide Open: International Arbitratio n in the Digital Age », *Arbitration*, 2022, https://doi.org/10.54648/amdm2022041.

3514 Magdalena Łągiewska, « New Technologies in International Arbitration: A Game-Changer in Dispu Te Resolution? », *International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique* 37, nº 3 (13 décembre 2023): 851-64, https://doi.org/10.1007/s11196-023-10070-7.

3515 Peter, « Article: Into the Future With Eyes Wide Open: International Arbitratio n in the Digital Age ».

3516 Luis Borgoño Torrealba José, « Arbitraje comercial internacional "online" », *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2018, https://doi.org/10.15581/010.23.28363.

3517 La CCI est une organisation mondiale de premier plan dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Sa Cour internationale d'arbitrage, créée en 1923, est l'une des institutions d'arbitrage les plus réputées au monde

3518 Le CIArb est une organisation professionnelle représentant les intérêts des praticiens de la résolution alternative des litiges. Fondé en 1915, il a reçu une charte royale en 1979.

3519 Kaufmann-Kohler G. et Schultz T., « Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice », 2004.

et la blockchain promet de révolutionner davantage le secteur, bien que des efforts soient nécessaires pour maintenir les standards éthiques et la confidentialité35203521.

La digitalisation accrue des procédures arbitrales, accélérée par la pandémie de COVID-19, souligne l'importance croissante des audiences virtuelles. Cette transition a permis de maintenir la continuité des services tout en posant des questions sur l'adaptabilité des cadres juridiques aux nouveaux formats numériques3522. Si les avantages en termes d'efficacité et de rapidité sont indéniables, des préoccupations subsistent quant à la validité des documents et actes dématérialisés3523.

L'intelligence artificielle s'impose également comme un outil précieux dans l'arbitrage, notamment pour la sélection des arbitres, la rédaction de sentences et la prédiction des issues des litiges35243525. Bien que ces applications réduisent les coûts et accélèrent les processus, elles soulèvent des enjeux liés à la confidentialité, aux biais algorithmiques et à l'éthique3526. L'évolution progressive vers une collaboration homme-machine souligne l'importance de préserver la dimension humaine pour garantir la qualité et la légitimité des décisions arbitrales3527.

Alors que la technologie continue de redéfinir l'arbitrage, l'harmonisation des cadres juridiques devient essentielle pour promouvoir une adoption généralisée. Les défis liés à la sécurisation des données, à la validation des actes numériques et à l'éthique nécessitent des solutions innovantes pour soutenir la transformation du secteur tout en répondant aux exigences croissantes des parties prenantes35283529.

Ainsi, à mesure que le paysage numérique évolue, l'arbitrage continue de démontrer sa capacité à traiter efficacement les litiges technologiques3530. Cependant, l'intervention humaine demeure essentielle pour préserver l'équilibre entre les opportunités offertes par ces innovations et les impératifs d'équité et de légitimité du système arbitral3531. Le Maroc, en phase avec les évolutions mondiales, a modernisé son cadre juridique en adoptant la loi 95-17 en juin 2022, une avancée significative dans l'adaptation des mécanismes d'arbitrage et de médiation aux exigences des nouvelles technologies3532. Cette réforme s'inscrit dans la continuité des efforts engagés depuis la

3520 Allison Goh, « Digital Readiness Index for Arbitration Institutions: Challenges and I Mplications for Dispute Resolution Under the Belt and Road Initiative », *Journal of International Arbitration* 38, nº Issue 2 (1 avril 2021): 253-90, https://doi.org/10.54648/joia2021013.

3521 Andrea Espejo Donaire, « Arbitraje + Tecnología = Eficiencia, ¿dónde? », *Advocatus*, nº 040 (2021): 265-73, https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n040.5298.

3522 Maud Piers et Kevin Ongenae, « Procedural Formalities in Arbitration: Towards a Technologically Neutr al Legal Framework », *Journal of International Arbitration* 38, nº Issue 1 (1 janvier 2021): 27-58, https://doi.org/10.54648/joia2021002.

3523 Pascal AGOSTI, Isabelle CANTERO, et Eric A. CAPRIOLI, « Dématérialisation et traçabilité : quelles pratiques ? », *Documents numériques Gestion de contenu*, mai 2012, https://doi.org/10.51257/a-v1-tr851.

3524 Orlando Federico Cabrera Colorado, « The Future of International Arbitration in the Age of Artificial Intel Ligence », *Journal of International Arbitration* 40, nº Issue 3 (1 juin 2023): 301-42, https://doi.org/10.54648/joia2023014.

3525 Singh Aditya et · Saturday Chauhan, « Kluwer Arbitration Blog Future of AI in Arbitration: The Fine Line Bet ween Fiction and Reality », 2023.

3526 Marta Gonzalo Quiroga, « La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportuni dades y desafíos en un futuro que ya es presente », *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL* 15, nº 2 (3 octobre 2023): 516-50, https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8067.

3527 Ankit Malhoutra et Faizan Ahmad, « ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND INTERNATIONAL ARBITRATION », *Novos Estudos Jurí-dicos* 27, nº 2 (15 septembre 2022): 258-81, https://doi.org/10.14210/nej.v27n2.p258-281.

3528 Mokhinur Bakhramova, « Harmonization of the Legal Framework for Online Arbitration », *International Journal of Law and Policy* 2, nº 2 (25 février 2024), https://doi.org/10.59022/ijlp.154.

3529 Katsh E., « Online Dispute Resolution : The Next Phase », 2002.

3530 Vannieuwenhuyse, « Arbitration and New Technologies: Mutual Benefits ».

3531 Sophie et Sarah, « Evidence in International Arbitration through the Looking-Glass of the Digital Economy ».

3532 Rharrabi Hanane et Chan Kai-chieh, « Law n° 95-17, the New Arbitration and Mediation Code of the Kingdom of Morocco », *Social Science Research Network*, 2022, https://doi.org/10.2139/ssrn.4186823.

promulgation de la loi de 2007, qui avait introduit une distinction claire entre arbitrage interne et international3533.

Dans un contexte de transformation numérique globale, le Maroc exploite également les innovations technologiques pour moderniser divers secteurs économiques et sociaux. Dans cette dynamique, plusieurs initiatives témoignent des efforts continus pour aligner les cadres juridique et technologique du Maroc avec les standards internationaux, tout en répondant aux défis et opportunités de la modernisation de l'arbitrage. Dès lors, dans quelle mesure les nouvelles technologies redéfinissent-elles les contours de l'arbitrage commercial international, et comment le Maroc s'adapte-t-il à cette révolution numérique pour moderniser sa pratique arbitrale tout en préservant les principes fondamentaux de cette justice alternative ?

Cette question centrale permettra d'explorer :

Les changements apportés par la loi 95-17 au Maroc, notamment en matière d'utilisation des technologies.

L'impact de la dématérialisation sur la conduite des procédures arbitrales.

Les avantages et défis de l'intégration des nouvelles technologies dans l'arbitrage international.

Les perspectives d'évolution de l'arbitrage au Maroc à l'ère du numérique, y compris le potentiel de l'intelligence artificielle.

I. La dématérialisation de la procédure arbitrale

A. L'émergence de l'arbitrage en ligne

L'arbitrage en ligne s'affirme comme une méthode prometteuse pour résoudre les litiges dans le commerce électronique et les échanges internationaux3534 3535. Grâce à sa rapidité, sa flexibilité et son efficacité économique, il offre une alternative attrayante aux méthodes traditionnelles de règlement des différends3536. En facilitant les transactions transfrontalières, cette approche permet également aux consommateurs de comparer les prix à l'échelle mondiale et de tirer parti des fluctuations monétaires3537. La validité juridique de l'arbitrage en ligne a été confirmée, les échanges électroniques, tels que les courriels, remplissant les exigences formelles des accords d'arbitrage3538. L'intégration des technologies dans les processus d'arbitrage a favorisé le développement de systèmes de résolution des différends en ligne, qui combinent divers mécanismes alternatifs comme la médiation et la négociation3539 3540. Ces technologies jouent désormais le rôle de "quatrième partie" dans ces procédures, augmentant l'efficacité et la transparence3541. Certains pays, tels que l'Espagne, ont mis en œuvre des systèmes performants d'arbitrage en ligne pour les consommateurs, démontrant ainsi leur faisabilité3542. De plus, au sein des entreprises, des mécanismes de contrôle interne permettent de réduire les coûts de transaction par rapport aux solutions de marché3543.

3533 Zaher K., « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », 2009.

3534 Halla S., « Arbitration Going Online – New Challenges in 21st Century? », 2011.

3535 Ebru Armağan et Yüksel Bozkurt, « Online International Arbitration », 2007, https://doi.org/10.1501/HUKFAK_0000000263.

3536 Osinachi Victor Nwandem, « Online Dispute Resolution: Scope and Matters Arising », *SSRN Electronic Journal*, 2014, https://doi.org/10.2139/ssrn.2592926.

3537 José Anson, Mauro Boffa, et Matthias Helble, « Consumer Arbitrage in Cross-border E-commerce », *Review of International Economics* 27, nº 4 (21 juin 2019): 1234-51, https://doi.org/10.1111/roie.12424.

3538 R. Hill, « On-Line Arbitration: Issues and Solutions », *Arbitration International* 15, nº 2 (1 juin 1999): 199-207, https://doi.org/10.1093/arbitration/15.2.199.

3539 E., « Online Dispute Resolution : The Next Phase ».

3540 A. L. Ortiz, « Arbitration and IT », *Arbitration International* 21, nº 3 (1 septembre 2005): 343-60, https://doi.org/10.1093/arbitration/21.3.343.

3541 E., « Online Dispute Resolution : The Next Phase ».

3542 Fernández A., « Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo on line en el m arco del sistema español de protección de los consumidores. », 2003.

3543 Eustache Ebondo et Benoît Pigé, « L'arbitrage entreprise/marché : le rôle du contrôle interne, outil de réduction des coûts de transaction », *Comptabilité Contrôle Audit* Tome 8, nº 2 (1 juin 2002): 51-67, https://doi.org/10.3917/cca.082.0051.

Cependant, l'arbitrage en ligne reste confronté à des défis importants, notamment en matière de cadre juridique, de sécurité des données et de force exécutoire des sentences3544. La généralisation de cette pratique est également freinée par l'utilisation de clauses d'arbitrage avant litige dans les contrats de consommation, qui limitent l'accès à la justice, en particulier aux États-Unis3545. Pour pallier ces obstacles, des approches innovantes, comme la médiation-arbitrage en ligne, sont proposées afin de combler les lacunes des mécanismes actuels et d'offrir des solutions équitables et efficaces pour les litiges internationaux entre entreprises et consommateurs3546.

B. L'utilisation des technologies de l'information et de la communication (TIC)

Les technologies de l'information et de la communication (TIC) ont profondément transformé la société et l'économie, devenant omniprésentes dans la vie quotidienne3547 3548. Cependant, la notion de "dématérialisation" associée aux TIC est remise en question, suggérant plutôt un nouveau mode de matérialisation et un processus de virtualisation3549. Malgré ces transformations, les TIC sont considérées comme un atout pour le développement économique et social, notamment dans la lutte contre la pauvreté dans les pays en développement.

Tableau 1 : **Analyse comparative des plateformes de résolution des litiges en ligne**

Nom de la plateforme	**Localisation**	**Caractéristiques**	**Utilisateurs cibles**
Mizan35503551	Maroc	Favorise le règlement alternatif des litiges, organise des sessions de formation, fournit des infrastructures et outils pour l'arbitrage, outil de justice prédictive basé sur l'intelligence artificielle.	Particuliers et organisations impliqués dans la médiation et l'arbitrage.
VanIAC3552	Colombie-Britannique, Canada	Gestion sécurisée des dossiers en ligne, téléversement de documents, accès 24/7 au portail des cas, gestion des calendriers procéduraux et des correspondances.	Particuliers et entreprises engagés dans des litiges commerciaux nationaux et internationaux.
eBRAM	Hong Kong	Dépôt de dossiers en ligne, vérification d'identité, audiences virtuelles, services électroniques, paiement en	Entreprises, en particulier les micro, petites et moyennes entreprises (MPME), cabinets

3544 S., « Arbitration Going Online – New Challenges in 21st Century? »
3545 Ethan Katsh et Orna Rabinovich-Einy, « The U.S. Administration in transition and the impact of technology: th e case of pre-dispute arbitration », *Revue française d'administration publique* N° 170, n° 2 (12 novembre 2019): 447-61, https://doi.org/10.3917/rfap.170.0447.
3546 Lavi Dafna, « Three Is Not a Crowd: Online Mediation-Arbitration in Business to Cons umer Internet Disputes », 2016.
3547 Nirina Rabemananjara Aina, « Nouvelles Téchnologies de l'Information et de la Communication », 2011.
3548 Andriamorasata Miariniaina, « Les technologies de l'information et de la communication », 2017.
3549 Pascal Robert, « Critique de la dématérialisation », *Communication et langages* 140, n° 1 (2004): 55-68, https://doi.org/10.3406/colan.2004.3268.
3550 Medias24, « Arbitrage : Mizan présente ses plateformes digitales et son projet d'arbitrage numérique », *Médias24 numéro un de l'information économique marocaine* (blog), 29 juin 2022, https://medias24.com/2022/06/29/arbitrage-mizan-presente-ses-plateformes-digitales-et-son-projet-darbitrage-numerique/.
3551 Le site web de Mizan est inaccessible lors de notre rédaction de cet article. Espérons qu'il ne s'agit que d'une panne temporaire et non d'une interruption prolongée...
3552 VanIAC, « Benefits of VanIAC's Online Arbitration Platform », consulté le 23 novembre 2024, https://vaniac.org/arbitration/online-arbitration-platform/benefits-vaniac-online-arbitration-platform/.

		ligne, partage de documents et services de médiation.	d'avocats et organismes gouvernementaux.
Madecision.com3553	France	Offre une médiation et un arbitrage en ligne simples, économiques, confidentiels et rapides, avec une interface claire conçue pour répondre aux besoins des utilisateurs.	Entreprises et particuliers cherchant des services de résolution de conflits.
Jupitice3554	Inde	Gestion de cas en ligne, partage de documents, visioconférence, résolution complète des litiges de bout en bout par arbitrage, conciliation et médiation.	Particuliers et entreprises.

Le tableau présente un benchmarking des plateformes de résolution des litiges en ligne, mettant en évidence à la fois des similarités et des divergences significatives. Toutes ces plateformes partagent un objectif commun : rendre les processus de résolution des conflits plus accessibles, rapides et efficaces grâce à l'intégration des technologies numériques. Elles proposent des outils essentiels tels que la gestion en ligne des dossiers, le partage électronique de documents, et des fonctionnalités de visioconférence ou d'audiences virtuelles. Ces éléments permettent de réduire les coûts et d'optimiser les délais, répondant ainsi aux besoins des utilisateurs dans un contexte de transformation numérique globale.

Cependant, des différences notables émergent dans les fonctionnalités spécifiques et les utilisateurs cibles. Par exemple, Mizan au Maroc se distingue par son outil de justice prédictive basé sur l'intelligence artificielle, reflétant une approche innovante axée sur l'automatisation et l'anticipation des décisions. En revanche, VanIAC au Canada met l'accent sur la sécurité et l'accès 24/7 pour des litiges commerciaux nationaux et internationaux, soulignant l'importance de la confidentialité et de la continuité dans ce secteur. De son côté, eBRAM à Hong Kong cible particulièrement les micro, petites et moyennes entreprises, combinant des services de médiation et de paiement en ligne pour répondre aux besoins des acteurs économiques locaux et régionaux. Madecision.com en France privilégie une approche simplifiée et économique, adaptée à des utilisateurs recherchant des solutions rapides et confidentielles. Enfin, Justicity en Inde adopte une vision complète en offrant des solutions de résolution de bout en bout intégrant arbitrage, conciliation et médiation.

II. La modernisation du cadre juridique de l'arbitrage au Maroc

A. L'adoption de la loi 95-17 sur l'arbitrage et la médiation

L'indépendance de l'arbitrage par rapport au Code de procédure civile est un sujet important dans le domaine du droit de l'arbitrage. Cette autonomie procédurale reflète la nature spécifique de l'arbitrage en tant que mode alternatif de résolution des litiges. L'arbitrage se distingue de la procédure judiciaire classique par sa flexibilité et son adaptabilité aux besoins des parties. Comme le soulignent Seraglini et Ortscheidt (2018), l'indépendance de l'arbitrage se manifeste notamment par la liberté accordée aux parties et aux arbitres dans la conduite de la procédure, sous réserve du respect des principes fondamentaux du procès équitable3555.

3553 Eurojuris, « MaDécision.com par Eurojuris - Solution en ligne pour résoudre tous vos litiges », Ma Décision par Eurojuris, consulté le 23 novembre 2024, https://www.madecision.com/.

3554 Jupitice, « World's First AI-Powered Justice Platform | Online Justice Services », consulté le 23 novembre 2024, https://jupitice.com/.

3555 Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international* (LGDJ, une marque de Lextenso, 2019).

Cette indépendance se traduit également par l'existence de règles spécifiques à l'arbitrage, distinctes de celles du Code de procédure civile. En France, par exemple, le droit de l'arbitrage est régi par des dispositions particulières du Code de procédure civile, mais ces règles sont conçues pour préserver l'autonomie de la procédure arbitrale. L'un des aspects essentiels de cette indépendance concerne le statut et le rôle de l'arbitre. Comme le rappelle la Cour de cassation française, "*l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, et constitue l'une des qualités essentielles de l'arbitre*"3556. Cette exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre est fondamentale pour garantir la légitimité et l'efficacité de la procédure arbitrale. L'obligation de révélation imposée aux arbitres illustre cette préoccupation. Selon l'article 1456 du Code de procédure civile français, l'arbitre doit révéler "*toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité*" avant d'accepter sa mission. Cette obligation, qui n'a pas d'équivalent direct dans la procédure civile classique, témoigne de la spécificité de l'arbitrage et de son indépendance procédurale.

L'indépendance de l'arbitrage se manifeste également dans la reconnaissance de l'autonomie de la convention d'arbitrage et du principe de compétence-compétence. Ces principes permettent aux arbitres de statuer sur leur propre compétence, renforçant ainsi l'autonomie de la procédure arbitrale par rapport aux juridictions étatiques.

Au Maroc, l'adoption de la loi 95-173557 sur l'arbitrage et la médiation au Maroc marque une modernisation significative du cadre juridique national3558. Cette réforme s'inscrit dans une dynamique internationale visant à renforcer l'efficacité procédurale, la bonne foi et l'indépendance des arbitres3559. Dans ce contexte, la médiation est de plus en plus promue comme une alternative aux procédures judiciaires traditionnelles, bien que certains spécialistes mettent en garde contre une assimilation excessive avec le système judiciaire3560. La loi 95-17 introduit l'utilisation des technologies modernes dans les procédures d'arbitrage, permettant notamment la signature électronique, la notification électronique, la délivrance de sentences arbitrales par voie électronique, ainsi que la tenue de réunions et d'audiences via visioconférence3561. Ces innovations visent à renforcer l'efficacité et la flexibilité des processus, tout en augmentant leur attractivité pour les investisseurs internationaux.

En s'alignant sur les standards internationaux, cette réforme s'inscrit dans une démarche globale de modernisation du système judiciaire marocain, destinée à créer un environnement propice à l'investissement. Elle étend le champ d'application de l'arbitrage et limite l'intervention du juge d'appui étatique, renforçant ainsi l'autonomie de la procédure arbitrale. Par ailleurs, la loi consacre la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales au Maroc, sous réserve de leur conformité à l'ordre public national ou international.

B. L'intégration des technologies dans le nouveau cadre légal

L'un des aspects les plus novateurs de cette loi est la généralisation du recours aux procédés électroniques en matière de signature et de notification, comme le stipulent les articles 3, 35, 36, 51 et 89 de la loi 95-17. Cette disposition permet désormais la conclusion de conventions d'arbitrage, l'échange de mémoires et même la délivrance de sentences arbitrales par voie électronique. Cette

3556 Cour de cassation. (2020). Arrêt n° 311 du 17 décembre 2019.
3557 La nouvelle loi 95-17 relative à l'arbitrage et la médiation conventionnelle est promulguée par le Dahir n° 1-22-34 du 24 mai 2022.
3558 Hanane et Kai-chieh, « Law n° 95-17, the New Arbitration and Mediation Code of the Kingdom of Morocco ».
3559 Nadia Darwazeh et Baptiste Rigaudeau, « Clues to Construing the New French Arbitration Law —An ICC Perspectiv e on Procedural Efficiency, Good Faith, and Independence », *Journal of International Arbitration* 28, nº Issue 4 (1 août 2011): 381-99, https://doi.org/10.54648/joia2011031.
3560 Sylvette Guillemard, « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », *Les Cahiers de droit* 53, nº 2 (13 juin 2012): 189-228, https://doi.org/10.7202/1009441ar.
3561 La loi 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, publiée au Bulletin Officiel n°7099 du 13 juin 2022.

évolution législative vise à simplifier et à accélérer les procédures arbitrales, les rendant ainsi plus attractives pour les investisseurs nationaux et internationaux.

En outre, la loi 95-17 autorise explicitement la tenue de réunions et d'audiences par visioconférence, ce qui représente une avancée majeure dans la flexibilisation des procédures arbitrales. Cette disposition s'inscrit dans une tendance globale d'adaptation des pratiques juridiques aux contraintes et opportunités offertes par les nouvelles technologies. Elle permet non seulement de réduire les coûts et les délais associés aux déplacements physiques, mais aussi de faciliter la participation de parties et d'experts géographiquement éloignés3562.

L'intégration de ces procédés électroniques dans le cadre légal de l'arbitrage au Maroc témoigne d'une volonté d'aligner les pratiques nationales sur les standards internationaux. Ces dispositions visent à renforcer la confiance des investisseurs tout en préservant les garanties juridiques essentielles, notamment la compétence du juge étatique pour l'exequatur des sentences arbitrales.

III. L'impact des technologies sur la conduite de l'instance arbitrale

A. La transformation des audiences arbitrales

Le développement des audiences virtuelles au Maroc s'inscrit dans une tendance plus large de modernisation du système judiciaire et d'adaptation aux nouvelles technologies. La loi 95-17 sur l'arbitrage et la médiation conventionnelle, entrée en vigueur en juin 2022, a marqué une avancée significative en autorisant explicitement la tenue de réunions et d'audiences par visioconférence.

Cette disposition reflète la volonté du Maroc de s'aligner sur les standards internationaux en matière d'arbitrage et de répondre aux besoins d'un monde de plus en plus connecté. L'introduction des audiences virtuelles offre de nombreux avantages, notamment en termes de réduction des coûts et des délais associés aux déplacements physiques, ainsi que de facilitation de la participation des parties et experts géographiquement éloignés. Dans le contexte de l'arbitrage, cette évolution est particulièrement pertinente, car elle permet une plus grande flexibilité dans la conduite des procédures. Me Amin Hajji3563, avocat au barreau de Casablanca et président de la Cour d'arbitrage "Mizan", souligne que l'arbitrage est "naturellement le plus permissif pour accueillir de telles technologies". Cependant, le développement des audiences virtuelles au Maroc en est encore à ses débuts et nécessite une adaptation progressive des pratiques juridiques. La mise en place d'un "tribunal numérique" fait partie des objectifs du gouvernement marocain, avec des initiatives comme le lancement d'une plateforme d'échange électronique entre le ministère de la Justice et l'Ordre des avocats de Casablanca en 20183564. Bien que les audiences virtuelles offrent de nombreux avantages, il est important de noter que leur mise en œuvre doit être encadrée pour garantir le respect des principes fondamentaux du procès équitable et l'efficacité des procédures arbitrales.

L’intégration de la visioconférence dans les procédures judiciaires se généralise, soulevant à la fois des défis techniques et procéduraux. Les recherches se sont penchées sur la manière dont les participants s’adaptent à cette technologie lors des audiences, notamment en résolvant les problèmes de connexion et autres obstacles rencontrés au cours des séances3565. Dans les tribunaux français, l’introduction de la visioconférence a entraîné des ajustements dans les rituels judiciaires et les comportements des participants3566. Ces transformations reflètent l’impact plus large de cette

3562 Il convient de noter que l'utilisation de la visioconférence doit être encadrée pour garantir le respect des principes fondamentaux du procès équitable, notamment en ce qui concerne le droit d'accès au juge et l'équité de la procédure.

3563 Amin Hajji est un avocat au Barreau de Casablanca et président de la Cour d'arbitrage "Mizan". Il est également Professeur de l'enseignement supérieur à la Faculté de droit de Casablanca et Président de la Commission Droit et Pratiques du commerce international de la CCI Maroc.

3564 Le "tribunal numérique" fait partie des objectifs du gouvernement marocain, avec des initiatives comme le lancement d'une plateforme d'échange électronique entre le ministère de la Justice et l'Ordre des avocats de Casablanca en 2018.

3565 Mondada L., « Imbrications de la technologie et de l’ordre interactionnel. L’organis ation de vérifications et d’identifications de problèmes pendant la vi sioconférence », 2007, https://doi.org/10.3166/RÉSEAUX.144.141-182.

3566 Dumoulin L. et Licoppe C., « Justice et visioconférence : les audiences à distance. Genèse et insti tutionnalisation d’une innovation », 2009.

technologie sur les dimensions organisationnelles, institutionnelles et juridiques du fonctionnement judiciaire3567.

Des méthodes vidéo-ethnographiques ont été utilisées pour analyser les dimensions multimodales et multimédias des audiences à distance, offrant une compréhension approfondie de leur dynamique3568. L'institutionnalisation de la visioconférence dans les systèmes judiciaires a également fait l'objet d'études, mettant en lumière son évolution historique et ses implications pratiques3569. Les réformes législatives récentes ont élargi son utilisation, en particulier dans les procédures pénales, soulevant des interrogations sur ses modalités d'application et son impact sur le déroulement des procès3570 3571.

Par ailleurs, l'utilisation de la visioconférence pour les personnes détenues a été analysée dans le cadre du managérialisme judiciaire, révélant son alignement avec les tendances visant à rationaliser les processus judiciaires3572. Ces évolutions montrent comment la visioconférence redéfinit les pratiques judiciaires traditionnelles, offrant des opportunités d'innovation tout en posant des défis nécessitant une réflexion approfondie.

B. L'évolution de la gestion de la preuve

La gestion de la preuve au Maroc a connu des avancées significatives avec l'introduction de la loi 95-17 sur l'arbitrage et la médiation conventionnelle, qui s'inscrit dans une dynamique d'adaptation aux exigences de l'ère numérique. Cette loi, ainsi que la loi 43-20 sur les services de confiance électroniques3573, vise à moderniser le cadre juridique pour faciliter la collecte, l'échange et la présentation des preuves électroniques. Parmi les innovations notables, l'usage des procédés électroniques est désormais pleinement intégré aux pratiques judiciaires, permettant une meilleure efficacité et flexibilité.

L'article 3 introduit l'utilisation des procédés électroniques pour la signature et la notification, accélérant ainsi les procédures tout en garantissant leur fiabilité3574. L'échange de mémoires par voie électronique est autorisé conformément aux articles 35 et 36, rendant les échanges plus rapides et simplifiant les démarches des parties. L'article 51 prévoit la possibilité de rendre des sentences arbitrales par voie électronique, ce qui renforce la dématérialisation des procédures et réduit les délais de résolution des litiges. En complément, l'article 89 autorise la tenue de réunions et d'audiences par visioconférence, offrant une flexibilité accrue pour la participation des parties, même à distance.

Les dispositions du Droit des Obligations et Contrats, modifiées par la loi 95-17, renforcent également la sécurité juridique dans l'utilisation des preuves électroniques. L'article 417-1 stipule que "*l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier*"3575, sous réserve

3567 Laurence Dumoulin et Christian Licoppe, « La visioconférence comme mode de comparution des personnes détenues, u ne innovation "managériale" dans l'arène judiciaire », *Droit et société* N° 90, nº 2 (7 juillet 2015): 287-302, https://doi.org/10.3917/drs.090.0287.

3568 Verdier Maud, Dumoulin L., et Licoppe C., « Les usages de la visioconférence dans les audiences judiciaires en Fra nce : les enjeux d'un protocole de recherche basé sur l'enregistrement audiovisuel des pratiques », 2013.

3569 Laurence Dumoulin et Christian Licoppe, « Innovation, routinisation et gestion de l'imprévu dans les audiences p ar visioconférence », *Déviance et Société* Vol. 37, nº 3 (1 août 2013): 323-43, https://doi.org/10.3917/ds.373.0323.

3570 Jérôme Bossan, « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* N° 4, nº 4 (2 novembre 2011): 801-16, https://doi.org/10.3917/rsc.1104.0801.

3571 Jérôme Bossan, « La visioconférence en procédure pénale après la loi du 23 mars 2019 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* N° 3, nº 3 (6 décembre 2019): 567-84, https://doi.org/10.3917/rsc.1903.0567.

3572 Licoppe C. et Dumoulin L., « L'ouverture des procès à distance par visioconférence », 2007, https://doi.org/10.3166/RÉSEAUX.144.103-140.

3573 La loi n° 43-20 relative aux services de confiance pour les transactions électroniques.

3574 C'est pour faire face aux fraudes. En effet, une affaire de faux en écriture électronique en 2021 a été révélée, impliquant la falsification de documents administratifs numériques. Des individus avaient réussi à créer de faux certificats de résidence et autres documents officiels en utilisant des signatures électroniques frauduleuses.

3575 Pour qu'un écrit électronique soit admis comme preuve au même titre qu'un écrit sur support papier, il doit remplir deux conditions essentielles:

1. L'identité de la personne dont il émane doit pouvoir être dûment identifiée.

que l'auteur soit identifiable et que le document soit établi et conservé dans des conditions garantissant son intégrité. L'article 440 admet les copies électroniques des actes juridiques comme preuves, à condition qu'elles respectent les exigences des articles 417-1 et 417-23.

En parallèle, le ministère de la Justice œuvre à la création de plateformes d'échange électronique pour permettre aux juges, avocats et parties de déposer des requêtes et documents à distance3576. Ces plateformes favorisent une communication rapide et sécurisée, tout en s'alignant sur les normes internationales. Les services de confiance électroniques, introduits par la loi 43-20, complètent ce dispositif avec des outils comme les cachets électroniques, l'horodatage et l'envoi recommandé électronique, garantissant l'intégrité et la fiabilité des échanges numériques3577.

IV. Les défis juridiques et éthiques liés à l'intégration des nouvelles technologies

A. La protection des données et la confidentialité

La cybersécurité est devenue une préoccupation majeure dans l'arbitrage en ligne, en particulier dans les litiges commerciaux internationaux, où le traitement et l'échange d'informations sensibles et confidentielles sont omniprésents3578. La pandémie de COVID-19 a accéléré l'adoption des plateformes de résolution des litiges en ligne, accentuant la nécessité de mesures de sécurité robustes3579 3580. Les risques liés à la cybersécurité sont multiples, allant des intrusions dans les e-mails contenant des mémoires ou des décisions, aux attaques sur les bases de données électroniques utilisées pour partager des documents entre les parties.

L'attaque du site web de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) en 2015 illustre la gravité de ces menaces, considéré comme un incident significatif qui illustre les risques de cybersécurité dans le domaine de l'arbitrage international. En juillet 2015, le site web de la CPA a été piraté pendant un litige maritime en cours entre la Chine et les Philippines concernant la mer de Chine méridionale3581, permettant potentiellement aux pirates d'accéder aux documents confidentiels et de suivre les ordinateurs des visiteurs du site. Cette situation met en évidence l'importance de garantir la confidentialité et l'intégrité des informations échangées dans un environnement numérique. Pour répondre à ces défis, la communauté arbitrale a mis en place plusieurs initiatives.

Le Protocole sur la cybersécurité dans l'arbitrage international, élaboré par l'ICCA, l'Association du barreau de la ville de New York et le CPR, propose des lignes directrices pour évaluer les risques et adopter des mesures de protection adaptées (Nikolić et Supper, 2024). De nombreuses institutions d'arbitrage ont également émis des directives spécifiques pour sécuriser les audiences virtuelles, incluant des recommandations pour préserver leur confidentialité.

Certaines institutions sont allées plus loin en introduisant des plateformes cloud sécurisées, destinées à faciliter les communications et le partage de fichiers entre le tribunal, les parties et les tiers neutres

2. Le document doit être établi et conservé dans des conditions garantissant son intégrité.

3576 La plateforme "Mahakim.ma" est un exemple intéressant permettant aux justiciables de suivre à distance le traitement de leurs affaires, de consulter leurs demandes de casiers judiciaires et d'accéder aux informations sur l'inscription aux registres de commerce

3577 Ces avancées s'inscrivent surtout dans le cadre du Nouveau Modèle de Développement (NMD) du Maroc, qui érige la transition numérique en levier stratégique de développement.

3578 Ekaterina Kupchina, « Cybersecurity in the International Commercial Arbitration for Intellec tual Property Disputes », *Legal Concept*, nº 2 (juillet 2020): 129-35, https://doi.org/10.15688/lc.jvolsu.2020.2.19.

3579 Naimeh Masumy, « Online Dispute Resolution Platforms: Cybersecurity Champions in the CO VID-19 Era? Time for Arbitral Institutions to Embrace ODRs », *SSRN Electronic Journal*, 2021, https://doi.org/10.2139/ssrn.3812388.

3580 Yu Hong-lin, « "Business as usual" during an unprecedented time - the issues of data protection and cybersecurity », 2020.

3581 Les hackers ont implanté un fichier Adobe Flash malveillant sur une page du site web de la CPA consacrée à l'affaire Chine-Philippines. Cette attaque de type "point d'eau" visait à infecter les ordinateurs des visiteurs du site, notamment les avocats, diplomates et autres personnes intéressées par l'affaire.

impliqués dans la procédure arbitrale3582. Ces outils, associés à des protocoles comme l'Electronic Security Protocol for Commercial Arbitration et le Protocole ICCA-NYC Bar-CPR3583, visent à instaurer un cadre fiable pour protéger les données sensibles tout au long du processus3584.

L'arbitrage en ligne au Maroc s'inscrit dans cette dynamique mondiale où la cybersécurité constitue une préoccupation majeure, notamment dans le domaine de l'arbitrage international. La numérisation croissante s'accompagne d'une augmentation des cybercrimes, soulignant l'urgence de mettre en œuvre des solutions efficaces en matière de cybersécurité3585 3586. Cependant, le Maroc, en tant que pays en développement dans ce domaine, doit relever des défis spécifiques pour s'aligner sur les standards internationaux. Bien que des progrès notables aient été réalisés, des lacunes subsistent face à l'évolution rapide des cybermenaces3587.

Pour renforcer sa cybersécurité, le Maroc a pris des initiatives significatives. La création de la Direction Générale de la Sécurité des Systèmes d'Information (DGSSI) en 2011 et du maCERT (Moroccan Computer Emergency Response Team) en 2010 marque une étape importante dans la structuration des efforts de sécurité numérique. De plus, l'adoption de la loi 07-03, connue comme la "Loi marocaine sur la cybercriminalité," a établi un cadre juridique pour lutter contre les infractions liées aux systèmes d'information et au traitement automatisé des données.

Malgré ces avancées, des défis subsistent. La confidentialité des violations de cybersécurité, notamment dans les procédures d'arbitrage commercial, complique l'évaluation des risques réels et la mise en œuvre de mesures adaptées. L'absence de données publiques sur ces incidents limite la capacité des parties prenantes à anticiper et contrer les menaces. Par ailleurs, l'évolution constante des cyberattaques exige une adaptation permanente des technologies, des compétences humaines et des cadres réglementaires.

B. L'encadrement juridique de l'utilisation des technologies dans l'arbitrage

L'intégration des nouvelles technologies dans l'arbitrage est devenue une tendance incontournable, offrant des avantages considérables tout en soulevant des défis. Cependant, cette digitalisation s'accompagne de préoccupations, notamment en matière de cybersécurité, de protection des données et de validité des accords et sentences électroniques3588. L'apparition de nouveaux types de conflits, notamment dans le domaine du commerce électronique, nécessite également des mécanismes de résolution adaptés3589. Pour naviguer efficacement dans cet environnement en constante évolution, les professionnels du droit doivent rester informés des avancées technologiques et de leurs implications juridiques.

Au Maroc, la loi 95-17, entrée en vigueur le 13 juin 2022, représente une avancée majeure en intégrant l'utilisation des procédés électroniques dans les procédures arbitrales, tels que la signature et la

3582 Karolina Kozłowska et Marta Kozłowska, « Cybersecurity for International Arbitration - Legal Aspects of New Technologies », - legal aspects of new technologies, consulté le 23 novembre 2024, https://newtech.law/en/articles/cybersecurity-for-international-arbitration.

3583 Le Protocole ICCA-NYC Bar-CPR sur la cybersécurité dans l'arbitrage international a été développé conjointement par le Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA), l'Association du barreau de New York et l'Institut international pour la prévention et la résolution des conflits (CPR). Ce protocole, publié initialement en 2019 et mis à jour en 2022.

3584 Javier Fernández-Samaniego, Gonzalo Hierro Viéitez, et Yaiza Araque Moreno, « Ciberseguridad y arbitraje internacional: el Protocolo de Cibersegurid ad en Arbitraje Internacional del ICCA, el NYC Bar y el CPR (Edición 2 020) », *THEMIS Revista de Derecho*, nº 77 (21 décembre 2020): 547-57, https://doi.org/10.18800/themis.202001.031.

3585 Yassine Maleh et Youness Maleh, *Cybersecurity in Morocco* (Springer International Publishing, 2022), https://doi.org/10.1007/978-3-031-18475-8.

3586 Mohamed Chiny et al., « Evaluation de la cybercriminalité; au Maroc: Cas d'un établissement universitaire », in *2012 National Days of Network Security and Systems* (IEEE, 2012), 56-61, https://doi.org/10.1109/jns2.2012.6249242.

3587 Moroccan Institute for Policy Analysis, « Cybersecurity in Morocco: between achievements and challenges – MIPA Institute », consulté le 23 novembre 2024, https://mipa.institute/en/10778.

3588 Łągiewska, « Digitalization and the Use of New Technologies in International Arbitr ation ».

3589 A. L. Ortiz, « Arbitration and IT », *Arbitration International* 21, nº 3 (1 septembre 2005): 343-60, https://doi.org/10.1093/arbitration/21.3.343.

notification électroniques, ainsi que la possibilité de rendre des sentences arbitrales par voie électronique. Toutefois, bien que l'article 75 de cette loi garantisse un traitement équitable des parties et leur droit d'être entendues, il n'inclut pas de dispositions explicites sur l'arbitrage en ligne. Cette approche prudente contraste avec celle de pays comme la Suisse, où l'article 27 du Chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé autorise explicitement les audiences à distance, ou des Émirats arabes unis, où l'article 28 de la *Federal Law no. (6) on Arbitration* permet l'utilisation de moyens de communication électronique modernes.

Pour combler ces lacunes, le Maroc pourrait s'inspirer des initiatives internationales en matière d'autorégulation et de bonnes pratiques. Par exemple, la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) propose gratuitement une plateforme virtuelle pour les arbitrages qu'elle gère, y compris pour les arbitrages ad hoc. L'International Bar Association (IBA) a élaboré un Guide des ressources technologiques pour les praticiens de l'arbitrage, visant à faciliter l'accès aux outils modernes. De même, le Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) a publié en décembre 2021 un Framework Guideline on the Use of Technology in International Arbitration, définissant des principes généraux liés aux pouvoirs et devoirs des arbitres, à l'utilisation équitable et proportionnée des technologies, et à la sécurité des données.

IV. L'apport de l'intelligence artificielle (IA) à l'arbitrage

A. L'IA comme outil d'aide à la décision

L'intelligence artificielle (IA) s'impose de plus en plus comme un outil précieux dans l'arbitrage international, apportant des améliorations significatives à divers aspects des procédures. Elle peut assister dans la sélection des arbitres en analysant des données sur les décisions passées, les tendances et l'expertise, permettant une sélection plus objective et diversifiée3590. De plus, l'IA peut réaliser des analyses prédictives, utilisant des modèles statistiques et des données historiques pour évaluer les chances de succès d'une affaire et aider les parties à élaborer des stratégies plus pertinentes3591.

L'IA permet d'automatiser certaines tâches, telles que la recherche juridique ou le traitement de petits litiges, et peut même être utilisée pour proposer des solutions aux différends mineurs dans des secteurs comme les télécommunications ou les transports, où des millions de litiges similaires peuvent être traités rapidement. Des outils d'IA sont déjà intégrés dans divers aspects des procédures arbitrales, notamment la recherche juridique et l'automatisation des processus administratifs3592.

Les plateformes d'IA spécialisées, comme ROSS Intelligence3593, accélèrent considérablement la recherche juridique en exploitant des bases de données complexes et en utilisant le traitement du langage naturel pour fournir des résultats précis et complets en un temps réduit. Pendant les audiences, l'IA peut analyser les procédures en temps réel, identifier des incohérences dans les témoignages, et suggérer des questions pertinentes, permettant ainsi aux arbitres de se concentrer sur les aspects les plus complexes de l'affaire.

Après les audiences, l'IA peut aider à la rédaction des sentences arbitrales en s'appuyant sur des outils comme Lex Machina3594, qui analyse les décisions précédentes pour garantir une structure cohérente et juridiquement solide. Cette capacité réduit les délais de rédaction tout en maintenant une qualité

3590 Ankit Malhoutra et Faizan Ahmad, « ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND INTERNATIONAL ARBITRATION », *Novos Estudos Jurí-dicos* 27, nº 2 (15 septembre 2022): 258-81, https://doi.org/10.14210/nej.v27n2.p258-281.

3591 Mohammad Azam Hussain et al., « THE POTENTIAL PROSPECT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) IN ARBITRATION FROM THE INTERNATIONAL, NATIONAL AND ISLAMIC PERSPECTIVES », *Journal of International Studies* 19 (2023), https://doi.org/10.32890/jis2023.19.1.4.

3592 Singh Aditya et · Saturday Chauhan, « Kluwer Arbitration Blog Future of AI in Arbitration: The Fine Line Bet ween Fiction and Reality », 2023.

3593 ROSS Intelligence est une plateforme de recherche juridique basée sur l'intelligence artificielle, développée en 2014 à l'Université de Toronto par trois étudiants en droit. Cette plateforme a été conçue pour assister les avocats dans leurs recherches juridiques en fournissant des réponses instantanées à leurs questions.

3594 Lex Machina a débuté en 2006 comme un projet d'intérêt public à l'Université de Stanford, avant d'être lancée en tant que startup en 2009. Le nom "Lex Machina" signifie "machine juridique" en latin. En 2015, la société a été acquise par LexisNexis.

élevée des sentences. Dans le cadre de litiges simples et répétitifs, notamment en commerce électronique, l'IA peut même automatiser certaines tâches, répondant aux besoins des grands comptes avec un volume important de clients.

B. Les défis d'IA dans certaines tâches arbitrales

L'intégration de l'IA contribue également à l'efficacité globale des processus d'arbitrage, en diminuant les coûts et les délais associés aux procédures traditionnelles. Toutefois, des défis subsistent, notamment concernant la régulation, la transparence et les biais potentiels des systèmes d'IA. Bien que l'IA puisse enrichir les procédures, elle n'est pas encore en mesure de remplacer les arbitres humains, qui restent essentiels pour garantir des décisions raisonnées et conformes aux normes du procès équitable. L'une des principales raisons est le problème dit de la "boîte noire". Ce problème fait référence à l'incapacité d'expliquer précisément comment l'IA arrive à ses conclusions[3595]. Or, le cadre juridique actuel de l'arbitrage international exige des sentences motivées. Par exemple, l'article 31(2) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international stipule que la sentence "*doit être motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas*". Cette exigence de transparence est incompatible avec la nature opaque des décisions de l'IA. Des cas concrets ont également mis en lumière les risques d'inexactitudes et de biais liés à l'utilisation de l'IA dans les décisions juridiques. L'affaire Mata v. Avianca Inc. aux États-Unis a révélé la capacité de l'IA à générer de fausses décisions de justice, ce qui a de graves implications pour l'état de droit[3596].

Outre ces aspects techniques, des enjeux éthiques et juridiques méritent une attention particulière. Les algorithmes peuvent perpétuer des biais existants et manquer d'adaptabilité face aux changements de politique, ce qui pose des problèmes de discrimination et d'équité3597. L'opacité de certains systèmes d'IA alimente également les préoccupations concernant le droit à l'explication et la transparence des décisions3598. Ainsi, les experts insistent sur le maintien d'une intervention humaine essentielle, notamment pour garantir l'équité et la conformité aux normes internationales de justice.

Conclusion

Au terme de cette étude, il apparaît clairement que les nouvelles technologies redéfinissent profondément les contours de l'arbitrage commercial international. L'intégration de l'arbitrage en ligne, des technologies de l'information et de la communication, ainsi que de l'intelligence artificielle transforme la manière dont les procédures arbitrales sont conduites, offrant des gains significatifs en termes d'efficacité, de rapidité et d'accessibilité. Ces avancées répondent aux besoins d'un monde des affaires de plus en plus globalisé et numérisé, où la résolution rapide et efficace des litiges est essentielle.

Le Maroc, conscient de ces évolutions, a entrepris une modernisation notable de son cadre juridique avec l'adoption de la loi 95-17 sur l'arbitrage et la médiation conventionnelle. Cette réforme intègre explicitement l'utilisation des technologies modernes dans les procédures arbitrales, alignant ainsi le pays sur les standards internationaux et renforçant son attractivité pour les investisseurs étrangers. La possibilité de tenir des audiences virtuelles, d'utiliser la signature et la notification électroniques, ainsi que de rendre des sentences par voie électronique témoigne de cette adaptation proactive.

Ainsi, la problématique posée—*dans quelle mesure les nouvelles technologies redéfinissent-elles les contours de l'arbitrage commercial international, et comment le Maroc s'adapte-t-il à cette révolution numérique pour moderniser sa pratique arbitrale tout en préservant les principes fondamentaux de*

3595 Boris Praštalo, « Arbitration Tech Toolbox: AI as an Arbitrator: Overcoming the "Black Box" Challenge? - Kluwer Arbitration Blog », consulté le 23 novembre 2024, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/08/23/arbitration-tech-toolbox-ai-as-an-arbitrator-overcoming-the-black-box-challenge/.

3596 Marco P. Falco, « Why Machines Should Not be Making Legal Decisions », consulté le 23 novembre 2024, https://www.torkin.com/insights/publication/why-machines-should-not-be-making-legal-decisions.

3597 Maxi Scherer, « Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? », *Journal of International Arbitration* 36, nº Issue 5 (1 septembre 2019): 539-73, https://doi.org/10.54648/joia2019028.

3598 Besse P. et al., « L'IA du Quotidien peut elle être Éthique ? », 2018.

cette justice alternative—trouve une réponse affirmative dans notre étude. Les nouvelles technologies modifient en profondeur les pratiques arbitrales, et le Maroc s'y adapte en modernisant son cadre légal et en intégrant ces outils technologiques, tout en veillant à maintenir les principes d'équité, de confidentialité et d'indépendance qui sont au cœur de l'arbitrage.

Cependant, notre recherche met également en lumière des défis juridiques et éthiques importants. La protection des données personnelles, la cybersécurité et l'encadrement juridique de l'utilisation des technologies demeurent des enjeux cruciaux. Les risques liés aux cyberattaques, à la confidentialité des informations échangées et aux biais algorithmiques de l'intelligence artificielle nécessitent une vigilance accrue et le développement de cadres réglementaires adaptés.

En termes de limites, notre étude a principalement abordé les aspects juridiques et procéduraux de l'intégration des nouvelles technologies, sans approfondir les implications économiques ou socioculturelles plus larges. De plus, l'évolution rapide des technologies et des pratiques arbitrales nécessite une mise à jour constante des analyses pour rester pertinente.

Pour les perspectives futures, il serait pertinent d'élargir la recherche en explorant l'impact de l'intelligence artificielle sur la prise de décision arbitrale, en évaluant les possibilités et les risques associés à une automatisation accrue. De même, une étude comparative avec d'autres juridictions pourrait offrir des constats pour harmoniser les pratiques et renforcer la coopération internationale en matière d'arbitrage numérique.

En conclusion, les nouvelles technologies offrent des opportunités considérables pour moderniser l'arbitrage commercial international. Le Maroc, en adaptant son cadre juridique et en intégrant ces innovations, se positionne favorablement dans cette dynamique mondiale. Néanmoins, il est essentiel de poursuivre les efforts pour encadrer juridiquement ces évolutions, garantir la sécurité et la confidentialité des procédures, et préserver les principes fondamentaux qui font de l'arbitrage une alternative crédible et efficace à la justice étatique.

Références

A., Fernández. « Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo on line en el m arco del sistema español de protección de los consumidores. », 2003.

Aditya, Singh, et · Saturday Chauhan. « Kluwer Arbitration Blog Future of AI in Arbitration: The Fine Line Bet ween Fiction and Reality », 2023.

AGOSTI, Pascal, Isabelle CANTERO, et Eric A. CAPRIOLI. « Dématérialisation et traçabilité : quelles pratiques ? » *Documents numériques Gestion de contenu*, mai 2012. https://doi.org/10.51257/a-v1-tr851.

Aina, Nirina Rabemananjara. « Nouvelles Téchnologies de l'Information et de la Communication », 2011.

Anson, José, Mauro Boffa, et Matthias Helble. « Consumer Arbitrage in Cross-border E-commerce ». *Review of International Economics* 27, nº 4 (21 juin 2019): 1234-51. https://doi.org/10.1111/roie.12424.

Armağan, Ebru, et Yüksel Bozkurt. « Online International Arbitration », 2007. https://doi.org/10.1501/HUKFAK_0000000263.

Bakhramova, Mokhinur. « Harmonization of the Legal Framework for Online Arbitration ». *International Journal of Law and Policy* 2, nº 2 (25 février 2024). https://doi.org/10.59022/ijlp.154.

Bossan, Jérôme. « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser ». *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* N° 4, nº 4 (2 novembre 2011): 801-16. https://doi.org/10.3917/rsc.1104.0801.

———. « La visioconférence en procédure pénale après la loi du 23 mars 2019 ». *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* N° 3, nº 3 (6 décembre 2019): 567-84. https://doi.org/10.3917/rsc.1903.0567.

C., Licoppe, et Dumoulin L. « L'ouverture des procès à distance par visioconférence », 2007. https://doi.org/10.3166/RÉSEAUX.144.103-140.

Cabrera Colorado, Orlando Federico. « The Future of International Arbitration in the Age of Artificial Intel Ligence ». *Journal of International Arbitration* 40, nº Issue 3 (1 juin 2023): 301-42. https://doi.org/10.54648/joia2023014.

Chiny, Mohamed, Miloud Lahmaim, Anas Abou El Kalam, et Abdellah Ait Ouahman. « Evaluation de la cybercriminalité; au Maroc: Cas d'un établissement universitaire ». In *2012 National Days of Network Security and Systems*, 56-61. IEEE, 2012. https://doi.org/10.1109/jns2.2012.6249242.

Dafna, Lavi. « Three Is Not a Crowd: Online Mediation-Arbitration in Business to Cons umer Internet Disputes », 2016.

Darwazeh, Nadia, et Baptiste Rigaudeau. « Clues to Construing the New French Arbitration Law — An ICC Perspectiv e on Procedural Efficiency, Good Faith, and Independence ». *Journal of International Arbitration* 28, nº Issue 4 (1 août 2011): 381-99. https://doi.org/10.54648/joia2011031.

Dumoulin, Laurence, et Christian Licoppe. « Innovation, routinisation et gestion de l'imprévu dans les audiences p ar visioconférence ». *Déviance et Société* Vol. 37, nº 3 (1 août 2013): 323-43. https://doi.org/10.3917/ds.373.0323.

———. « La visioconférence comme mode de comparution des personnes détenues, u ne innovation "managériale" dans l'arène judiciaire ». *Droit et société* N° 90, nº 2 (7 juillet 2015): 287-302. https://doi.org/10.3917/drs.090.0287.

E., Katsh. « Online Dispute Resolution : The Next Phase », 2002.

Ebondo, Eustache, et Benoît Pigé. « L'arbitrage entreprise/marché : le rôle du contrôle interne, outil de réduction des coûts de transaction ». *Comptabilité Contrôle Audit* Tome 8, nº 2 (1 juin 2002): 51-67. https://doi.org/10.3917/cca.082.0051.

Espejo Donaire, Andrea. « Arbitraje + Tecnología = Eficiencia, ¿dónde? » *Advocatus*, nº 040 (2021): 265-73. https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n040.5298.

Eurojuris. « MaDécision.com par Eurojuris - Solution en ligne pour résoudre tous vos litiges ». Ma Décision par Eurojuris. Consulté le 23 novembre 2024. https://www.madecision.com/.

Falco, Marco P. « Why Machines Should Not be Making Legal Decisions ». Consulté le 23 novembre 2024. https://www.torkin.com/insights/publication/why-machines-should-not-be-making-legal-decisions.

Fernández-Samaniego, Javier, Gonzalo Hierro Viéitez, et Yaiza Araque Moreno. « Ciberseguridad y arbitraje internacional: el Protocolo de Ciberseguri dad en Arbitraje Internacional del ICCA, el NYC Bar y el CPR (Edición 2 020) ». *THEMIS Revista de Derecho*, nº 77 (21 décembre 2020): 547-57. https://doi.org/10.18800/themis.202001.031.

G., Kaufmann-Kohler, et Schultz T. « Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice », 2004.

Goh, Allison. « Digital Readiness Index for Arbitration Institutions: Challenges and I Mplications for Dispute Resolution Under the Belt and Road Initiative ». *Journal of International Arbitration* 38, nº Issue 2 (1 avril 2021): 253-90. https://doi.org/10.54648/joia2021013.

Gonzalo Quiroga, Marta. « La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportuni dades y desafíos en un futuro que ya es presente ». *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL* 15, nº 2 (3 octobre 2023): 516-50. https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8067.

Guillemard, Sylvette. « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite ». *Les Cahiers de droit* 53, nº 2 (13 juin 2012): 189-228. https://doi.org/10.7202/1009441ar.

Hanane, Rharrabi, et Chan Kai-chieh. « Law n° 95-17, the New Arbitration and Mediation Code of the Kingdom of Morocco ». *Social Science Research Network*, 2022. https://doi.org/10.2139/ssrn.4186823.

Hill, R. « On-Line Arbitration: Issues and Solutions ». *Arbitration International* 15, nº 2 (1 juin 1999): 199-207. https://doi.org/10.1093/arbitration/15.2.199.

Hong-lin, Yu. « "Business as usual" during an unprecedented time - the issues of data protection and cybersecurity », 2020.

Hussain, Mohammad Azam, Mohamad Fateh Labanieh, Nazli Mahdzir, Nooraini Sulaiman, et Omar Saleh Abdullah Bawazir. « THE POTENTIAL PROSPECT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) IN ARBITRATION FROM THE INTERNATIONAL, NATIONAL AND ISLAMIC PERSPECTIVES ». *Journal of International Studies* 19 (2023). https://doi.org/10.32890/jis2023.19.1.4.

José, Luis Borgoño Torrealba. « Arbitraje comercial internacional "online" ». *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2018. https://doi.org/10.15581/010.23.28363.

Jupitice. « World's First AI-Powered Justice Platform | Online Justice Services ». Consulté le 23 novembre 2024. https://jupitice.com/.

K., Zaher. « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », 2009.

Katsh, Ethan, et Orna Rabinovich-Einy. « The U.S. Administration in transition and the impact of technology: th e case of pre-dispute arbitration ». *Revue française d'administration publique* N° 170, nº 2 (12 novembre 2019): 447-61. https://doi.org/10.3917/rfap.170.0447.

Kozłowska, Karolina, et Marta Kozłowska. « Cybersecurity for International Arbitration - Legal Aspects of New Technologies ». - legal aspects of new technologies. Consulté le 23 novembre 2024. https://newtech.law/en/articles/cybersecurity-for-international-arbitration.

Kupchina, Ekaterina. « Cybersecurity in the International Commercial Arbitration for Intellec tual Property Disputes ». *Legal Concept*, nº 2 (juillet 2020): 129-35. https://doi.org/10.15688/lc.jvolsu.2020.2.19.

L., Dumoulin, et Licoppe C. « Justice et visioconférence : les audiences à distance. Genèse et insti tutionnalisation d'une innovation », 2009.

L., Mondada. « Imbrications de la technologie et de l'ordre interactionnel. L'organis ation de vérifications et d'identifications de problèmes pendant la vi sioconférence », 2007. https://doi.org/10.3166/RÉSEAUX.144.141-182.

Łągiewska, Magdalena. « Digitalization and the Use of New Technologies in International Arbitr ation », 14 juin 2024. https://doi.org/10.1163/9789004700710.

———. « New Technologies in International Arbitration: A Game-Changer in Dispu Te Resolution? » *International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique* 37, nº 3 (13 décembre 2023): 851-64. https://doi.org/10.1007/s11196-023-10070-7.

Maleh, Yassine, et Youness Maleh. *Cybersecurity in Morocco*. Springer International Publishing, 2022. https://doi.org/10.1007/978-3-031-18475-8.

Malhoutra, Ankit, et Faizan Ahmad. « ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND INTERNATIONAL ARBITRATION ». *Novos Estudos Jurí-dicos* 27, nº 2 (15 septembre 2022): 258-81. https://doi.org/10.14210/nej.v27n2.p258-281.

———. « ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND INTERNATIONAL ARBITRATION ». *Novos Estudos Jurí-dicos* 27, nº 2 (15 septembre 2022): 258-81. https://doi.org/10.14210/nej.v27n2.p258-281.

Masumy, Naimeh. « Online Dispute Resolution Platforms: Cybersecurity Champions in the CO VID-19 Era? Time for Arbitral Institutions to Embrace ODRs ». *SSRN Electronic Journal*, 2021. https://doi.org/10.2139/ssrn.3812388.

Maud, Verdier, Dumoulin L., et Licoppe C. « Les usages de la visioconférence dans les audiences judiciaires en Fra nce : les enjeux d'un protocole de recherche basé sur l'enregistrement audiovisuel des pratiques », 2013.

Medias24. « Arbitrage : Mizan présente ses plateformes digitales et son projet d'arbitrage numérique ». *Médias24 numéro un de l'information économique marocaine* (blog), 29 juin 2022. https://medias24.com/2022/06/29/arbitrage-mizan-presente-ses-plateformes-digitales-et-son-projet-darbitrage-numerique/.

Miariniaina, Andriamorasata. « Les technologies de l'information et de la communication », 2017.

Moroccan Institute for Policy Analysis. « Cybersecurity in Morocco: between achievements and challenges – MIPA Institute ». Consulté le 23 novembre 2024. https://mipa.institute/en/10778.

Nwandem, Osinachi Victor. « Online Dispute Resolution: Scope and Matters Arising ». *SSRN Electronic Journal*, 2014. https://doi.org/10.2139/ssrn.2592926.
Ortiz, A. L. « Arbitration and IT ». *Arbitration International* 21, nº 3 (1 septembre 2005): 343-60. https://doi.org/10.1093/arbitration/21.3.343.
P., Besse, Castets-Renard Céline, Garivier Aurélien, et Loubes Jean-Michel. « L'IA du Quotidien peut elle être Éthique ? », 2018.
Pérez Pacheco, Yaritza, et Igor Alejandro Fermín. « IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL ». *Revista Eletrônica Direito e Política* 15, nº 3 (18 décembre 2020): 726-46. https://doi.org/10.14210/rdp.v15n3.p726-746.
Peter, Nahmias Reiss. « Article: Into the Future With Eyes Wide Open: International Arbitratio n in the Digital Age ». *Arbitration*, 2022. https://doi.org/10.54648/amdm2022041.
Piers, Maud, et Kevin Ongenae. « Procedural Formalities in Arbitration: Towards a Technologically Neutr al Legal Framework ». *Journal of International Arbitration* 38, nº Issue 1 (1 janvier 2021): 27-58. https://doi.org/10.54648/joia2021002.
Praštalo, Boris. « Arbitration Tech Toolbox: AI as an Arbitrator: Overcoming the "Black Box" Challenge? - Kluwer Arbitration Blog ». Consulté le 23 novembre 2024. https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/08/23/arbitration-tech-toolbox-ai-as-an-arbitrator-overcoming-the-black-box-challenge/.
Ricardo, Vergara Olmos. « Uso de Realidad Virtual y Realidad Aumentada en el Arbitraje Internaci onal », 2020. https://doi.org/10.5354/0719-9368.2020.58426.
Robert, Pascal. « Critique de la dématérialisation ». *Communication et langages* 140, nº 1 (2004): 55-68. https://doi.org/10.3406/colan.2004.3268.
S., Halla. « Arbitration Going Online – New Challenges in 21st Century? », 2011.
Scherer, Maxi. « Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? » *Journal of International Arbitration* 36, nº Issue 5 (1 septembre 2019): 539-73. https://doi.org/10.54648/joia2019028.
Seraglini, Christophe, et Jérôme Ortscheidt. *Droit de l'arbitrage interne et international*. LGDJ, une marque de Lextenso, 2019.
Sophie, Nappert, et Chojecki Sarah. « Evidence in International Arbitration through the Looking-Glass of the Digital Economy ». *BCDR International Arbitration Review*, 2021. https://doi.org/10.54648/bcdr2021032.
VanIAC. « Benefits of VanIAC's Online Arbitration Platform ». Consulté le 23 novembre 2024. https://vaniac.org/arbitration/online-arbitration-platform/benefits-vaniac-online-arbitration-platform/.
Vannieuwenhuyse, Gauthier. « Arbitration and New Technologies: Mutual Benefits ». *Journal of International Arbitration* 35, nº Issue 1 (1 février 2018): 119-29. https://doi.org/10.54648/joia2018005.

ISSN:2509-0291

الإصـــــــدار رقم 55

دجنبر 2024

L'intégration des immigrés subsahariens au Maroc : défis socioéconomiques et perspectives langagières.

Rachid OUAZIZ

Doctorant en sciences du langage, laboratoire : langage et société CNRST-URAC56

FLLA-Université Ibn Tofail-Kenitra, Maroc

Hafida EL AMRANI

Professeur en sciences du langage Université Ibn Tofail, kenitra, Maroc

Résumé

De par sa localisation géographique, le Maroc est devenu, depuis la fin des années 90, un pays de transit pour des milliers de personnes migrantes rêvant de rejoindre l'Europe. Progressivement, le Maroc s'est transformé d'un pays de transit à un pays d'installation par défaut, en raison des mesures et actions entreprises par l'Europe en concertation avec les autorités marocaines pour protéger ses frontières. Le présent article tente de mener une réflexion sur la question de l'immigration subsaharienne au Maroc et le défi d'intégration qu'elle pose. Nous mettrons l'accent sur mesures prises par les autorités marocaines pour assurer une intégration réussie aux immigrés subsahariens dans le tissu sociale d'accueil et les défit qu'il pose. Nous verrons, aussi, comment s'articule ce processus migratoire avec les questions fondamentales de la langue. Comment ces immigrés construisent-ils une nouvelle appartenance à un nouveau groupe social et quel rôle que joue la langue dans ce processus ?

Mots-clés –immigration, intégration, identité, représentations, plurilinguisme, variation.

The integration of Sub-Saharan immigrants in Morocco: socioeconomic challenges and linguistic perspectives.

Abstract

Due to its geographical location, Morocco has become, since the late 1990s, a transit country for thousands of migrants dreaming of reaching Europe. Gradually, Morocco has transformed from a transit country to a default settlement country, due to the measures and actions taken by Europe in consultation with the Moroccan authorities to protect its borders. This article attempts to reflect on the issue of sub-Saharan immigration in Morocco and th e integration challenge it poses. We will focus on the measures taken by the Moroccan authorities to ensure the successful integration of Sub-Saharan immigrants into the host social fabric and the challenges it poses. We will also see how this migratory process is articulated with the fundamental questions of language. How do these immigrants construct a new belonging to a new social group and what role does language play in this process?

Keywords: immigration, integration, identity, representations, multilingualism.

Introduction

La politique européenne d'immigration qui traduit la volonté des pays à limiter la réception des migrants a transformé la région de l'Afrique méditerranéenne à des pays d'installation temporaire en attente d'occasion de tenter l'immigration irrégulière. Le Maroc de par sa localisation géographique a reçu depuis les années 90 du siècle précédent des flux d'immigrants de plus en plus importants. Progressivement, et suite aux restrictions appliquées à l'accès aux territoires européens, le Maroc est

devenu un pays de résidence et de stabilité pour ces migrants en attente de l'occasion pour faire la croisée.

Dans cet état de fait, et à l'instar des autres pays de destination, le Maroc s'est investi dans une politique irréversible d'intégration des migrants subsahariens dans le tissu socio-économique. En exécution des directives du discours royal de SM le Roi Mohammed VI3599, le Royaume est devenu un modèle des pays qui œuvrent pour faciliter l'intégration et la régularisation de la situation des migrants, à travers des dispositifs juridiques et sociaux et en mettant en place une série de mesures d'accompagnement.

Cette nouvelle réalité nous amène à porter notre intérêt sur les efforts investis et les mesures prises par l'Etat pour assurer les conditions d'une bonne réception et de ces immigrés. Nous allons aussi évoquer quelques défis qui restent à relever dans le futur, en l'occurrence la question de la régularisation de la situation administrative des immigrés subsahariens. La réception de ces immigrés dans le contexte langagier marocain purement plurilingue rend davantage la situation linguistique dans le pays sujette à d'autres formes d'interaction sociolangagières. Dans ce sens, nous allons aborder les conséquences sociolinguistiques de ce contact de langues sur le comportement langagiers des migrants ainsi que sur leur parcours d'intégration, sachant que toute intégration passe essentiellement par la l'appropriation/acquisition des langues du pays d'accueil et leurs cultures adjacentes.

1. L'immigration comme phénomène de déplacement des populations

Du latin « migratio » ou « migrare » qui signifie se déplacer. Le terme migration est définie dans Le Petit Robert comme: 1°) « Déplacement de populations qui passent d'un pays à un autre pour s'y établir » ; « déplacement de populations d'un endroit à un autre » ; 2°) « Déplacement collectif, d'ordinaire périodique, d'une espèce animale sur de grandes distances»3600. Ce concept peut, donc, être défini comme déplacement d'une population, humaine ou animale, d'un endroit vers un autre. Chez l'être humain, ce processus s'accomplit dans le but de s'établir de façon permanente dans un autre endroit.

D'un point de vue typologique, on distingue généralement deux principales formes de migration : la migration interne et la migration externe :

- La migration interne concerne le mouvement de personnes entre deux régions d'un même pays. C'est dans cette catégorie qu'on trouve les « personnes déplacées ».3601
- La migration externe, appelée également migration internationale désigne le « mouvement de personnes qui traversent une/ des frontière(s) internationale(s) pour s'établir de manière permanente ou temporaire dans un autre pays. ».3602 Cette forme de migration est également définie par « Human rights of migrants comme « une relocation territoriale des personnes entre les Etats-Nations. »3603

La migration externe est encadrée à l'échelle mondiale par des lois et des législations qui organisent les déplacements des individus entre les Etats-nations. Or, le fait migratoire n'est pas toujours soumis aux règles en vigueur. On distingue donc deux types de migration externe :

3599Discours royal du 6 novembre 2013 à l'occasion de la fête de la marche verte
3600 https://dictionnaire.lerobert.com
3601 Boutros Ghali, « Sont considérées comme personnes déplacées celles qui ont été forcées de quitter en grand nombre leurs maisons soudainement ou de manière inattendue, à la suite d'un conflit armé, conflit interne, une violence systématique des droits humains ou un désastre naturel ou occasionné par l'homme ; et qui se trouvent à l'intérieur de leur pays. 1992.
3602 LUCAS D. & MEYER P.,.Beginning Population Studies. 2nd ed, Canberra, Australian National University, National Centre for Development Studies1994
3603 G. Rodriguez Pizarro, "Special Reporter of the Commission on Human rights in A/57/292, Human rights of migrants, Note by the Secretary-General, 9th August 2002

❖ La migration régulière : le migrant a franchi une frontière internationale après avoir obtenu une autorisation d'entrée ou de séjour dans un pays, conformément à la législation en vigueur et aux accords internationaux.

❖ Migration irrégulière : un individu ou un groupe ont accédé clandestinement aux territoires d'un Etat sans avoir octroyé les papiers justificatifs d'entrée ou de séjour.

Par ailleurs, la migration n'est pas toujours volontaire, mais il arrive qu'un individu ou un groupe soient forcés à quitter leurs pays d'origine pour de multiples raisons : catastrophes naturelles, guerres, répression politique, etc. L'OIM définit la migration forcée comme : « un mouvement migratoire non volontaire, contraint et subi, causé par divers facteurs, mais qui implique le recours à la force, à la contrainte ou à la coercition ».3604 On parle ici d'une migration de crise qui résulte des bouleversements d'origine naturelle ou humaine et qui ne représente pas le fruit d'un projet migratoire volontaire. Une migration induite par une force extérieure d'expulsions, non par une recherche individuelle ou collective d'un avenir plus prometteur.

2. L'intégration des populations migrantes dans l'espace d'accueil

2.1. Autour de l'intégration

Le terme « intégration » est, comme le souligne Dominique Schnapper3605, particulièrement ambigu. Il est utilisé dans le langage politique en termes de « politique d'intégration » pour désigner l'ensemble des dispositions et des mesures prises par l'Etat quant à la question de la diversité ethnique et de l'immigration. Dans le domaine de la sociologie, le terme renvoie au processus par lequel une personne ou un groupe passent de « l'altérité la plus radicale à l'identité la plus totale »3606. Selon Berry, l'intégration est la synthèse des deux codes culturels : celui de la société d'accueil et celui de la société d'origine3607. Bien que ce mot devienne de plus en plus « populaire », tout le monde ne l'utilise pas en lui donnant le même sens. Dans notre approche, nous aborderons cette notion sa dimension sociologique.

D'un point de vue étymologique, le mot intégration (du latin « integrare » : rendre entier, action de faire entrer une partie dans le tout) vient du verbe intégrer qui est défini dans le Petit Robert (2008) comme une « action visant l'assimilation d'une personne à un groupe ». Le terme « assimiler » étant à son tour défini comme « qui vise à rendre semblable aux autres ». Globalement, l'intégration peut être définie comme un processus d'insertion et d'adaptation d'un individu dans un nouveau groupe ou une nouvelle société et culture, ceci en respectant les différences et les particularités de l'identité personnelle de l'individu.

L'intégration est un processus social complexe, prolongé dans le temps, qui se traduit dans les actions quotidiennes de l'individu. L'immigré nouvellement installé dans une société dont les valeurs sont différentes des siennes devrait procéder à l'adaptation avec son nouvel environnement social et réconcilier entre les paramètres de son milieu de départ et ceux l'espace d'accueil.

2.2. L'intégration et l'acculturation

Un immigré nouvellement installé dans une société d'accueil se trouve face à un environnement où les normes, les valeurs, la culture en général, sont à une distance variable de celles de sa communauté sociale de départ. Cet état de discontinuité engendre un déséquilibre qui pousse l'immigré à se réajuster à ces nouveaux paramètres sociaux. En fait, chaque culture est composée des règles et des

3604 Glossaire de l'OIM sur la migration, 2019

3605 SCHNAPPER D.Qu'est-ce que l'intégration? Collection Folio, Gallimard, Paris.2007.

3606 Sayad Abdelmalek. Qu'est-ce que l'intégration ?. In: Hommes et Migrations, n°1182, décembre 1994. Pour une éthique de l'intégration. Extraits du colloque de l'ADATE Saint-Martin-d'Hères, 24 et 25 juin 1994. pp. 8-14.

3607 Berry, J.-W. (1989). Acculturation et adaptation psychologique. In J. Retschitzky, M. BosselLargos & P. Dasen (Eds.), La recherche interculturelle. Tome 1 (pp. 135-145). Paris: L'Harmattan.

pratiques qui lui sont propres et que l'immigré doit s'approprier au travers d'un processus d'acculturation pour pouvoir s'intégrer dans sa nouvelle sphère sociale.

Dans les situations d'acculturation, l'immigré procède à des stratégies pour s'adapter à la nouvelle réalité sociale. Ces stratégies sont d'ordre attitudinal qui concerne son positionnement par rapport à la culture d'origine et à celle d'accueil ; et comportemental, relatif aux changements comportementaux auxquels l'individu migrant doit procéder dans sa conduite sociale au sein de son nouvel environnement3608. Emprunté à l'anthropologie culturelle, le concept d'acculturation a été au centre d'intérêt des travaux dans le domaine de la psychologie. Les chercheurs se sont penchés sur l'étude des processus inhérents aux contacts entre les groupes culturels, en vue d'apporter des éléments de réponse quant à la question d'intégration. Le modèle des stratégies d'acculturation de Berry (1989) est l'un des plus connu, qui a eu une grande influence dans le domaine de la psychologie interculturelle.

2.3 Le modèle d'acculturation de Berry

Parmi les apports de Berry dans le domaine de la psychologie interculturelle, son modèle d'acculturation des populations migrantes. Empruntant le concept à l'anthropologie culturelle, Berry définit l'acculturation comme : «l'*ensemble de changements culturels résultants des contacts continus et directs entre deux groupes culturels indépendants* »3609. Ces changements peuvent être de différents ordres : biologiques, physiques, économiques, politiques et sociaux. En principe, l'influence entre les groupes sociaux est mutuelle, mais il arrive souvent que le groupe majoritaire ait une influence plus forte sur le groupe dominé que représente la communauté migrante.

Berry propose dans son modèle quatre modes d'acculturation. Ces modes dépendent essentiellement de la décision de l'immigré à préserver son identité et ses propriétés socioculturelles, ainsi que sa disposition à s'engager dans une mobilité sociale active, et à maintenir des relations positive avec la communauté d'accueil. Le mode d'acculturation sera déterminé par la réponse à ces deux éléments par oui ou par non.

Tableau 1 : les stratégies d'acculturation de Berry et Sam (1997 :296)

		Maintien de la culture d'origine : Faut-il maintenir son identité et sa culture d'origine ?	
		Oui ⟷	Non
Contact et participation avec l'environnement socioculturel : Faut-il avoir des relations avec la société d'accueil et participer à la vie sociale ?	Oui ↕	Intégration	Assimilation
	Non	Séparation	Marginalisation

A partir du schéma ci-dessus nous pouvons distinguer quatre cas de figure :

- **L'intégration** : sur la base d'une réponse par « oui » aux deux éléments, l'immigré affirme vouloir préserver son identité et ses propriétés socioculturelles tout en s'inscrivant positivement dans la communauté d'accueil.

3608 Berry, J. et Sabatier, C. (2010). Acculturation, discrimination, and adaptation among second generation immigrantyouth in Montreal and Paris. International Journal of Intercultural Relations, 34, 191-207.

3609 Berry, J.-W. (1989). Acculturation et adaptation psychologique. In J. Retschitzky, M. BosselLargos & P. Dasen (Eds.), La recherche interculturelle. Tome 1 (pp. 135-145). Paris: L'Harmattan.

- **L'assimilation** : l'immigré renonce à sa culture d'origine au profit de celle de la communauté dominante et s'investi pleinement dans cette nouvelle sphère d'accueil.
- **La séparation ou ségrégation** : dans ce cas, l'immigré s'attache à son identité culturelle et refuse toute relation avec son environnement socioculturel. Si la société impose la séparation, on parlera alors de ségrégation.
- **La marginalisation** : la base d'une réponse par « non » aux deux éléments, l'immigré renonce à son identité culturelle, mais sans pour autant entretenir des relations positives avec le groupe dominant.

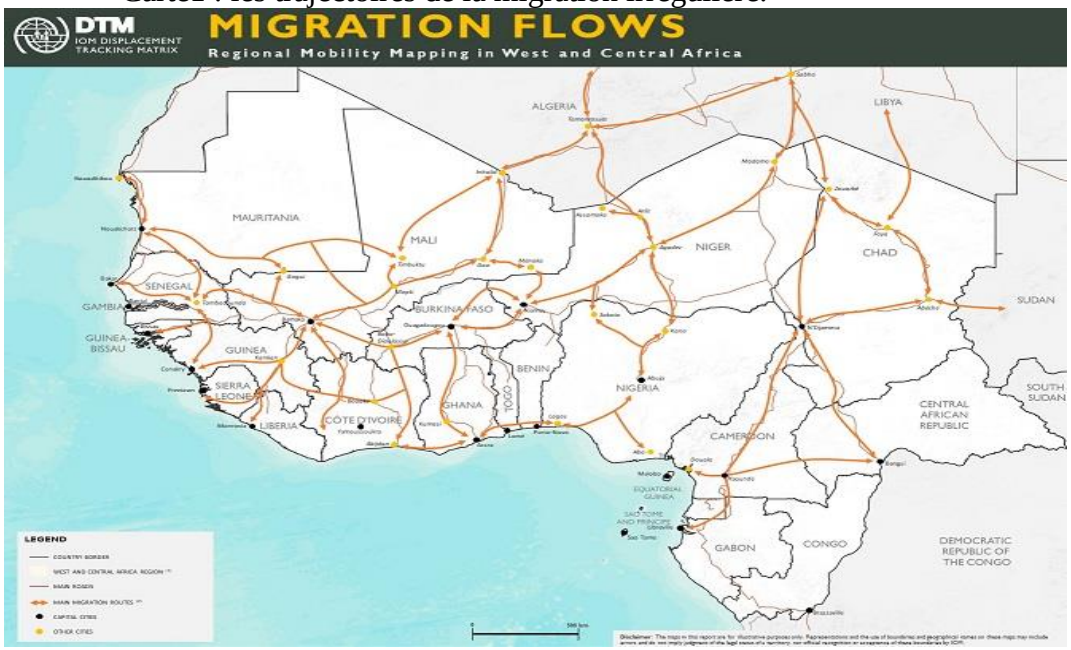
3. L'immigration subsaharienne au Maroc : un projet migratoire inaccompli.

La politique européenne d'immigration qui traduit la volonté des pays à limiter la réception des migrants a transformé la région de l'Afrique méditerranéenne à des pays d'installation temporaire en attente d'occasion de tenter l'immigration irrégulière. Le Maroc de par sa localisation géographique a reçu depuis les années 90 du siècle précédent des flux d'immigrants de plus en plus importants. Progressivement, et suite aux restrictions appliquées à l'accès aux territoires européens, le Maroc est devenu un pays de résidence et de stabilité à ces migrants en attente de l'occasion pour faire la croisée. Dans cet état de fait, et à l'instar des autres pays de destination, le Maroc s'est investi dans une politique irréversible d'intégration des migrants subsahariens dans le tissu socio-économique. En exécution des directives du discours royal de SM le Roi Mohammed VI du 6 novembre 2013 à l'occasion de la fête de la marche verte, le Royaume est devenu un modèle des pays qui œuvrent pour faciliter l'intégration et la régularisation de la situation des migrants, à travers des dispositifs juridiques et sociaux et en mettant en place une série de mesures d'accompagnement.

La localisation géographique du Maroc comme porte d'ouverture sur le continent européen a fait du pays un carrefour d'échange de plusieurs civilisations à travers l'Histoire. Le phénomène de migration dans la région nord africaine n'est pas typique à l'époque moderne. De nos jours, la migration de l'Afrique vers le continent européen est à la mode grâce au grand développement économique et social qu'ont connu surtout les pays de l'Europe occidentale qui attirent de plus en plus d'immigrés rêvant d'une vie prometteuse.

Les flux migratoires subsahariens vers le Maroc passent essentiellement par les pays de l'Afrique occidentale notamment le Sénégal, la Mauritanie et le mali. Les migrants se déplacent à pied ou par moyens de transport, par groupes ou individuellement et ont tracé des trajectoires qu'ils se communiquent à travers des réseaux de relation.

Carte1 : les trajectoires de la migration irrégulière.



Source: l'unité chargée de la Matrice de suivi des déplacements (DTM) de l'OIM, 2020

Les flux migratoires vers la Maroc passent par trois trajectoires : soit par du Sénégal à Nouakchott en Mauritanie vers le sud du Maroc par Nouadhibou, soit par le Mali, à partir de timbuktu ou le Niger à travers Agadez vers Tamanraset au sud de l'Algérie, ainsi parvenir au Maroc par les villes frontalières de l'est.

Le mali abrite les trois points de transit de la migration subsaharienne en Afrique occidentale : Gogui, Timbuktu et Heremacono. Les migrants qui entrent au Maroc par l'est passent essentiellement par l'un de ces trois points. En 2017, Gogui a connu une mobilité moyenne d'entre 1560 à 2160 migrants par mois, contre 840 à 1530 enregistrés à Heremacono. Quant à Timbuktu, le nombre a été estimé de 207 à 810 individus par mois.3610

Les immigrés subsahariens quittent leurs pays d'origine pour des raisons variées : politiques, économiques et sociales. Ces raisons varient selon le pays d'origine. La fuite aux tensions politiques et la recherche de la sécurité est plus fréquente chez les immigrés originaires de la république démocratique du Congo (64,7%), la Centrafrique (61,6%) et le Mali (60,8%). La Recherche d'emploi et l'amélioration des conditions de vie sont les raisons prédominantes chez les sénégalais (79,4%), les Ivoiriens (46,5%), les Guinéens (48,8%) et les Camerounais (44,9%).

Tableau 2 : Migrants selon la raison principale de départ et le pays d'origine (%)

Pays d'origine	Raison principale de quitter le pays d'origine					
	Regroupement familial (mariage ou rejoindre la famille)	Recherche d'emploi, ou amélioration des conditions de vie	Etudes	Guerre, insécurité et persécution	Autres	Total
Côte d'Ivoire	3,5	46,5	12,9	27,7	9,5	100,0
Sénégal	3,2	79,4	6,3	6,8	4,3	100,0
Guinée	2,3	48,8	11,5	28,1	9,3	100,0
RDC	0,6	23,5	7,1	64,7	4,1	100,0
Cameroun	2,8	44,9	9,4	35,6	7,3	100,0
Centrafrique	-	7,8	29,0	61,6	1,6	100,0
Mali	1,0	21,1	14,1	60,8	3,0	100,0
Autres africains	1,6	27,9	38,5	28,0	4,0	100,0
Autres pays	11,0	72,7	6,6	9,7	-	100,0
Total	3,25	41,37	15,04	35,9	5,3	100,0

Selon les données de l'enquête du Haut Commissariat au Plan3611, 19,1% des immigrés subsahariens ont surtout choisi de s'installer au Maroc pour des raisons liées à la sécurité, grâce à la stabilité politique que connait le royaume, alors que 18% ont lié leur choix aux conditions de vie au Maroc qu'ils jugent plus prometteuses. Parmi les considérations qui ont été évoquées, nous citons les conseils des membres de la famille déjà installés au Maroc avec 10,7%, le transit via le Maroc vu sa proximité de l'Europe et l'existence de politique d'immigration offrant plus de droits (10,6%), enfin les études et le regroupement familial ou mariage dans une mesure minime.

En 2021, à peu près 48% des migrants subsahariens résidant au Maroc sont occupés par une activité professionnelle. La proportion des actifs occupés est plus élevée parmi les hommes avec 53,8%. Cette

3610 https://www.iom.int/fr/edition-2017

3611 https://www.hcp.ma/ Note sur les résultats de l'enquête nationale sur la migration forcée de 2021

proportion varie selon l'âge. Elle s'élève à 56,3% parmi les adultes âgés de 45 à 59 ans et à 38,5% parmi les jeunes de 15 à 29 ans.
Selon le pays d'origine, les taux des actifs occupés enregistrent la plus grande hausse parmi les Sénégalais (73,9%), suivis des Ivoiriens (59,6%), des Guinéens (45,5%) et des Congolais (45,2%). Cependant, les taux les plus bas sont enregistrés parmi les Camerounais (36,1%), les Maliens (29%), les Centrafricains (20,8%).
Par ailleurs, il y a 27,4% des migrants au Maroc en situation de chômage, soit 29,6% parmi les hommes et 24,3% parmi les femmes. La situation de chômage touche surtout les jeunes de 15 à 29 ans (30,7%) et trouve son taux le plus élevé chez les ressortissants du Mali avec 52,8% et diminue à 16,8% parmi les migrants Sénégalais.

Tableau 2 : Migrants selon le type d'activité actuelle au Maroc et le sexe (%)

Type d'activité actuelle Au Maroc	Masculin	Féminin	Total
Actif occupé	53,8	39,7	48,0
Chômeurs	29,6	24,3	27,4
Elève/étudiant	9,9	8,3	9,3
Femme au foyer	0,1	20,1	8,2
Autre inactif	6,7	7,6	7,1
Total	100,0	100,0	100,0

Source : rapport de l'enquête du Haut Commissariat au Plan, 2021

Depuis l'aube de l'indépendance, le Maroc a commencé à tisser des relations de coopération solides avec les autres pays africains. Cette coopération Sud-Sud, de longue haleine, met en avant le travail commun pour résoudre toutes les questions qui entravent l'unité et la complémentarité économique africaine. La question de migration était à l'honneur, à la lumière du pacte mondial d'immigration de Marrakech en 2018. Après un travail considérable de près deux décennies, la situation des migrants subsahariens au Maroc est passée d'une migration irrégulière vers une régularisation progressive qui atteint des taux avancés.
Ce travail a été encadré par un certain nombre de textes législatifs et de mesures juridiques et sociales qui ont permis de faciliter l'installation des immigrés au royaume. La réglementation concernant la migration a connu un grand progrès, citons la promulgation, le 11 novembre 2003, de la Loi n° 02-03 03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Maroc et à l'immigration irrégulières.
Outre la législation spécifique à la migration, d'autres législations peuvent s'appliquer aux migrants tout comme aux citoyens marocains, notamment, le droit applicable aux travailleurs migrants contenu dans le Code marocain du travail et la loi n° 65.99 du 11 septembre 2003. Les migrants sont aussi concernés par les dispositions du Code de la nationalité modifié en 2007, par le Dahir sur l'Etat civil du 2 octobre 2002, ainsi que par le Code de commerce du 1er août 1996.
Le Maroc est aussi partie prenante dans plusieurs organisations internationales s'intéressant aux droits de l'Homme et à la migration. Dans ce cadre, il a conclu divers accords et traités bilatéraux relatifs à la question de la migration à l'instar de la Convention internationale du 18 décembre 1990, relative à la protection des travailleurs migrants et des membres de leur famille. Le royaume a aussi mis en place plusieurs institutions qui œuvrent dans le domaine de la migration et des droits des migrants, notamment le Conseil Consultatif de la Communauté Marocaine à l'Etranger (CCME). Les autorités marocaines facilitent aussi les missions des organismes internationaux en faveur des immigrés à

l'instar de l'Organisation internationale pour les migrations internationales (OIM) et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR).

Parmi les mesures prises pour intégrer les migrants subsahariens dans le tissu social marocain nous pouvons citer, entre autres, les efforts investis pour intégrer les enfants subsahariens dans le système éducatif marocain ou dans les programmes de l'éducation non formelle. Dans ce sens, le dernier rapport de SNIA (2018) indique l'intégration de 5545 enfants. Nous citons aussi la création des associations qui œuvrent pour la promotion de la vie sociale des migrants à l'instar de CARITAS et la fondation (FOO), la facilitation de l'accès au logement en intégrant les migrants régularisés dans le programme du logement social et la facilitation à l'accès aux services de la santé publique en affiliant ces migrants au régime d'assistance médicale (RAMED).

Suite aux hautes orientations de Sa Majesté Le Roi Mohammed VI pour procéder à l'élaboration d'une politique globale en matière d'immigration et d'un plan d'action opérationnel en 2013, le gouvernement en vigueur a Adopté « la stratégie nationale de l'immigration et de l'asile (SNIA) » en 2014. Cette nouvelle stratégie a mis en œuvre 11 programmes qui visent 27 objectifs spécifiques qui encadrent 81 actions dans les différents domaines de la vie actives (Education et Culture, Jeunesse et Loisirs, Santé, Logement, Assistance sociale et humanitaire, Formation professionnelle, Emploi, Gestion des flux et lutte contre la traite, Coopération et partenariats internationaux, Cadre règlementaire et conventionnel, et la gouvernance et communication).3612

Les efforts investis en faveur de l'intégration des immigrés subsahariens ont pu apporter des fruits notables. Or, il y a encore du chemin à parcourir pour garantir à l'ensemble de la population migrante des conditions de vie prospère et une égalité régionale dans les mesures prises. La question de la régularisation de la situation administrative pose toujours des défis majeurs. A peu près un tiers des migrants au Maroc (36,6%) sont encore en situation irrégulière.3613 Cette situation d'irrégularité administrative empêche les migrants d'accéder aux différents services sociaux : scolarisation, hospitalisation, etc., aussi bien à un emploi structuré.

L'accès au logement représente aussi l'une des difficultés majeures que rencontrent ces migrants. Selon les données fournies par le HCP, plus de six ménages de migrants sur dix (61,9%) ont déclaré avoir rencontré des difficultés pour accéder au logement. Ce constat est dû soit au coût élevé du loyer, soit à l'attitude des propriétaires qui font preuve de certaines réticences à l'égard des migrants subsahariens, surtout ceux qui ne disposent pas de carte de séjour. Les immigrés subsahariens s'organisent généralement en petites communauté, comme c'est le cas dans la communauté d'Ait AAMIRA aux environs e la ville d'AGADIR, formant une sorte de mini diaspora et vivant dans des logements qu'ils louent ensemble.

Selon le rapport du HCP, en peu moins de la moitié des migrants exercent une activité professionnelle. La part de l'effectif occupé est plus élevée parmi les hommes (53,8%) que parmi les femmes (39,7%) avec un taux de 56,3% d'effectif occupé parmi les migrants appartenant à la tranche d'âge [30-59]. L'insertion professionnelle des migrants subsahariens constitue toujours un défit surtout pour les migrants en situation non régularisée et parmi les jeunes. Le manque d'accès à la formation professionnel accentue le problème. Ce manque est dû soit l'absence de papiers légaux, soit au niveau bas d'instruction, d'où la nécessité mettre en place des structures qui pourrait engager ces jeunes à faible niveau d'instruction dans des formations professionnelles qualifiantes.

Le role de la société civile est aussi important dans le processus d'intégration des immigrés. Les étrangers qui s'organisent en communautés constituent leurs propres réseaux indigènes et créent des structures parallèles à celle de la communauté d'accueil, fait qui entrave leur processus d'intégration. Les organisations de la société civile pourraient œuvrer à organiser des compagnies de sensibilisation et des activités culturelles qui sèment l'esprit de l'acceptation de l'autre et les valeurs universelles de

3612 La stratégie nationale d'immigration et d'asile(2014). Ministère chargé des marocains résidant à l'étranger et des affaires de la migration.

3613 Les résultats de l'enquête nationale sur la migration forcée (2021), HCP

citoyenneté, dans la mesure où l'attitude positive de la population autochtones envers les immigrés constitue un élément favorisant leurs intégration.

Parmi les directives qui ont été formulées à ce sujet dans le rapport publié en 2018 par le ministère délégué auprès du ministre des affaires étrangères et de la coopération internationale, chargé des marocains résidant à l'étranger et des affaires de la migration3614, nous soulignons la sensibilisation aux questions d'immigration, de diversité culturelle et de vivre -ensemble dans les écoles marocaines en insérant ces questions dans les programmes scolaires.

4. Les perspectives langagières

4.1. Paysage linguistique marocain : diversité et foncions.

Le paysage linguistique actuel du Maroc présente une situation complexe résultant d'un long processus de causalités historiques sur tous niveaux : social, politique, économique et culturel. Cette diversité linguistique est garnie essentiellement par l'Amazighe, langue d'origine des habitants du Maghreb ; l'arabe mis en place à l'avènement de l'Islam et le français, langue de l'ancien colonisateur (Messaoudi, 2002)3615, (Boukous, 1979)3616. Ce patrimoine linguistique riche et varié consolide, certes, l'identité marocaine mais ne va pas sans présenter une certaine problématique liée à l'aménagement des différentes langues en présence, manifestant d'ailleurs, une certaine rivalité sur le marché linguistique marocain (Boukouss, 2005).

L'amazighe, langue maternelle d'une partie non négligeable des Marocains[3617] est la langue de la population autochtone. Elle est pratiquée plus en milieux ruraux qu'en milieux urbains, et il est destiné essentiellement à la communication orale. La langue amazighe englobe trois variétés couvrant différentes régions du pays : tarifit, tamazight, et tachelhit. Cette langue a été si longtemps marginalisée sur le plan politique. Cette marginalisation se manifeste dans le côté législatif (Boukouss, 2009)3618 qui ne reconnait la langue amazighe comme langue nationale qu'à l'avènement de la nouvelle constitution en 2011.

L'Arabe marocain ou Darija constitue la langue maternelle des arabophones au Maroc (Benítez-Fernandéz, de Ruiter et Tamer, 2010)3619. Tout comme la langue amazighe, il abrite différentes variétés régionales regroupées selon les trois parlers : citadins, montagnards et bédouins. Ceci lui vaut le statut de la première langue nationale[3620]. L'Arabe marocain constitue, par ce fait, la langue de communication dans les contextes informels tout en jouant le rôle de langue véhiculaire entre arabophones et amazighrophones.

A l'instar de l'Amazighe, l'Arabe marocain reste une langue de communication orale qui n'a aucun statut clair et précis dans les textes officiels. Moatassim(1974) parlant de l'arabe marocain écrit : « *apparenté de l'arabe classique, l'arabe dialectal est une variante au vrai sens du mot. Mais comme l'amazighe, il reste la langue de l'authenticité pour beaucoup de Marocains* ». 3621Pourtant, la

3614 https://marocainsdumonde.gov.ma/wp-content/uploads/2019/01/Politique-Nationale-dimmigration-et-dAsile-Rapport-2018.pdf

3615 MESSAOUDI, L. (2002), *La langue française au Maroc, fonction élitaire ou utilitaire ?*, dans P. Blanchet, P. Martinez (éd.), *Pratiques innovantes du plurilinguisme, émergence et prise en compte en situations francophones*, Éditions des archives contemporaines, Paris, AUF, p. 51-63.

3616 BOUKOUS, A. (1979), *Le profil sociolinguistique du Maroc.* in : Bulletin économique et Social, n°140, Rabat, (p.5-31).

3617 Environ 28% de la population selon Boukouss, revue de L'IRCAM, 2013. P18.

3618 BOUKOUS, A. (2009), Le poids de l'amazighe : de la métaphore au paramétrage , in Le poids des langues, dynamiques, représentations, contacts, conflits, M. Gasquet-Cyrus et C. Petit-Jean (Dir.), Paris, l'Harmattan.

3619 BENITEZ-FERNANDEZ, M., De RUITER J.J., TAMER Y. (2010), *Développement du plurilinguisme : le cas de la ville d'Agadir*, Paris, l'Harmattan.

3620 Ibid.

3621 Moatassime A.,Juillet-Décembre 1974 : Le bilinguisme sauvage, blocage linguistique, sous-développement et coopération hypothécaire l'exemple maghrébin (cas du Maroc) « Tiers Monde » Education et développement, Tome, X 59-60, Paris.

Darija a gagné dernièrement du terrain sur tous les plans : éducatif, religieux, artistique, culturel et même politique, et va même au-delà du territoire national à travers la production artistique, devenant ainsi de plus en plus familière dans le monde arabe.

La langue officielle du Maroc est sans conteste l'arabe standard dite fusḥa. Elle a toujours joui du prestige dont sont dépourvues les langues nationales ci- haut citées. Ce prestige est lui dû d'abord grâce à son caractère de « langue écrite » standardisée, s'appuyant sur le principe de « langues écrites versus langues orales » (Miller, 2011)3622, puis parce qu'elle constitue le fondement même de la civilisation islamique ; c'est la langue noble du coran. Ces facteurs lui confèrent aujourd'hui la domination sociale et politique, étant la langue des discours officiels, celle de l'élite, et qui représente la norme. Toutefois, l'Arabe standard « n'est la langue naturelle d'aucun Marocain » (Aboulkacem, 2005)3623. Le premier contact avec cette langue s'effectue à l'école. Elle se réduit généralement aux échanges écrits et aux textes officiels. L'arabe standard est fortement présent dans tous domaines : l'enseignement, l'administration, la presse, les médias, et surtout dans le domaine religieux

Paradoxalement, le français, langue étrangère, semble joindre les deux bouts de la pratique linguistique : l'oral et l'écrit. Introduite au Maroc essentiellement pendant le Protectorat français, il reste même après des décennies de l'indépendance une langue imposante dans le paysage linguistique marocain. Le français représente la langue du savoir et de la science, celle de l'élite (Messaoudi, 2010)3624. Or, officiellement parlant, le français garde un statut ambigu et opaque (Benzakour, 2010). Il en reste tout de même que le français est selon la nouvelle constitution(2011) « la langue de communication, d'intégration et d'interaction avec la société du savoir et d'ouverture sur les différentes cultures et sur les civilisations contemporaines » (article 5).

C'est dans cette diversité et cette répartition fonctionnelle que réside La complexité de la situation sociolinguistique au Maroc, et c'est dans cet environnement linguistique pluriel que les migrants subsahariens doivent évoluer. Si la présence du Français est avantageuse pour le migrant francophone, l'acquisition des langues locales, en l'occurrence, l'Arabe dialectal reste une condition sine qua non pour une intégration souple. Les questionnements que nous soulevons autour de la question de l'intégration des immigrés subsahariens au Maroc sont abordés dans le cadre de la sociolinguistique (Calvet, 1996)3625 (Bulot, 1999)3626 (Messaoudi, 2010)3627 (Blanchet, 2016)3628

4.2. Les langues : facteur d'intégration sociale

Les langues parlées dans une communauté représentent la clé pour y accéder. Dès son arrivée au Maroc, l'immigré subsaharien devrait faire face à une langue et une culture qui sont à une distance variable des siennes. Parler une langue commune sera donc le premier coup de main tendu à l'immigré. Le français comme langue commune joue un rôle déterminant dans les échanges quotidiens des immigrés avec les membres de la société d'accueil. En revanche, le degré de maitrise

3622 MILLER, C. (2011), *Marges et normes linguistiques au Maroc : un terrain mouvant*, dans C. Aufauvre, K. Benafla, M. Emperador (éd.), *Marges et marginalités au Maroc*, Tunis, Maghreb et sciences sociales, IRMC, p. 57-70.

3623 ABOUKACEM , E. (2005), *Nationalisme et construction culturelle de la nation au Maroc : processus et réactions*, thèse de doctorat en anthropologie sociale, EHESS.

3624 MESSAOUDI, L. (2010), *La langue française au Maroc, fonction élitaire ou utilitaire ?*, dans P. Blanchet, P. Martinez (éd.), *Pratiques innovantes du plurilinguisme, émergence et prise en compte en situations francophones*, Éditions des archives contemporaines, Paris, AUF, p. 51-63.

3625 CALVET, L.J. (1996), *Sociolinguistique du Maghreb*, Bulletin du laboratoire de sociolinguistique, René Descartes, Paris.

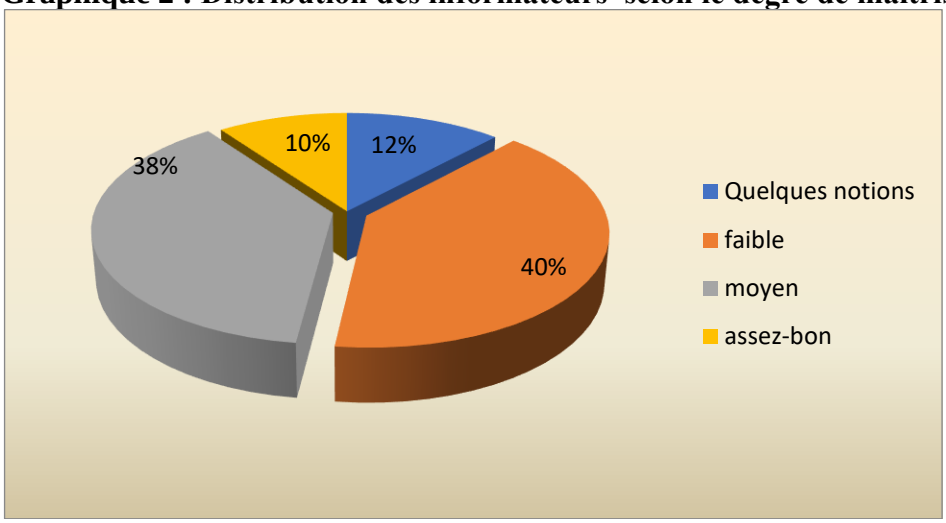
3626 BULOT, T. (Dir.) et TSEKOS, N. (1999), *Langue urbaine et identité. Langue et urbanisation linguistique à Rouen*, Venise, Berlin, Athènes et Mons, éd. L'Harmattan, Paris.

3627 Ibid

3628 BLANCHET, A. GOTMAN, A. (2007), Série « L'enquête et ses méthodes » : L'entretien (2e éd. refondue), éd. Armand Colin, Paris.

des langues d'accueil est un élément déterminant dans le processus d'intégration. Nous allons illustrer nos propos à partir des données recueillies lors de l'enquête que nous avons réalisée à ce sujet. Les informateurs qui vivent en groupe dans une sorte de mini diaspora dans un des quartiers de la commune « Ait Aamira » montrent une connaissance nettement faible de l'Arabe dialectal marocain, par opposition aux immigrés résidant à « Inezgane », essentiellement des commerçants, qui ont un degré de maitrise assez bon de l'ADM. Le graphique ci-après illustre le degré de maitrise de l'ADM par nos informateurs.

Graphique 2 : Distribution des informateurs selon le degré de maitrise de l'ADM en %



A partir du graphique, nous constatons que 52% des informateurs ont un degré faible de maitrise de l'ADM et recourent au Français dans leurs échanges quotidiens. Ces informateurs ont déclaré qu'ils trouvent fréquemment des difficultés à s'entendre avec leurs interlocuteurs marocains qui ne maitrisent pas bien le Français. Ce fait produit dans certains cas un blocage de la communication.

4.3. L'alternance codique : stratégie privilégiée pour faire face au déficit langagier

Les situations de contact de deux ou plusieurs langues au sein de la même communauté conduit à un usage mixte ou alterné de ces langues en contact dans les discours des usagers. L'alternance codique est, donc, un phénomène linguistique observable au passage d'une langue à une autre, au sein d'un discours ou d'une même conversation. Gumperz définit l'alternance codique comme : « *la juxtaposition, à l'intérieur d'un même échange verbal, de passages où le discours appartient à deux systèmes ou sous-systèmes grammaticaux différents* ».**3629**

Le recours à l'alternance codique est tributaire du registre linguistique, du contexte culturel et de la stratégie de communication des locuteurs. Ainsi, les immigrés subsahariens qui ont déclaré avoir recours à l'alternance codique ont expliqué leur choix soit par la contrainte du déficit langagier soit par une stratégie de communication volontaire. En fait, les immigrés qui ne maitrisent pas encore l'ADM se trouvent contraints d'alterner cette langue avec le Français pour assurer la communication, alors que ceux qui ont un degré de maitrise plus approfondi recourent à l'alternance pour des raisons diversifiées. Le tableau suivant illustre les réponses de 4 informateurs quant à cette question.

3629 GUMPERZ, J-J, engager la conversation. Introduction à la sociolinguistique interactionnelle, Minuit, Paris, 1989

Miedoume, Sénégalais, 43 ans commercant	Quand le client ne maitrise pas le Français, je suis obligé de souffler des mots et parfois des phrases en arabe, même si mon arabe n'est pas assez clair mais on arrive à s'entendre.
Diop Ivoirien, 26 ans Marchand de bijoux ambulent	Les marocains aiment beaucoup qu'on leur parle Arabe. Moi je ne suis pas doué en arabe mais je dis des mots en Arabe qui accrochent leur attention et qui peuvent les inciter à acheter le produit.
Koné Ivoirien, 32 ans Mendiant	C'est difficile de convaincre les gens à nous aider si on ne prononce pas quelques mots en arabe.
Daouda Sénégalais, 35 ans pompiste	Les gens sont plus sympas quand ils voient un étranger parler Arabe.

4.4. Le choix de langue comme stratégie de communication.

Le recours à l'alternance codique pour nos informateurs n'est pas aléatoire mais répond à un besoin conversationnel imposé par la situation de communication. Pour Miedoume, l'usage de l'Arabe marocain est une obligation dans les cas où l'interlocuteur ne maitrise pas le français. Souffler quelques mots-clés ou des phrases courtes, parfois incomplètes, en arabe peut assurer l'intercompréhension essentielle dans les cas de commerce.

Pour Diop, alterner l'Arabe et le Français fait partie d'une stratégie de persuasion. En tant que marchand ambulent, Diop passe sa journée à se déplacer d'un lieu à un autre. Rue, cafés marchés…sont des lieux où il peut rencontrer des clients potentiels. Par contre aux échoppes, c'est le vendeur amblent qui devrait engager la conversation. Les premiers mots sont déterminants et doivent être choisis soigneusement, et c'est en ces moments que l'alternance joue son rôle selon Diop qui a déclaré : « engager la conversation par des mots en arabe est important pour attirer l'attention du client. ».

Pour Koné, la situation est plus complexe dans la mesure où il n'a pas de produit à présenter. En revanche il devra fournir un double effort pour persuader les gens de l'aider. Koné a déclaré avoir appris des mots arabes spécifiquement pour en faire usage en situation de charité. Pour Daouda, l'alternance codique instaure un climat de convivialité entre lui et ses clients. Les gents sont plus sympas quant ils me voient parler Arabe a-t-il déclaré.

4.5. La langue maternelle : refuge identitaire

L'immigré est un individu qui laissé derrière lui son pays, son foyer, sa langue maternelle et sa culture. Dans la société d'accueil, il doit procéder à l'adaptation à une nouvelle culture tout en gardant ses valeurs d'origine. Cette reconfiguration identitaire ne passe pas une certaine difficulté. Berry3630 distingue 4 cas de figure : l'intégration, l'assimilation, la séparation et la marginalisation. Ces cas sont tributaires de deux facteurs : le maintien de la culture d'origine et le contact et participation avec l'environnement socioculturel. Dans ce sens, la langue maternelle joue un rôle primordial dans le maintien de l'identité d'origine. Elle crée un équilibre entre l'appartenance à une culture d'origine et l'investissement dans une nouvelle sphère culturelle. Nos informateurs se sont exprimés autour de ce que leur représente l'usage de la langue maternelle dans leur espace d'accueil. Le tableau ci-dessus illustre les réponses les plus fréquentes.

3630 Les stratégies d'acculturation de Berry et Sam (1997 :296)

Réponse	Taux en %
Fierté	36
identité	28
Good feeling	6
liberté	10
Je me sens chez moi	5
intimité	15

La langue maternelle joue le rôle de refuge identitaire. C'est la langue de la fierté, de l'identité et de l'intimité. Les réponses obtenues traduisent un sentiment positif quant à l'usage de la langue maternelle dans l'espace d'accueil, comme certains de nos informateurs l'ont affirmé : « c'est le seul lien que nous avons dans ces terres avec les nôtres et avec notre culture ». 36% des informateurs ont exprimé qu'ils sentent une certaine fierté lors de l'usage de la langue maternelle et 28% y voient une affirmation de leur identité. S'il est vrai que le contact de langue fait que la langue minoritaire se trouve écrasée par la langue de la communauté dominante, il n'est pas moins vrai que cette langue minoritaire se transforme en refuge identitaire. Ces usages sont réservés aux échanges familiaux, amicaux et dans des cas au milieu professionnel pour prononcer des discours à part.

Conclusion

La question de l'intégration des immigrés dans leur espace d'accueil est multifactorielle. Elle se concrétise à travers un long processus d'adaptation et d'apprentissage. L'intégration linguistique est un élément déterminant dans ce processus. Cette intégration nécessite, certes, l'implication de l'immigré mais aussi la mise en place des dispositifs d'accueil et d'aide à aux immigrés. Nous avons porté notre intérêt sur les efforts investis par l'Etat dans le domaine de la santé, de l'éducation et en d'autres domaines sociaux pour assurer les conditions d'une bonne réception et de ces immigrés. La stratégie nationale de l'immigration et de l'asile (SNIA) initiée en 2014 a mis en œuvre 11 programmes qui visent 27 objectifs spécifiques qui encadrent 81 actions dans les différents domaines de la vie actives est un modèle des mesures prise par l'Etat qui traduisent l'intérêt que met le pays quant à la question de la migration et de l'intégration.

Nous avons aussi évoqué quelques défis qui restent à relever dans le futur, en l'occurrence la question de la régularisation de la situation administrative des immigrés subsahariens. D'autre part, nous avons porté l'intérêt sur les pratiques langagières des immigrés subsahariens résidant au grand Agadir. Nous avons conclu à partir des données de l'enquête qui a servi pour la rédaction de cet article que, pour les immigrés subsahariens, chacune des langues en contact assume une fonction distincte et que leur usage obéit à des stratégies de communication. La distribution des langues selon les contextes sociaux est assez significative. La langue maternelle est unique dans les échanges en foyer, ainsi qu'entre amis sauf quand les immigrés sont d'origines différentes. Le Français est la principale langue de communication au contexte social et professionnel à coté de l'Arabe marocain qui est aussi en usage dans une moindre mesure. Par opposition à l'arabe marocain qui représente la langue véhiculaire dans l'ensemble du pays, nous avons remarqué une absence significative de l'amazighe dans les échanges entre les citoyens marocains et les immigrés subsahariens.

Bibliographie

-ABOUKACEM , E., (2005), *Nationalisme et construction culturelle de la nation au Maroc : processus et réactions*, thèse de doctorat en anthropologie sociale, EHESS.

-ABRIC, J-C., (1994), *Pratiques Sociales et Représentations*, Paris : PUF.

-BENITEZ-FERNANDEZ, M., De RUITER J.J., TAMER Y. (2010), *Développement du plurilinguisme : le cas de la ville d'Agadir*, Paris, l'Harmattan.

- BERRY, J.-W., (1989). *Acculturation et adaptation psychologique*. In J. Retschitzky, M. BosselLargos & P. Dasen (Eds.), La recherche interculturelle. Tome 1 (pp. 135-145). Paris: L'Harmattan.
- BERRY, J-W., SABATIER, C., (2010). *Acculturation, discrimination, and adaptation among second generation immigrantyouth in Montreal and Paris*. International Journal of Intercultural Relations, 34, 191-207.
-BLANCHET, A. GOTMAN, A ., (2007), Série « L'enquête et ses méthodes » : L'entretien (2e éd. refondue), éd. Armand Colin, Paris.
- BOUKOUS, A., (2009), *Le poids de l'amazighe : de la métaphore au paramétrage* , in Le poids des langues, dynamiques, représentations, contacts, conflits, M. Gasquet-Cyrus et C. Petit-Jean (Dir.), Paris, l'Harmattan.
-BOUKOUS, A., (1979), *Le profil sociolinguistique du Maroc.* in : Bulletin économique et Social, n°140, Rabat, (p.5-31).
-BULOT, T. (Dir.) et TSEKOS, N., (1999), *Langue urbaine et identité. Langue et urbanisation linguistique à Rouen*, Venise, Berlin, Athènes et Mons, éd. L'Harmattan, Paris.
-CALVET, L.J. , (1996), *Sociolinguistique du Maghreb*, Bulletin du laboratoire de sociolinguistique, René Descartes, Paris.
-GUMPERZ, J-J., (1989), *engager la conversation. Introduction à la sociolinguistique interactionnelle*, Minuit, Paris.
- LUCAS, D. & MEYER, P., (1994), *Beginning Population Studies*. 2nd ed, Canberra, Australian National University, National Centre for Development Studies.
-MILLER, C., (2011), *Marges et normes linguistiques au Maroc : un terrain mouvant*, dans C. Aufauvre, K. Benafla, M. Emperador (éd.), *Marges et marginalités au Maroc*, Tunis, Maghreb et sciences sociales, IRMC, p. 57-70.
-MESSAOUDI, L., (2010), *La langue française au Maroc, fonction élitaire ou utilitaire ?*, dans P. Blanchet, P. Martinez (éd.), *Pratiques innovantes du plurilinguisme, émergence et prise en compte en situations francophones*, Éditions des archives contemporaines, Paris, AUF, p. 51-63.
-MOATASSIM, A., (1974), *Le bilinguisme sauvage, blocage linguistique, sous-développement et coopération hypothécaire l'exemple maghrébin (cas du Maroc) « Tiers Monde »,* Education et développement, Tome, X 59-60, Paris.
RODRIGUEZ PIZARRO,G., (2002), Special Reporter of the Commission on Human rights in A/57/292, Human rights of migrants, Note by the Secretary-General.
- SAYAD, A., (1994), *Qu'est-ce que l'intégration ?.* In: Hommes et Migrations, n°1182, décembre 1994. Pour une éthique de l'intégration. Extraits du colloque de l'ADATE Saint-Martin-d'Hères, 24 et 25 juin. pp. 8-14.
- SCHNAPPER, D., (2007), *Qu'est-ce que l'intégration*? Collection Folio, Gallimard, Paris.
-YOUSSI, A., (1992), *Grammaire et lexique de l'arabe marocain moderne*, Casablanca : Wallada.
-ZIAMARI, K., (2006), *La construction SN dyal SN en code switching arabe marocain/français: les failles du Matrix Language Frame*, dans L'arabe dialectal: enquêtes, descriptions, interprétations, sous direction de Salah Mejri, Actes du colloque d'AIDA, Hammamet, Publications de Centre des Etudes et des Recherches Economiques et Sociales, 499-509.

Webographie

https://www.iom.int/fr/edition-2017
https://www.hcp.ma/ Note sur les résultats de l'enquête nationale sur la migration forcée de 2021https://dictionnaire.lerobert.com
https://publications.iom.int/Glossaire de l'OIM sur la migration, 2019
https://marocainsdumonde.gov.ma/ La stratégie nationale d'immigration et d'asile(2014). Ministère chargé des marocains résidant à l'étranger et des affaires de la migration.
https://www.hcp.ma/ Note sur les résultats de l'enquête nationale sur la migration forcée (2021).HCP.
https://marocainsdumonde.gov.ma/ La stratégie nationale d'immigration et d'asile(2014). Ministère chargé des marocains résidant à l'étranger et des affaires de la migration.

ISSN:2509-0291

الإصـــــــدار رقم 55

دجنبر 2024

LE MARQUAGE GENRE

Un outil de la BSG en faveur de l'égalité des sexes au Maroc

Hicham EL HANAFI

Doctorant à la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales

Souissi- Université Mohamed V -Rabat

Résumé :
L'égalité des sexes est un principe fondamental inscrit dans la Constitution marocaine de 2011 et divers instruments internationaux. Depuis le début du millénaire, le Maroc a mis en place des stratégies telles que la Stratégie Nationale pour l'Égalité et l'Équité (SNEE) pour promouvoir l'égalité entre femmes et hommes. Ces initiatives visent à autonomiser les femmes, lutter contre la violence à leur égard et améliorer leur accès à l'éducation et à l'emploi. Malgré des avancées, des défis persistent concernant la mise en œuvre effective des politiques et la transformation des normes socioculturelles. Le concept de budget sensible au genre est apparu comme un outil clé pour garantir des ressources publiques en faveur de l'égalité des sexes, illustré par l'adoption de la lof 130-13. Cet article examine les résultats et les impacts des stratégies d'égalité des sexes au Maroc, en analysant les limites et les freins à leur réalisation, tout en se mettant l'accent sur le marquage du genre dans le budget et son utilité dans le repérage de l'effort budgétaire en faveur de l'égalité des sexes.

GENDER MARKING A tool of the BSG in favor of gender equality in Morocco.

Summary:
Gender equality is a fundamental principle enshrined in the Moroccan Constitution of 2011 and in various international instruments. Since the beginning of the millennium, Morocco has implemented strategies such as the National Strategy for Equality and Equity (SNEE) to promote equality between women and men. These initiatives aim to empower women, combat violence against them, and improve their access to education and employment. De spite significant progress, challenges remain regarding the effective implementation of policies and the transformation of sociocultural norms. The concept of gender-sensitive budgeting has emerged as a key tool to ensure the allocation of public resources in favor of gender equality, as illustrated by the adoption of Law 103-13. This article examines the results and impacts of gender equality strategies in Morocco, analyzing the limitations and barriers to their realization, with a particular focus on gender marking in the budget and its importance in tracking the budgetary effort made to achieve the gender approach.

Introduction

L'égalité des sexes est un principe fondamental inscrit dans divers instruments internationaux, tels que la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), et dans la Constitution marocaine de 2011, qui consacre l'égalité entre les sexes comme un droit inaliénable. Depuis le début du millénaire, le Maroc a mis en place plusieurs stratégies et programmes pour promouvoir l'égalité des entre les femmes et les hommes et intégrer la perspective de genre dans les politiques publiques. Dans ce sens, tous les plans stratégiques sectoriels ou nationaux ont réservé une composante pour la promotion de la place de la femme et rattraper la discrimination qu'elle a subi.

En effet, le Royaume a entrepris des démarches significatives pour promouvoir cette égalité à travers une série de stratégies et de programmes publics, tels que la Stratégie Nationale pour l'Égalité et l'Équité (SNEE) et le Programme d'Accès des Femmes à la Propriété. Ces initiatives ont été conçues pour répondre aux enjeux cruciaux que sont l'autonomisation économique des femmes, la lutte contre la violence à leur égard, et l'amélioration de leur accès à l'éducation et à l'emploi.

Toutefois, malgré ces avancées notables, des défis persistent, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre effective des politiques et la transformation des normes socioculturelles profondément ancrées. D'ailleurs, pendant de longues années, la question de la promotion féminine au Maroc a été abordée sous l'angle social (la violence contre les femmes), mais aujourd'hui, le Maroc adopte des politiques qui considèrent que l'approche genre passe par la nécessité de comprendre les liens sociaux qui existent dans les rapports hommes - femmes. En effet, pour lutter contre les écarts, l'Etat marocain a élaboré et adopté des programmes de prise en compte du genre qui se sont étendus à différents secteurs de l'administration (aspect multidimensionnel). Dans cette perspective, le Maroc a renforcé la sensibilisation et la formations au profit de différents intervenants sur la place réelle que doit occuper la femme.

En parallèle, le concept de budget sensible au genre a émergé comme un outil indispensable pour garantir que les ressources publiques soient allouées de manière à promouvoir l'égalité des sexes. L'adoption de la loi 103-133631 en 2018, qui vise à protéger les femmes victimes de violence, illustre l'engagement du Maroc à intégrer les droits des femmes dans le cadre législatif. Cependant, malgré ces avancées notables, des défis subsistent, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre effective des politiques, le suivi des dépenses publiques et la transformation des normes socioculturelles.

Cet article se propose d'examiner les résultats et les impacts des stratégies d'égalité des sexes mises en œuvre au Maroc, tout en analysant les limites et les freins qui entravent leur pleine réalisation. En mettant l'accent sur le passage des stratégies nationales au marquage du genre dans le budget, nous chercherons à comprendre **comment cette approche peut contribuer à renforcer l'égalité des sexes et à garantir que les droits des femmes soient pleinement respectés et réalisés ?**

Nous allons traiter ce sujet selon les axes suivants :

Axe 1 : Stratégies nationales pour la promotion de la place de la femme au Maroc, résultats et limites ;

Axe 2 : La BSG et le marquage genre comme solution d'encrage de l'approche Genre dans les politiques publiques.

I. Stratégies nationales pour la promotion de la place de la femme au Maroc, résultats et limites

Le Maroc a misé sur les fondements juridiques, réglementaires et institutionnels justifiant l'importance qu'occupe promotion et de protection des droits humains des femmes. Cette initiative a permis la multiplication des processus d'élaboration des politiques publiques et des projets de développement traitant la question de l'égalité homme femme.

a. Des Stratégie nationale en faveur du genre mais a impact limité

Des initiatives marquantes et engageantes, Ces stratégies entreprises avec des partenaires techniques et financiers ou gouvernementales ont créé une dynamique sociétale autour des questions de la violence contre la femme, alors que le débat national a passé de la discussion d'un phénomène social vers la vraie place de la femme comme moteur du développement. Ceci dit, plusieurs initiatives gouvernementales ont été lancés, on présente les plus importantes :

a. Stratégie nationale pour l'équité et l'égalité des genres (SNEEG)

La **Stratégie nationale pour l'équité et l'égalité des genres** (SNEEG), initialement lancée en 2006 et révisée en 2010, est une initiative qui vise à intégrer la dimension genre dans toutes les politiques publiques. Elle a pour objectif principal de renforcer les droits économiques et sociaux des femmes et de promouvoir leur participation active dans le développement socio-économique du pays. Ce

3631 La loi n° 103.13 relative à la lutte contre la violence à l'égard des femmes. Cette loi a permis au Royaume de disposer d'un cadre juridique complet pour lutter contre la violence à l'égard des femmes sous toutes ses formes.

programme a permis de sensibiliser les administrations publiques à l'importance de la prise en compte des spécificités de genre (Ministère de la Famille, de la Solidarité, de l'Égalité et du Développement Social, 2010).

b. Plan gouvernemental pour l'égalité (PGE) - ICRAM

Lancé en 2012, le Plan gouvernemental pour l'égalité, aussi connu sous le nom de *ICRAM*3632 (pour "Institutionnalisation de l'Égalité entre les Hommes et les Femmes"), est une initiative phare du Maroc. Il visait à réduire les inégalités entre les sexes en se concentrant sur huit axes prioritaires, notamment la promotion des droits économiques et sociaux des femmes, la réduction des violences basées sur le genre, et l'amélioration de la participation politique des femmes. Ce programme a été accompagné d'un second plan, **ICRAM 2** (2017-2021), qui a renforcé les efforts en matière d'égalité des genres dans plusieurs domaines, y compris l'éducation, la santé et la justice.

c. Stratégie nationale de lutte contre la violence faite aux femmes

En réponse aux besoins de sécurité et de justice pour les femmes, le Maroc a mis en place en 2015 une stratégie nationale pour combattre les violences basées sur le genre. Cette stratégie comprend des mesures de prévention, de protection, et de soutien aux victimes. En 2018, la loi 103-13 relative à la lutte contre la violence faite aux femmes a été adoptée, instaurant des sanctions plus strictes et renforçant les droits des victimes3633.

d. Programmes d'autonomisation économique des femmes

Plusieurs programmes ont été initiés pour renforcer l'autonomisation économique des femmes, comme les **programmes d'alphabétisation et de formation professionnelle** visant les femmes des zones rurales et marginalisées. Le programme *Moukawalati* pour l'entrepreneuriat féminin aide également les femmes à lancer leurs propres projets, contribuant à leur indépendance économique et à leur inclusion dans le marché du travail.

Il reste important de rappeler que le Maroc s'est inscrit, sur le plan international, dans le cadre des engagements relatifs à la promotion des droits des femmes, notamment la CEDEF (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes), les Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD)3634 et les ODD.

b. Un financement diversifié mais instable

Les stratégies sur les droits des femmes au Maroc sont financées par un mélange de sources nationales et internationales. Ce financement repose dans la plupart des stratégies sur une combinaison de ressources nationales, de partenariats internationaux, et d'initiatives privées.

Voici un aperçu des principaux modes de financement :

a. Budget général

Le gouvernement marocain consacre une fraction de son budget général à des programmes et initiatives dédiés à la promotion de l'égalité des sexes. Ces fonds sont généralement intégrés dans les budgets des ministères compétents, notamment celui de la Famille, de la Solidarité, de l'Égalité et du Développement Social, qui joue un rôle central en hébergeant la majorité des initiatives gouvernementales relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes.

b. Programmes et Projets Internationaux

Les aides internationales sont affectées par des organisations internationales, telles que les Nations Unies et la Banque Mondiale, comme soutien financier à la mise en œuvre de projets axés sur les droits des femmes. Par exemple, des initiatives de l'ONU Femmes ont contribué à des programmes de sensibilisation et d'autonomisation économique des femmes3635.

3632ICRAM II – Plan Gouvernemental pour l'Égalité (2017-2021), Ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement Social(2017).

3633 Bouazza, A., & Hachimi, R. (2021). Constitutional Grounds for Gender Equality in Public Finance in Morocco. Constitutional Review Journal, 14(2), Pg. 34-48 ;

3634 Objectifs du millénaire pour le développement (8 objectifs) adoptés en 2008 à New York, ils sont suivi Les objectifs de développement durable (ODD) (dix-sept objectifs) fixé par l'Organisation des Nations Unies (ONU) en 2015, à atteindre pour 2030. Ces OMD et ODD comptent un objectif dédié à l'égalité entre les sexes.

3635 Banque Mondiale. Women, Business and the Law 2018. Rapport (pg. 3-10) ;

Dans le même sillage, les Partenariats avec des organisations non gouvernementales jouent un rôle clé dans la mise en œuvre de programmes sur les droits des femmes, souvent financés par des subventions internationales. Ces ONG collaborent avec le gouvernement pour garantir que les initiatives soient adaptées aux besoins locaux3636.

Aussi, la coopération régionale et bilatérale sous la forme d'accords avec d'autres pays peut également soutenir des initiatives sur les droits des femmes, facilitant l'échange de ressources et de bonnes pratiques.

c. Financement Participatif et Mécanismes Innovants

Des mécanismes de financement innovants3637 comme les initiatives de financement participatif et des programmes d'entrepreneuriat social qui ont prouvé leur pouvoir à fournir des ressources pour des projets spécifiques en faveur des femmes.

d. Soutien du Secteur Privé

Dans le cadre du Partenariats Public-Privé (PPP) et de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) Certaines entreprises privées investissent dans des projets liés à l'égalité des sexes dans le cadre de leur stratégie de RSE, soutenant des initiatives d'éducation, de santé ou d'entrepreneuriat pour les femmes.

Pour conclure, cette multitude des sources de financement n'était pas suffisante et stable d'où le recours au budget sensible au genre avec lequel des efforts sont faits pour que les besoins des femmes soient pris en compte dans l'élaboration et l'allocation des budgets. Toutefois, cela implique une analyse des impacts de genre dans les dépenses publiques3638.

c. Réalisations et limites des stratégies

Le vaste chantier de stratégies et programmes nationaux a permis la mutualisation des efforts pour défendre la cause de la femme dans divers secteurs, illustrant ainsi le progrès continu de notre pays, meme qu'on est conscients des nombreux défis et obstacles à surmonter.

a. Réalisations

- Stratégie Nationale pour l'Égalité et l'Équité (SNEE)

La Stratégie Nationale pour l'Égalité et l'Équité (SNEE) a été mise en place pour promouvoir l'égalité des sexes à travers plusieurs axes. L'un des principaux objectifs de cette stratégie est la sensibilisation du public. Des campagnes de sensibilisation sont régulièrement organisées afin de changer les mentalités et de promouvoir une culture de l'égalité entre les sexes. Parallèlement, l'inclusion de l'égalité des sexes dans les politiques publiques est essentielle. Cette intégration se manifeste dans divers secteurs, notamment la santé et l'éducation, garantissant ainsi que les préoccupations relatives à l'égalité des sexes soient prises en compte dans les décisions politiques. Pour évaluer l'impact de ces mesures, des mécanismes de suivi ont été mis en place, avec l'établissement d'indicateurs spécifiques permettant d'analyser les progrès réalisés3639.

- Programme d'Accès des Femmes à la Propriété

Le Programme d'Accès des Femmes à la Propriété a pour but d'améliorer la situation des femmes en matière de propriété foncière. Actuellement, environ 20 % des propriétaires de terres agricoles au Maroc sont des femmes, ce qui représente une avancée significative dans un contexte traditionnel où la propriété est souvent dominée par les hommes3640. Ce programme inclut également des sessions de sensibilisation juridique, visant à informer les femmes sur leurs droits en matière de propriété, afin

3636 Zaid, A. (2015). Femmes et Développement au Maroc : Un parcours semé d'embûches. Casablanca : Éditions Le Fennec ;

3637 On parle des exemples suivants : Financement Participatif (Crowdfunding), Programmes d'Entrepreneuriat Social (Women's Enterprise Fund (WEF)) et Programmes de Mentorat et Incubation ;

3638 UN Women : Évaluation des Avancées vers l'Égalité des Sexes au Maroc. Rapport (2019). (pg. 3-11) ;

3639 Ministère de la Famille, de la Solidarité, de l'Égalité et du Développement Social. Stratégie Nationale pour l'Égalité et l'Équité. Document officiel. (2016). Pg. (pg. 15-20) ;

3640 Haut-Commissariat au Plan. Rapport sur les Conditions de Vie des Femmes au Maroc. (2020). (pg. 3-20) ;

de renforcer leur autonomie économique. De plus, des efforts sont déployés pour faciliter l'accès au crédit, permettant aux femmes d'acquérir des biens immobiliers et de devenir ainsi plus indépendantes sur le plan économique.

- Programme d'Emploi des Femmes

Le Programme d'Emploi des Femmes se concentre sur l'autonomisation économique des femmes par le biais de l'entrepreneuriat et de la formation. Grâce à ce programme, plus de 5000 femmes ont été soutenues dans la création de petites et moyennes entreprises, notamment par l'initiative "Himaya". En complément, des sessions de formation professionnelle sont organisées pour renforcer les compétences des femmes dans des secteurs clés, ce qui leur permet d'accéder à de meilleures opportunités d'emploi. Bien que des progrès aient été réalisés dans l'inclusion des femmes sur le marché du travail, des défis subsistent, notamment en ce qui concerne l'égalité salariale.

- Lutte contre la Violence à l'égard des Femmes

La lutte contre la violence à l'égard des femmes a également été renforcée par l'adoption de la loi 103-13 en 2018. Cette législation vise à protéger les femmes victimes de violence et à renforcer les sanctions contre les agresseurs3641. En parallèle, des centres d'accueil ont été créés pour offrir un soutien psychologique et juridique aux femmes victimes de violence3642. Des campagnes de sensibilisation sont également menées à l'échelle nationale pour dénoncer les violences et encourager les victimes à se manifester et à chercher de l'aide.

- Accès à l'Éducation

L'accès à l'éducation a connu des avancées notables au Maroc grace au programme Tayssir, avec un taux d'inscription des filles à l'école primaire passant de 80 % en 2000 à près de 97 % en 2020 (HCP, 2020). Pour soutenir cette évolution, des programmes de bourses et d'aides ont été mis en place afin d'encourager les familles à scolariser leurs filles, en particulier en milieu rural3643 (UN Women, 2019). En outre, le développement de programmes d'éducation non formelle vise à offrir des opportunités d'apprentissage aux filles déscolarisées, contribuant ainsi à leur autonomisation et à leur intégration dans la société

Ces réalisations témoignent des progrès notables réalisés par les politiques publiques au Maroc en matière d'égalité des sexes, même si des défis persistent. Pour assurer une égalité véritable et pérenne, un engagement soutenu est impératif.

a. Limites des stratégies nationales et besoin d'outils performants

Malgré les résultats encourageants des stratégies mises en œuvre au Maroc entre 2000 et 2020 concernant l'égalité des sexes, certaines limites et obstacles demeurent. Les freins les plus marquants qui luttent contre la concrétisation des stratégies nationales sont :

3641 Observatoire National des Droits de l'Homme. État des Lieux de l'Égalité des Sexes au Maroc. Rapport annuel (2021).
3642 Haut-Commissariat au Plan. Rapport sur les Conditions de Vie des Femmes au Maroc. (2020). (pg. 3-20) ;
3643 UN Women. Rapport : Évaluation des Avancées vers l'Égalité des Sexes au Maroc. (2019). (pg. 3-11) ;

- Mise en œuvre inégale

Les progrès en matière d'égalité des sexes au Maroc présentent une variabilité significative selon les régions. Par exemple, les zones rurales, où près de 60 % des femmes vivent, sont souvent moins touchées par les initiatives, ce qui accentue les disparités entre les zones urbaines et rurales**3644**. De plus, de nombreuses initiatives manquent de financement adéquat et de ressources humaines, ce qui entrave leur efficacité et limite leur portée**3645**.

- Normes culturelles et sociétales

Les traditions patriarcales et les normes culturelles ancrées dans la société marocaine représentent une résistance au changement, limitant ainsi l'impact des politiques publiques. Selon une enquête de l'Observatoire National des Droits de l'Homme (2021), près de 65 % des femmes hésitent à revendiquer leurs droits en raison de craintes de représailles ou de stigmatisation. En outre, les stéréotypes de genre continuent de freiner leur participation dans divers domaines, notamment en politique et en économie, exacerbant les inégalités existantes.

- Accès à la justice

Malgré l'existence de lois telles que la loi 103-13, les mécanismes juridiques restent souvent insuffisants en matière d'application. Des études montrent que seulement 30 % des victimes de violence signalent les incidents aux autorités**3646**. De plus, il existe un manque de sensibilisation sur les droits juridiques des femmes, ce qui restreint leur aptitude à revendiquer leurs droits et à demander assistance**3647**.

- Éducation et formation

Bien que le taux de scolarisation des filles ait connu une augmentation, passant de 80 % en 2000 à près de 97 % en 2020, le taux d'abandon scolaire au niveau secondaire reste préoccupant, atteignant 40 % dans certaines régions rurales**3648**. Par ailleurs, les formations professionnelles offertes ne correspondent pas toujours aux besoins du marché du travail, où le taux de chômage féminin s'élevait à 22 % en 2020, limitant ainsi l'employabilité des femmes.

- Violence à l'égard des femmes

Les statistiques concernant la violence à l'égard des femmes demeurent préoccupantes, malgré l'existence de lois pour les protéger. Une étude menée par le HCP en 2019 révèle qu'environ 54% des femmes ont subi des violences physiques ou psychologiques au cours de leur vie. Parallèlement, les centres d'accueil destinés aux femmes victimes de violence souffrent souvent d'un manque de soutien psychologique adéquat, ce qui limite leur capacité à se reconstruire et à retrouver une vie normale**3649**.

- Participation politique

Les femmes continuent d'être sous-représentées dans les instances décisionnelles, tant au niveau local que national, avec seulement 21 % de sièges occupés par des femmes au Parlement en 2021**3650**. Cette sous-représentation souligne la nécessité de programmes de formation politique qui encouragent et préparent les femmes à s'engager davantage dans la vie politique, contribuant ainsi à une représentation plus équilibrée dans les processus décisionnels.

Pour atteindre une véritable égalité des sexes, il est essentiel d'adopter une approche intégrée qui considère les dimensions culturelles, économiques et juridiques. Face aux anomalies fonctionnelles observées, un engagement fort, tant politique que managérial et budgétaire, s'avère indispensable. De plus, des efforts coordonnés sont nécessaires pour relever efficacement les défis persistants et promouvoir une égalité durable entre les sexes.

3644 Idem 11
3645 Idem 12
3646 Observatoire National des Droits de l'Homme. Étude sur la Violence à l'Égard des Femmes au Maroc. (2021).
3647 Haut-Commissariat au Plan. Rapport sur les Conditions de Vie des Femmes au Maroc. (2020). (pg. 3-20) ;
3648 UN Women. Rapport : Évaluation des Avancées vers l'Égalité des Sexes au Maroc. (2019). (pg. 3-8) ;
3649 Idem 16.

La BSG et le marquage genre comme leviers d'attaque de la question du Genre

La budgétisation sensible au genre, soutenue par des partenaires internationaux comme la Banque mondiale et l'ONU Femmes, a été entreprise afin d'assurer une allocation budgétaire qui répond aux besoins spécifiques des hommes et des femmes. En éducation, par exemple, la BSG aide à réduire les disparités d'accès et de rétention entre les sexes en allouant des ressources pour des programmes spécifiques aux besoins des filles et des femmes, surtout en zones rurales (PEFA, 2024).

1. Les atouts de la budgétisation Sensible au Genre au Maroc

La BSG au Maroc repose sur une série d'expériences, de réformes et d'engagements visant à promouvoir l'égalité des genres dans la gestion des finances publiques. Parmi les principaux fondements. Il s'agit de :

- Constitution de 2011 : Ce texte constitutionnel pose les bases de l'égalité entre les sexes en affirmant, dans son article 19, l'égalité des droits entre les hommes et les femmes. Cela a renforcé la nécessité d'intégrer cette perspective dans toutes les politiques publiques, y compris le budget de l'État ;
- Loi Organique relative à la Loi de Finances (LOF) n°130-13 de 2015 : Cette loi impose aux ministères d'intégrer la perspective du genre dans leurs programmes et d'élaborer des rapports de performance prenant en compte les impacts sur les sexes. Cette approche de la BSG se traduit par la production de rapports annuels et des objectifs spécifiques liés à l'égalité des genres dans les projets de lois de finances3651 ;
- Les engagements du Maroc vis-à-vis des partenaires et programmes internationaux.

a. Objectifs et Importance de la Budgétisation Sensible au Genre

La BSG repose principalement sur le projet de performance pour identifier l'effort déployé en faveur du genre. Elle vise à :

1. **Réduire les inégalités** homme/femme : En prenant en compte les besoins spécifiques de chaque sexe, la BSG contribue à diminuer les écarts dans l'accès aux services publics, tels que la santé, l'éducation et l'emploi ;
2. **Améliorer la transparence et l'équité** : En s'assurant que les budgets publics répondent aux besoins spécifiques de chaque sexe, la BSG favorise une utilisation plus juste des ressources, renforçant ainsi la confiance du public envers l'État ;
3. **Atteindre les objectifs de développement durable (ODD)** : En particulier l'ODD 5, qui vise l'égalité des sexes, et l'ODD 10, qui concerne la réduction des inégalités, la BSG au Maroc est un levier pour respecter les engagements internationaux dans ce domaine3652.

b. La Mise en Œuvre de la BSG au Maroc : Réalisations et Résultats

Le Maroc a fait des progrès dans la mise en œuvre de la BSG depuis 2015, date de démarrage de la préfiguration de la LOF. En 2024, le rapport PEFA a mis en évidence les résultats positifs obtenus grâce à cette approche. Parmi les réalisations importantes :

- **Rapports de performance et indicateurs de genre** : Chaque ministère doit intégrer des indicateurs de genre dans les rapports de performance, ce qui permet de mesurer l'impact des politiques publiques sur les hommes et les femmes.
- **Collaboration institutionnelle** : Le Ministère de l'Économie et des Finances joue un rôle central en coordonnant l'intégration de la BSG dans l'ensemble des ministères, ce qui a permis d'améliorer la cohérence de l'approche et de renforcer son efficacité.

3650 Idem 16.
3651 Rapport sur le budget axé sur les résultats tenant compte de l'aspect genre, 2025, Ministère de l'Economie et des Finances. (pg. 3-11).
3652 ONU Femmes. « Impliquer les parlements dans la budgétisation sensible au genre », 2022. (pg. 3-11) ;

- **Cadre méthodologique et formation** : Le Maroc a également mis en place des formations pour les responsables administratifs afin de renforcer leurs compétences dans l'application de la BSG3653.

2. Le marquage Genre comme levier de la BSG

Le marquage genre est un outil de la BSG qui consiste à suivre les allocations budgétaires des projets ayant rapport avec le genre afin de déterminer la part budgétaire de l'égalité des sexes dans l'enveloppe globale allouée au département concerné.

a. Le marquage à l'internationale

L'exercice du marquage, même s'il est bien piloté dans le monde, les expériences se diffèrent suivant les spécificités de chaque pays. D'ailleurs, une grille de référence3654 a été la base sur laquelle on juge le programme/projet budgétaire est ce qu'il est sensible au genre ou pas selon une échelle de 0, 1 ou2. Cette méthodologie de l'OCDE pour suivre les financements alloués à la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes (ODD 5) inscrits dans le Cadre de l'Aide au Développement (CAD) comme suit3655 :

Valeur du Marqueur/Notation	Catégorisation du programme/projet	Caractérisation du programme/projet
CAD 0	Non orienté vers la promotion de l'égalité de genre	Le projet/programme a été examiné au regard du marqueur mais ne vise pas la promotion de l'égalité de genre. Toutefois, une analyse genre dudit programme/projet a été conduite afin de s'assurer que le programme/projet n'accentuera pas les inégalités de genre.
CAD 1	La promotion de l'égalité de genre est un objectif significatif	La promotion de l'égalité de genre est un objectif important du programme/projet mais ne constitue pas le principal motif de sa réalisation. Il est à noter que la promotion de l'égalité de genre est qualifiée d'objectif « significatif » d'un programme/ projet si ce dernier vise à produire un impact positif sur l'égalité de genre.
CAD 2	La promotion de l'égalité de genre est un objectif principal	L'égalité de genre est l'objectif principal du programme/projet. L'atteinte de cet objectif conditionne le contenu et fonctionnement du programme/projet, signifiant que la réduction des inégalités de genre est la raison d'être du programme/projet.

Cet exercice a été mené au Maroc comme d'autres pays, et son application considère que le CAD 0 ne prévoit aucun budget, le CAD 1 estime la part budgétaire du Programme/Projet consacrée à l'aspect genre est de 40%. Alors que le CAD 3 a permet de consacrer la totalité du budget orienté vers l'aspect genre.

Il reste important de souligner que la conditionnalité d'appliquer cette méthodologie fait appel à trois critères qui portent sur le niveau d'application d'une programmation et d'une budgétisation sensibles au genre, l'adoption d'un système de gestion des finances publiques intégrant la dimension genre et la diffusion des informations relatives aux allocations dédiées à la promotion de l'égalité liée de genre.

b. Système de marquage des finances publiques au Maroc

3653 PEFA. Public Expenditure and Financial Accountability Report for Morocco 2024. PEFA Secretariat. (2024). (P.236-267).;

3654 ONU Femmes. « Impliquer les parlements dans la budgétisation sensible au genre », 2022. (pg. 3-11) ;

3655 Rapport sur le budget axé sur les résultats tenant compte de l'aspect genre, 2025, Ministère de l'Economie et des Finances. P.8.

En s'inspirant des expériences internationales réussies en matière, le Maroc est, à son tour, opté pour la conception d'une méthodologie de marquage des allocations budgétaires destinées à la promotion de l'égalité de genre. Cette méthodologie repose aussi sur la catégorisation des dépenses allouées aux programmes et aux projets.

D'ailleurs, l'analyse des PDP, qui sont la source de vérification par excellence des critères d'évaluation pour la notation des programmes, a permet d'adopter une notation composée de 4 codes/marqueurs. Le tableau suivant3656 met en exergue le codage adopté :

Code/marqueur	Caractérisation du programme budgétaire/projet
G+ : spécifiquement dédié à l'égalité de genre	L'égalité entre les femmes et les hommes et l'autonomisation des femmes constitue la raison d'être du programme et sa recherche détermine de façon fondamentale la conception de ce dernier et les résultats qui en sont attendus.
G2 : sensible au genre	L'égalité entre les femmes et les hommes et l'autonomisation des femmes est un objectif important du programme parmi d'autres objectifs (l'égalité de genre n'est donc pas la principale motivation pour la conception et la mise en œuvre du programme analysé).
G1 : faiblement sensible au genre	La contribution du programme à la promotion de l'égalité de l'égalité entre les femmes et les hommes et l'autonomisation des femmes est mineure par rapport à l'ampleur de sa contribution aux autres objectifs escomptés.
G0 : aveugle au genre	Le programme ne vise pas l'égalité entre les femmes et les hommes et l'autonomisation des femmes.

En effet, pour s'assurer de la prise en compte de la dimension genre dans la programmation des départements ministériels, l'outil de codage repose sur un questionnaire pour attribuer le code approprié au Programme/Projet. Ce questionnaire vérifie dans la stratégie et les indicateurs du projet de performance du département. Et la démarche se déroule en trois phases3657. A savoir :

- Phase d'identification des projets découlant de chaque programme budgétaire et des budgets qui leurs sont alloués
- Phase de notation/marquage des projets ;
- Phase d'estimation des allocations budgétaires allouées aux projets et destinées à la promotion de l'égalité de genre. Cet exercice se fait selon le tableau suivant :

Notation/marqueur du projet	Catégorisation de la notation marqueur	% du budget du projet considéré comme pertinent pour la promotion de l'égalité de genre
1	Spécifiquement dédié à l'égalité de genre	100%
2	Sensible au genre	70%
3	Faiblement sensible au genre	30%
4	Aveugle au genre	0%
5	Non évalué	0%

c. L'estimation du budget alloué à l'approche genre

Afin de calculer le budget total, l'outil de marquage attribue un budget approximatif pour chaque projet. La somme des budgets des projets constituant le programme donne le budget global genre du

3656 Rapport sur le budget axé sur les résultats tenant compte de l'aspect genre, 2025, Ministère de l'Economie et des Finances. P.19.

3657 Rapport sur le budget axé sur les résultats tenant compte de l'aspect genre, 2025, Ministère de l'Economie et des Finances. (P.3-25).

programme. Ce dernier est ensuite divisé par le budget total du programme pour donner la part que représente le budget consacré à l'égalité entre les hommes et les femmes du programme.
Ainsi, une classification des parts de budgets obtenues peut donner idée sur le marqueur du programme budgétaire comme suit3658 :

- Plus 85 % : G+ (spécifiquement dédié à l'égalité de genre) ;
- Entre 50 et 84 % : G2 (sensible au genre) ;
- Entre 20 et 49 % G1 (faiblement sensible au genre) ;
- Entre 0 et 19 % G0 (aveugle au genre).

3. Avancées et défis de la Budgétisation Sensible au Genre et du marquage genre

Le rapport PEFA de 2024 sur le Maroc souligne des progrès significatifs en matière de budgétisation sensible au genre, un aspect de plus en plus prioritaire dans la gestion des finances publiques. Ce rapport évalue neuf indicateurs spécifiques liés à l'intégration du genre dans le processus budgétaire. Sur ces indicateurs, sept obtiennent des notes satisfaisantes (de « A » à « C »), ce qui indique des avancées positives du Maroc vers une prise en compte systématique des enjeux de genre dans ses politiques publiques3659.

a. Avancées selon le rapport PEFA Maroc 2024

Des progrès notables ont été réalisés en matière de Budgétisation Sensible au Genre et de marquage genre sur plusieurs plans. Parmi ceux-ci, on peut citer :

- **Cadre Légal et Réglementaire**

L'adoption de la Loi organique de finances (LOF) n°130-13 a été une étape clé pour l'intégration de la BSG. Cette loi impose aux ministères d'inclure des indicateurs de performance sensibles au genre dans leurs budgets, favorisant ainsi une évaluation plus rigoureuse des impacts des dépenses sur l'égalité des sexes3660.

- **Allocation de Ressources Ciblées**

La BSG a permis une augmentation des fonds alloués à des programmes spécifiques visant à réduire les inégalités de genre. Par exemple, des ressources supplémentaires ont été affectées à des initiatives de bourses pour les filles, particulièrement dans les zones rurales, ce qui a conduit à une hausse significative des taux de scolarisation.

- **Suivi et Évaluation des Impacts**

Un des progrès majeurs a été l'établissement de mécanismes de suivi pour mesurer l'efficacité des allocations budgétaires sensibles au genre. Cela permet aux décideurs d'analyser les résultats obtenus et d'ajuster les politiques en conséquence, renforçant ainsi la transparence et la responsabilité dans l'utilisation des fonds3661.

- **Sensibilisation et Formation**

Enfin, des efforts de sensibilisation ont été déployés pour former les fonctionnaires à la BSG. Cela a conduit à une meilleure compréhension des enjeux de genre dans la planification budgétaire, favorisant une intégration plus systématique de ces préoccupations dans les processus décisionnels3662.

Les avancées en matière de budgétisation sensible au genre et de marquage genre dans le budget au Maroc montrent une volonté croissante d'intégrer la perspective de genre dans les politiques

3658 Rapport sur le budget axé sur les résultats tenant compte de l'aspect genre, 2025, Ministère de l'Economie et des Finances. (P.3-25) ;
3659 PEFA. Public Expenditure and Financial Accountability Report for Morocco 2024. PEFA Secretariat. (2024). (P.236-267).
3660 Rapport sur le budget axé sur les résultats tenant compte de l'aspect genre, 2025, Ministère de l'Economie et des Finances (pg. 3-25) ;
3661 Banque Mondiale. Évaluation des mécanismes de suivi de la budgétisation sensible au genre. (2024).
3662 Ministère de la Famille, de la Solidarité, de l'Égalité et du Développement Social. (2024). Rapport sur les politiques d'égalité de genre.

publiques. Bien que des défis persistent, ces initiatives témoignent d'une démarche proactive pour promouvoir l'égalité des sexes à travers des mécanismes budgétaires adaptés.

Un élément clé à souligner et retenir dans ce sens, c'est l'adoption de la Loi organique de finances (LOF) n°130-13, qui a joué un rôle déterminant en imposant des rapports détaillés sur les performances des programmes, notamment en ce qui concerne la répartition des dépenses par genre. Cette initiative renforce la transparence et l'équité dans l'allocation budgétaire. Le cadre ainsi établi permet d'évaluer et de mesurer l'impact des politiques sur l'égalité des genres. Toutefois, des défis demeurent, en particulier en ce qui concerne l'amélioration de l'analyse d'impact sur le genre dans les grands projets d'investissement public. Malgré ces avancées, certaines lacunes subsistent, notamment l'absence d'analyses d'impact économique fondées sur le genre pour les nouvelles politiques de dépenses et de recettes.

b. Défis et perspectives de la BSG

Malgré les avancées, plusieurs défis restent à surmonter :

➢ Les défis de la BSG au Maroc

- Manque de sensibilisation et de formation

Un des principaux obstacles à la BSG réside dans le manque de sensibilisation et de formation des acteurs impliqués dans le processus budgétaire. Les décideurs, ainsi que les agents des administrations publiques, ne disposent souvent pas des compétences nécessaires pour intégrer une perspective de genre dans l'élaboration des budgets. Cela conduit à une insuffisance dans l'analyse des impacts différenciés des politiques sur les hommes et les femmes, et donc à une application limitée des principes de la BSG3663.

- Données insuffisantes et inaccessibles

La collecte et l'analyse des données désagrégées par sexe sont essentielles pour évaluer l'impact des politiques publiques sur les différentes catégories de la population. Au Maroc, l'absence de données fiables et accessibles constitue un frein majeur à la mise en œuvre efficace de la BSG. Les lacunes dans les systèmes d'information rendent difficile l'évaluation des résultats des initiatives de BSG, limitant ainsi la capacité à ajuster les politiques en fonction des besoins réels3664.

- Absence de cadre législatif clair

Bien que le Maroc ait adopté plusieurs textes législatifs en faveur de l'égalité des sexes, le cadre juridique relatif à la BSG demeure flou et insuffisant. L'absence de directives claires sur l'intégration du genre dans le processus budgétaire limite l'engagement des institutions publiques. Par conséquent, les initiatives de BSG sont souvent perçues comme des projets secondaires, manquant du soutien institutionnel nécessaire pour garantir leur succès3665.

➢ Les perspectives de la BSG au Maroc

- Renforcement de la formation et de la sensibilisation

Pour surmonter les défis liés à la sensibilisation, il est impératif de développer des programmes de formation ciblés à l'intention des décideurs et des fonctionnaires. Des ateliers, séminaires et modules de formation sur la BSG peuvent contribuer à renforcer les capacités des acteurs publics, leur permettant ainsi d'adopter une approche plus intégrée et réfléchie lors de l'élaboration des budgets3666.

- Amélioration des systèmes de collecte de données

L'amélioration des systèmes de collecte de données est essentielle pour une mise en œuvre efficace de la BSG. Le Maroc pourrait tirer parti des technologies numériques pour créer des bases de données fiables et accessibles, permettant ainsi une meilleure évaluation des politiques publiques. La

3663 Khamlichi, M. "Gender Budgeting in Morocco: Challenges and Perspectives". Journal of African Studies. (2019).
3664 Banque Mondiale. "Gender Equality and Development in Morocco». (2020).
3665 El Moutahari, A. "La budgétisation sensible au genre : Concepts et pratiques". Editions Alboran. (2017).
3666 Ghosn, M. "Gender and Development in Morocco: A Critical Overview". Routledge. (2016).

collaboration avec des organismes de statistiques et des ONG peut également enrichir les données disponibles, favorisant une approche plus éclairée dans l'allocation des ressources3667.

- Élaboration d'un cadre législatif solide

L'établissement d'un cadre législatif clair et cohérent est crucial pour garantir la pérennité des initiatives de BSG. Le Maroc devrait envisager d'adopter une loi cadre sur la BSG, définissant des objectifs clairs, des mécanismes de suivi et des sanctions en cas de non-respect des principes de la BSG. Un tel cadre permettrait de consolider les efforts des institutions et de créer un environnement propice à l'égalité des sexes3668.

Conclusion

Le bilan des efforts du Royaume du Maroc dans la mise en œuvre de choix démocratiques et de développement témoigne de l'engagement profond envers l'autonomisation économique des femmes à travers divers secteurs. Ce parcours illustre non seulement le progrès continu de notre pays, mais aussi les défis persistants qui nécessitent une attention accrue et une coopération renforcée entre tous les acteurs concernés.

La participation active du Maroc à des forums internationaux reflète son soutien indéfectible à la question des droits des femmes, tant au niveau national qu'international. Cela favorise un échange d'expériences et une réflexion collective avec d'autres nations partageant des préoccupations similaires, telles que l'instauration du respect des droits humains, la réduction des discriminations, et l'amélioration de l'accès aux ressources et à l'appropriation des terres. Il est essentiel de rappeler que le développement durable ne peut être atteint qu'en assurant un cadre de paix et de sécurité, permettant aux femmes de jouir des valeurs d'égalité et de parité, et d'accéder à une vie paisible et épanouissante.

La Budgétisation Sensible au Genre (BSG) représente une avancée significative dans les finances publiques marocaines, en alignant les ressources de l'État sur les besoins différenciés des hommes et des femmes. Pour renforcer cette approche, il est crucial de :

1. **Améliorer la collecte de données désagrégées par sexe** afin de perfectionner l'évaluation des politiques de la BSG.
2. **Renforcer la formation et la sensibilisation des responsables administratifs et politiques** pour assurer une appropriation optimale des outils de la BSG.
3. **Établir des mécanismes de suivi et d'évaluation rigoureux** pour mesurer les progrès réalisés et identifier les lacunes éventuelles.

En intégrant le marquage genre dans le processus budgétaire, le Maroc pose les bases d'une budgétisation plus inclusive, contribuant à l'équité entre les sexes et à l'efficacité des politiques publiques. Cette démarche s'affirme comme un modèle régional en matière de réforme des finances publiques, garantissant que les droits des femmes soient pleinement respectés et réalisés. Bien que des défis demeurent, les perspectives d'amélioration sont prometteuses. En investissant dans la formation, en affinant la collecte de données et en consolidant le cadre législatif, le Maroc peut véritablement promouvoir l'égalité des sexes et assurer une allocation plus équitable des ressources. La BSG pourrait ainsi se transformer en un outil stratégique non seulement pour l'émancipation des femmes, mais aussi pour le développement durable et inclusif de notre nation.

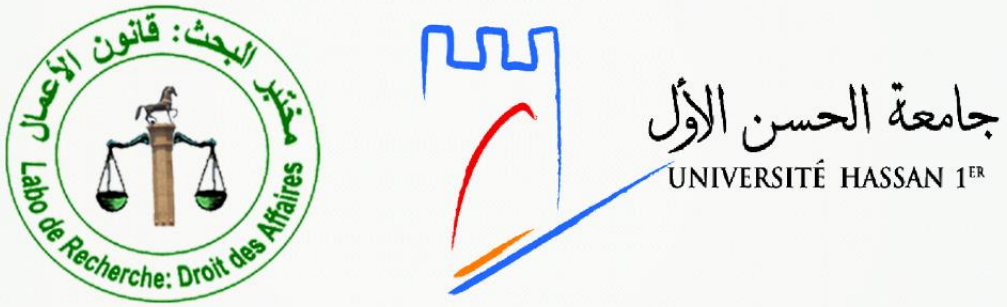
Références bibliographiques :

- Rapport sur le budget axé sur les résultats tenant compte de l'aspect genre, 2025, Ministère de l'Economie et des Finances. (2024);
- PEFA. Public Expenditure and Financial Accountability Report for Morocco 2024. PEFA Secretariat. (2024) ;
- Banque Mondiale. Évaluation des mécanismes de suivi de la budgétisation sensible au genre. (2024) ;

3667 Amara, I. "Analyzing Gender-Sensitive Budgeting in Morocco: Opportunities and Challenges". Moroccan Journal of Economics. (2020).

3668 ONU Femmes. "L'approche de la budgétisation sensible au genre au Maroc".(2018).

- Ministère de la Famille, de la Solidarité, de l'Égalité et du Développement Social. Rapport sur les politiques d'égalité de genre. (2024) ;
- ONU Femmes. « Impliquer les parlements dans la budgétisation sensible au genre », (2022) ;
- Observatoire National des Droits de l'Homme. État des Lieux de l'Égalité des Sexes au Maroc. Rapport annuel (2021).
- Bouazza, A., & Hachimi, R. Constitutional Grounds for Gender Equality in Public Finance in Morocco. Constitutional Review Journal. (2021). ;
-
- Banque Mondiale. "Gender Equality and Development in Morocco». (2020) ;
- Haut-Commissariat au Plan. Rapport sur les Conditions de Vie des Femmes au Maroc. (2020) ;
- Amara, I. "Analyzing Gender-Sensitive Budgeting in Morocco: Opportunities and Challenges". Moroccan Journal of Economics. (2020) ;
- UN Women : Évaluation des Avancées vers l'Égalité des Sexes au Maroc. Rapport (2019);
- Khamlichi, M. "Gender Budgeting in Morocco: Challenges and Perspectives". Journal of African Studies. (2019);
- Banque Mondiale. Women, Business and the Law 2018. Rapport ;
- ONU Femmes. "L'approche de la budgétisation sensible au genre au Maroc".(2018) ;
- ICRAM II – Plan Gouvernemental pour l'Égalité (2017-2021), Ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement Social. (2017) ;
- El Moutahari, A. "La budgétisation sensible au genre : Concepts et pratiques". Editions Alboran. (2017);
- Ghosn, M. "Gender and Development in Morocco: A Critical Overview". Routledge. (2016);
- Ministère de la Famille, de la Solidarité, de l'Égalité et du Développement Social. Stratégie Nationale pour l'Égalité et l'Équité. Document officiel. (2016) ;
- Zaid, A. Femmes et Développement au Maroc : Un parcours semé d'embûches. Casablanca : Éditions Le Fennec (2015).



المركب الجامعي صندوق البريد: 539 طريق الدار البيضاء سطات 26000 المغرب
الهاتف: 76/75 12 72 23 5 (212) +
الفاكس: 74 12 72 23 5 (212) +
البريد الإلكتروني: www.uhl.ac.ma